



Juridiska institutionen
HANDELSHÖGSKOLAN VID GÖTEBORGS UNIVERSITET



Ylva Rönnqvist

Oegentligt åtkommen bevisning

- en komparativ studie med de
mänskliga rättigheterna i fokus

Examensarbete 20 poäng

Handledare: Karol Nowak

Ämnesområde: Processrätt, Mänskliga rättigheter, Internationell rätt

VT 2006

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

SAMMANFATTNING	4
FÖRKORTNINGAR.....	7
1. INLEDNING.....	8
1.1 SYFTE	8
1.2 AVGRÄNSNINGAR	9
1.3 METOD OCH KÄLLOR	9
1.4 DISPOSITION	11
2. SVERIGE.....	12
2.1 SVENSK REGLERING.....	12
2.1.1 Regeringsformen	12
2.1.2 Rättegångsbalken	13
2.1.3 Polis- och åklagarmyndigheters tillämpning av bevisrätten.....	16
2.2 PRAXIS	18
2.2.1 Provokationsfall	19
2.2.1.1 NJA 1960 s. 522 – ”Premieobligationsfallet”	19
2.2.1.2 NJA 1985 s. 544 – ”Ädelstensfallet”	19
2.2.2 Integritetsfall.....	20
2.2.2.1 NJA 1986 s. 489 – ”Blodprovsvfallet”	20
2.2.2.2 NJA 1998 s. 204 – ”Videobandsfallet”	21
2.2.2.3 NJA 2003 s. 323 – ”Överskottsinformationsfallet”	22
2.3 ANALYS.....	23
3. DEN EUROPEISKA KONVENTIONEN OM SKYDD FÖR DE MÄNSKLIGA RÄTTIGHETERNA OCH DE GRUNDLÄGGANDE FRIHETERNA	28
3.1 KONVENTIONSREGLERING.....	28
3.1.1 ECHR Art 6 – Rätt till en rättvis rättegång.....	28
3.1.1.1 Oskyldighetspresumtionen	29
3.1.1.2 Kontradiktionsprincipen.....	30
3.1.1.3 Principen om parternas likställdhet.....	31
3.1.2 ECHR Art 8 – Rätt till skydd för privat- och familjeliv.....	33
3.2 PRAXIS	34
3.2.1 Provokationsfall	35
3.2.1.1 Teixeira de Castro mot Portugal.....	35
3.2.2 Integritetsfall.....	37
3.2.2.1 Schenk mot Schweiz.....	37
3.2.2.2 Khan mot Förenade Konungariket.....	38
3.2.2.3 P.G. och J.H. mot Förenade Konungariket.....	39
3.3 ANALYS I ENLIGHET MED EUROPAKONVENTIONEN	39
4. UNITED STATES OF AMERICA.....	42
4.1 AMERIKANSK REGLERING.....	42
4.1.1 The 4th Amendment.....	42

4.2 PRAXIS	45
4.3 ANALYS.....	47
5. CORPUS JURIS	50
5.1 ARTIKEL 32 – TILLÅTLIG BEVISNING	53
5.2 ARTIKEL 33 – AVVISNING AV BEVISNING.....	54
6. AVSLUTANDE KOMMENTARER.....	57
7. KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	60
8. RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	64

Sammanfattning

Den svenska rättstraditionen har sedan mitten av 1900-talet byggt på principerna om fri bevisföring, fri bevisprövning och fri bevisvärdering. Dessa principers särdrag är just frånvaron av föreskrifter för tillåtlighet av bevismedel och hur förebordad bevisning skall värderas. Deras subjektiva karaktär är omöjlig att undvika och därmed också svårförenlig med rättssäkerhetsintressets principer om legalitet, likhet och förutsebarhet. Rättssäkerhetsprinciperna förutsätter att det finns en gräns som hindrar att värderingen övergår till rent godtycke, och att värderingen istället i möjligaste mån bygger på rationella grunder.

Syftet med denna uppsats är att beskriva det straffprocessuella användandet av oegentligt åtkommen bevisning samt diskutera och analysera dess vara eller icke vara inom den svenska, den europakonventionsrättsliga och den amerikanska straffprocessrätten. Denna fokusering beror på att bevisning i en domstolsprocess i regel kopplas nära samman med skyddet för de mänskliga rättigheterna, vilka stadgas i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och åtnjuter ett konstitutionellt skydd både i Sverige och i Amerikas Förenta Stater.

Oegentligt åtkommen bevisning har kommit att behandlas ett flertal gånger av domstolar både i Sverige och i USA, samt i den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna. Då dessa olika rättssystem är uppbyggda kring olika rättsprinciper kan man i respektive system skönja mönster som skiljer det ena systemet ifrån det andra. Dessa mönster kommer att redogöras för i uppsatsen och nya tendenser och trender kommer att beskrivas. Förändringarna tycks vara som starkast inom den svenska rätten där praxis antyder en viss förskjutning från effektivitetssträvanden och utrednings- och allmänintresset till ett ökat skydd för den enskilde individen gentemot staten. Den amerikanska rätten, som alltid har haft ett mycket starkt individskydd inskrivet i konstitutionen, uppfattas istället som mer trögrörlig och stabil. Vad gäller avgöranden från den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna tycks det finnas ett motstånd mot principuttalanden avseende bevisrättsfrågor. Man tycker sig således se en viss

osäkerhet i hur bevisrätten egentligen skall hanteras. Då målen ofta är in casu avgöranden kan man dra slutsatsen att domstolen föredrar att avgöra varje mål för sig utifrån dess specifika förutsättningar. Detta sätt att resonera försämrar dock möjligheterna till legalitet, likhet och förutsebarhet, grundläggande principer som finns garanterade i deras egen konvention.

Förord

Längtan efter att få fördjupa mig ordentligt i ett ämne har funnit hos mig under hela juristutbildningen. Under specialkurserna kom detta tillfälle och redan under min första kurs fångade ämnet för denna uppsats mitt intresse. Mina påföljande specialkurser har alla, på ett eller annat vis, varit ett led i utvecklingen av detta ämne.

Genom att kombinera ett antal olika rättsområden har jag försökt skapa förutsättningar för ett helhetsperspektiv på rätten. Jag har även själv börjat förstå att allting på något märkligt vis faktiskt hänger ihop.

- Tack Karol för intressanta, och synnerligen nödvändiga, synpunkter.
- Tack Mamma, Brorsan och Ulf för Ert stöd, och för att Ni står ut med mig när jag blir ”alltför mycket plugg-odräglig”.
- Tack Anna för korrekturläsning, och för att Du är bäst.
- Tack Christian för allt det ovanstående.

Sacramento, september 2006

Ylva Rönnqvist

FÖRKORTNINGAR

BrB	Brottsbalken
Ds	Departementsserien
EU	Europeiska Unionen
ECHR	The European Convention on Human Rights (1994:1219)
ECJ	The European Court of Justice
ECtHR	The European Court of Human Rights
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JT	Juridisk Tidskrift
MPC	Model Penal Code
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I
PL	Polislagen
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TR	Tingsrätt

1. Inledning

1.1 Syfte

Syftet med denna uppsats är att reda ut begreppen kring oegentligt åtkommen bevisning samt diskutera och analysera dess vara eller icke vara inom den svenska, den europakonventionsrättsliga och den amerikanska straffprocessrätten. I uppsatsen har gjorts en komparation mellan dessa tre rättssystem, med fokus på oegentligt åtkommen bevisning. Med denna komparation som bas har jag undersökt hur bevisreglerna förhåller sig till bestämmelserna om rättvis rättegång. Att jag valt just denna vinkling beror på att rätten till rättvis rättegång utgör en mycket viktig del i skyddet för de mänskliga rättigheterna.

Intresset för dessa frågor torde vara relativt stort då brottsligheten tycks öka i en allt högre hastighet. När kriminaliteten förändras och får en i många fall organiserad och internationell karaktär ställs också andra, hårdare krav på både polis- och åklagarmyndighet. I utredningseffektivitetens och samhällsintressets namn kan det antas att man vill öka möjligheterna till att använda okonventionella arbetsmetoder för myndigheterna. Konsekvenserna av dessa arbetsmetoder bör dock nog studeras och utvärderas för att se om de kan accepteras av de olika rättssystemens olikartade rättstraditioner och grundläggande principer. Skall dylikt åtkommen bevisning tillåtas överhuvudtaget i det straffprocessuella förfarandet? Ytterligare en aspekt av vikt är huruvida åtkomstsättet skall generera några bevisvärdesmässiga konsekvenser.

För att utreda frågorna ovan och söka besvara dessa ämnar uppsatsen redogöra för bevisrättslig reglering och dess bakomliggande principer. För att exemplifiera tillämpningen av de respektive rättssystemen kommer ett antal rättsfall att redovisas. Detta kommer slutligen mynna ut i diskussioner kring rättssystemens skillnader, likheter och kompatibilitet med varandra.

Ett annat syfte är att se hur och varför den svenska bevisrätten kan komma att utvecklas i framtiden, och hur den svenska rätten påverkas av strävanden mot en

mer globaliserad rättstillämpning. Intressant är också att se hur konventionskonform den svenska rättstillämpningen verkligen är.

1.2 Avgränsningar

I denna uppsats har jag valt att koncentrera mig på polis- och åklagarmyndighets arbetsmetoder samt olika former av provokation från polismyndighetens sida. Provokation kan ske genom både brotts- och bevisprovokation. Anledningen till denna uppdelning är att gränsdragningen kan vara mycket svår. Jag har därför, i enlighet med doktrinen, delat in rättsfallsgenomgången i en provokations- respektive en integritetsdel.

Vad gäller begreppet överskottsinformation har jag valt att endast behandla detta i korthet. Området är relativt omfattande, och med tanke på uppsatsens fokusering på provokation av olika slag har jag därför valt att till stora delar lämna denna problematik därhän.

1.3 Metod och källor

Uppsatsen är doktrin- och rättsfallsbaserad och metoden för den genomförda studien är främst den traditionellt rättsdogmatiska. Denna metod analyserar med utgångspunkt i teorier om hur gällande rätt skall fastställas. Uppsatsen är främst av deskriptiv natur då den skall ge en överskådlig bild av gällande rätt, både dess regler såväl som grunderna för dessa. Materialets både nationella och internationella karaktär, samt dess fokus på rättsfallsanalyser, motiveras av ämnets karaktär och komplexitet. Uppsatsen är genomgående analytisk men rymmer även ett separat kapitel där de respektive analyserna knyts samman och utrymme ges till personliga reflektioner och avslutande kommentarer.

Uppsatsen tillämpar vid flera tillfällen en komparativ metod som förklaringsmodell. Denna metod är sedan en utgångspunkt för de lege ferenda resonemang. Den komparativa karaktären är av stor betydelse för att visa respektive subjekts lösning, och bakgrunden till denna. Subjekt för uppsatsens komparation är Sverige, USA och den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Sverige är intressant som jämförelseobjekt av den anledning att det är denna rättstradition min egen

utbildning bygger på. Sverige är även part i ECHR, vilket resulterar i internationella förpliktelser på området. Komparationen med USA:s federala lagar som är ett common law system motiveras av dess karaktär av motpol till det svenska kontinentaleuropeiska tyska systemet. The Supreme Court har antagit ett synnerligen strängt förhållningssätt till oegentligt åtkommen bevisning. Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna är intressant då detta är den grundläggande lagstiftningen på området sett ur ett internationellt perspektiv.

Visst utrymme i uppsatsen ges för Corpus Juris – ett förslag till en europeisk straff- och straffprocesslag. Detta förslag, som skulle ha kunnat bli en del av det svenska systemet, förkastades av EU:s medlemmar då de fann det svårt att nå en överenskommelse kring förslaget helhet. Jag anser dock att Corpus Juris skulle kunna bli en bra modell för de europeiska länderna att utgå ifrån om de önskar harmonisera sina respektive bevisregleringar, framför allt då förslaget på detta området fokuserar på de mänskliga rättigheterna. Förslaget är alltså utan reell betydelse, men innehållet i särskilda artiklar behöver inte nödvändigtvis vara ointressant bara för att förslaget i sin helhet förkastades. Särskilda artiklar torde således kunna ligga till grund för fortsatt utveckling på det bevisrättsliga område, och dessa är även av intresse för diskussionerna kring utvecklingen av den svenska straffprocessrätten. Corpus Juris kan således ge förslag till framtida lösningar på de problem som diskuteras i uppsatsen

Uppsatsen tangerar ett antal olika rättsområden, processrätt, mänskliga rättigheter och internationell rätt. Ambitionen är att söka efter knytpunkter mellan dessa rättsområden och på så sätt söka efter den mest lämpliga kombinationen som garant för mänskliga rättigheter.

Uppsatsen ambition är inte att ge några fullständiga svar utan snarare att undersöka, belysa och kommentera utvecklingen av bevisrätten, såväl på ett nationellt som på ett internationellt plan.

1.4 Disposition

Uppsatsen inleds med en redogörelse för den svenska bevisregleringen med tonvikt på Rättegångsbalken och Regeringsformen. Även de regleringar som omfattar polis- och åklagarmyndigheters verksamhet redovisas här. På detta följer relaterad nationell praxis samt en analys med utgångspunkt i det svenska systemet och dess eventuella utvidgning eller åtstramning.

Kapitel tre omfattar en liknande uppställning avseende den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. ECHR är visserligen inget separat rättssystem utan en del av både det svenska och det amerikanska systemet. ECHR är dock intressant då det är ett system som fokuserar uteslutande på mänskliga rättigheter och som påverkar de nationella systemen i relativt stor, om än varierande, omfattning.

Kapitel fyra liknar de två föregående kapitlen i sin utformning men rör det amerikanska rättssystemet. Kapitellet fokuserar på den amerikanska Bill of Rights och dess fjärde tillägg. Då detta lands rättssystem är uppbyggt på ett annorlunda sätt än de två övriga skiljer sig detta kapitel något från de tidigare.

Kapitel fem kommer att behandla Corpus Juris – ett förslag till en europeisk straff- och straffprocesslag. Relevanta artiklar i förslaget kommer att redovisas och vilka konsekvenser dessa skulle kunna få på den svenska bevisrätten.

Avslutningsvis redovisas ett antal personliga sammanfattande reflektioner och kommentarer genom en kort sammanfattande analys av relationerna mellan de respektive systemen.

2. Sverige

2.1 Svensk reglering

För att till fullo kunna tillämpa rättegångsbalken och dess bevisreglering krävs att man tar hänsyn till en av grundpelarna i den svenska rätten - regeringsformen. Av denna anledning görs en redogörelse för de paragrafer i RF som kompletterar RB och som kan påverka ett resonemang kring egentligt respektive oegentligt åtkommen bevisning. Regeringsformen reglerar även andra viktiga delar inom bevisrätten såsom vilka former av bevisning som är tillåtna, definiering av dessa samt olika former av inhämtande av bevis.

För att förstå regleringen kring den oegentligt åtkomna bevisningen är viktigt att först ha viss kännedom om den egentligt åtkomna bevisningen, dess grunder, dess struktur och dess relation till andra delar av det svenska rättssystemet. Det redogörs därför nedan relativt grundligt för rättegångsbalkens bevisregler.

Ovan nämnda regleringar tillämpas av polis- och åklagarmyndighet. För att få en bild av hur denna tillämpning går till redogörs nedan för vilka övriga regleringar dessa myndigheter kan använda sig av samt vilka restriktioner de själva har att rätta sig efter. För att ge en lite bredare bild av myndighetsutövningen inleds avsnitt 2.1.3 med en kortare redogörelse för de båda myndigheternas samarbete då ett brott blivit begånget.

2.1.1 Regeringsformen

I RF kap 2 stadgas de grundläggande fri- och rättigheterna. I RF 2:6 stadgas att varje medborgare åtnjuter ett skydd gentemot det allmänna mot påtvingade ingrepp i den personliga integriteten. I paragrafen finns även ett uttalat skydd mot kroppsvisitation, husrannsakan och liknande intrång samt mot undersökning av brev och annan förtrolig försändelse och hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal.¹ Med denna negativa skyldighet för staten att inte kränka individens rättigheter, följer ett krav på positivt handlande. Staten har därför en

¹ Lundqvist, *Bevisförbud*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1998, s. 40

plikt att tillförsäkra enskilda deras rättigheter genom ett grundläggande skydd mot rättighetsövergrepp.²

I RF kap 2 finns ett antal undantag. Undantaget ifrån 2:6 finner man i 2:12. För att undantaget skall anses vara legitimt krävs att undantaget är godtagbart i ett demokratiskt samhälle, att undantaget stadgats i lag samt att kravet på proportionalitet upprätthålls genom att tillgodose de motstående intressena.³ Undantag från huvudregeln i 2:6 ger möjligheter att bereda vissa intressen skydd på bekostnad av andra intressen under utredningen. Detta innebär att bevisning kan åtkommas med åsidosättande av reglerna i § 6 och ändå vara legal och åberopbar inför domstol. Ett exempel på detta skulle kunna vara telefonavlyssning.

I förarbetena till RF behandlas frågan om hur man ser på information man fått genom till exempel *lovlig* telefonavlyssning. Däremot nämns inte vad som sker om avlyssningen varit *olovlig*.⁴ Detta gör rättsläget minst sagt osäkert och man skulle kunna säga att den svenska grundlagen inte ger något klart och tydligt svar på frågan om tillåtligheten av oegentligt åtkommen bevisning.⁵

Man bör dock vara medveten om att RF kap 2 endast ger ett grundläggande skydd. Om det i annan lag skulle stadgas ett längre gående skydd bör detta vara förenligt med RF. RF kan på så sätt utvecklas och preciseras genom andra regleringar, vilket ECHR torde vara ett tydligt exempel på.⁶

2.1.2 Rättegångsbalken

I rättegångsbalkens generalklausul 35:1 står:

Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat. Vad om verkan av visst slag av bevis är stadgat vare gällande.

² Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, uppl. 2, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002, s. 59

³ *Ibid.*, s. 263 och Ekelöf, *Rättegång tredje häftet*, uppl. 6, Norstedts Juridik, Stockholm, 1999, s. 27ff

⁴ Lundqvist (1998) s. 44f

⁵ *Ibid.* s. 48

⁶ *Ibid.* s. 47

Den svenska bevisrätten har förändrats betydligt sedan 1734 års lag då legal bevisteori var huvudregeln. På 1940-talet, i och med den stora processrättsreformen, blev istället fri bevisprövning den förhärskande modellen.⁷ De två bevismodellerna syftar i princip till samma sak, att tillhandahålla regler för hur bevis bör värdesättas.⁸ Den fria bevisprövningens särdrag är just frånvaron av föreskrifter för tillåtlighet av bevismedel och hur förebringad bevisning skall värderas.⁹ Den fria bevisvärderingens subjektiva karaktär är omöjlig att undvika och därmed också svårförenlig med rättssäkerhetsintressets principer om legalitet, likhet och förutsebarhet. Rättssäkerhetsprinciperna förutsätter att det finns en gräns som hindrar att värderingen övergår till rent godtycke, och att värderingen istället i möjligaste mån bygger på rationella grunder.¹⁰

Det är en allmän uppfattning i doktrinen att oegentligt åtkommen bevisning fritt får användas i en brottmålsrättegång och läggas till grund för fällande dom.¹¹ Det saknas dock ett uttryckligt rättsligt stöd som säger att så alltid skulle vara fallet. Det närmaste man kan komma en sådan regel är generalklausulen i RB 35:1 där det stadgas att *”rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt som förekommit avgöra vad i målet är bevisat”*. RB 35:1 kallas för den fria bevisprövningens princip och tycks framför allt stadga vad som *kan* ingå i domstolens bedömning, inte vad som *får* ingå. För detta finns heller ingen, eller mycket lite, vägledning i motiven till lagen.

Det skulle vara intressant att diskutera kring vad ordet *allt* i RB 35:1 avser. Kan till exempel rättens prövningsskyldighet anses omfatta även åtkomstmetoden, trots att bevisningen som sådan anses tillåten? Ekelöf för ett resonemang kring denna fråga, vilket mynnar ut i begreppet bortre rimlighetsgräns. Den av Ekelöf föreslagna gränsen hämtas från den internationella privaträttens område där bevisning inte anses godtagbar om den är *”uppenbart oförenlig med grunderna för*

⁷ Ekelöf, *Rättegång fjärde häftet*, uppl. 6, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002, s. 20

⁸ Dereborg, *Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess*, Juristförlaget, Stockholm, 1990, s. 9

⁹ SOU 1938:44 - *Processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk*, s. 38 och 377

¹⁰ Dereborg, s. 11 och Diesen, *Bevis – värdering av erkännande, konfrontationer, DNA och andra enskilda bevis*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1997, s. 21

¹¹ Ekelöf IV, s. 180

rättsordningen här i riket”.¹² Denna modell kan jämföras med det nedan följande resonemanget angående bevisprövningsförbud.

I RB 35:1 andra meningen stadgas att bevisprövningsförbud är tillåtna enligt lag, vilket medför att undantag ifrån den fria bevisprövningens princip medges. Dessa undantag bör motiveras antingen av lagstöd.

Bevisregler inkluderar generellt en avvägning mellan det allmänna utredningsintresset och det individuella skyddsintresset för den tilltalade eller ett vittne. Dessa regler ger uttryck för vilken bevisning som tillåts förebringas vid en rättegång. Den svenska bevisregleringen kan alltså sägas vara så kallad antiindividualistisk, då allmänintresset av utredningen, materiellt riktiga och fullständiga domar, samt effektiv och korrekt lagföring prioriteras högst. Detta kommer främst till uttryck i principen om fri bevisföring där utredningsintresset prioriteras på bekostnad av rättssäkerhetsintresset.¹³

Svensk rätt bygger alltså på principen om fri bevisprövning. Den fria bevisprövningen består av två principer, fri bevisföring och fri bevisvärdering. Fri bevisföring innebär att allt kan användas som bevis i domstol, oavsett sin natur. Denna princip brukar åberopas som grund för att oegentligt åtkommen bevisning skall få användas. Noteras bör dock att denna regel inte säger något om *hur* ett bevis skall ha åtkommit för att få ingå i domstolens beslutsunderlag.¹⁴ Huvudregeln i 35:1 måste alltså preciseras av andra bevisregler såsom kravet på att bevisningen skall vara muntlig, bevisomedelbarhet, principen om bästa bevismedlet etc.¹⁵ Av vikt är även reglerna om bevisförbud i RB 36:5 angående sekretess och tystnadsplikt. Dessa regler borde ges en restriktiv tolkning om man skall ha den fria bevisföringsprincipen som utgångspunkt.

I brottmål är det åklagaren som har bevisbördan. Följden av detta blir bland annat att den tilltalade tillåts förhålla sig passiv under processen utan att detta skall läggas honom eller henne till last. Det finns dock en möjlighet för rätten att enligt

¹² Ekelöf IV, s. 245f

¹³ Diesen, *Bevispraxis: svensk bevispraxis 1948-1999*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2000, s. 13

¹⁴ Lundqvist, (1998) s. 225f

¹⁵ *Ibid.* s. 249

principen om fri bevisprövning ta den tilltalades agerande och eventuella underlåtenhet i beaktande.¹⁶ Ett exempel på detta finner man i RB 35:4 där rätten ges utrymme att pröva vilken bevisverkan den tilltalades passivitet skulle kunna ges.

I RB 35:7 ges rätten en möjlighet att avvisa bevisning. Detta gäller bevisning som anses vara onödigt och irrelevant och som skulle bli utan verkan i målet. Denna paragraf bör tillämpas försiktigt och med stort omdöme och bör endast användas i ljuset av 35:1 om den fria bevisprövningens princip.¹⁷ Den försiktiga tillämpningen är en förutsättning för att minska risken för att avvisningsmöjligheten missbrukas, med följd att den tilltalades rätt att föra en fullständig talan enligt art 6 i ECHR kränks.¹⁸

Då RB 35:1 har formen av en generalklausul ges utrymme för påverkan från utvecklingen av närliggande och relevanta rättsområden. Ett exempel på dylik utveckling skulle kunna utgöras av ECHR, som torde kräva ökad tydlighet och eventuellt snävare gränsdragning för att värna om de individuella rättigheterna.

2.1.3 Polis- och åklagarmyndigheters tillämpning av bevisrätten

Enligt den så kallade rapportskyldigheten skall en polisman som får kännedom om brott som lyder under allmänt åtal, med stöd i Polislagen § 9, lämna rapport om detta till överordnad. Polismyndigheten har tillsammans med åklagarmyndigheten, enligt RB 23:1, även en skyldighet att inleda förundersökning om det finns anledning att anta att ett dylikt brott förövats. Hur misstanken om brott uppstått saknar betydelse.¹⁹ Om förundersökningen leder till att brott kan styrkas är åklagare, enligt RB 20:6, i princip skyldig att väcka åtal om brottet hör under allmänt åtal. Denna plikt är dock inte absolut. Undantag, så kallad åtalsunderlåtenhet, finns bland annat i RB 20:7.²⁰ Åtalsunderlåtenhet är tillåtet avseende brott som ger påföljden böter, brott som ger påföljden villkorlig dom, brott som inte ger någon påföljd då ett grövre brott ingår i åtalet, samt om

¹⁶ Nowak, *Oskyldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2003, s. 200

¹⁷ Fitger, Mellqvist, *Domstolsprocessen*, uppl. 2, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002, s. 244

¹⁸ Danelius, s. 201

¹⁹ Ds 2003:13 – Överskottsinformation, s. 31

²⁰ *Ibid.* s. 32

psykiatrisk vård eller dylikt kommer till stånd. Avslutningsvis finns även en möjlighet till åtalsunderlåtelse i RB 20:7

om det av särskilda skäl är uppenbart att det inte krävs någon påföljd för att avhålla den misstänkte från vidare brottslighet och att det med hänsyn till omständigheterna inte heller krävs av andra skäl att åtal väcks.

Inget av dessa alternativ ger möjlighet till att underlåta att väcka åtal på grund av oegentligt åtkommen bevisning. Således krävs inte att åklagaren utför en avvägning mellan åtalsplikt och integritets- respektive rättssäkerhetsskäl.

Vid bedömning av åtalsfrågan borde åklagaren använda sig av den fria bevisprövningens princip då denna princip ger rätt att oberopa allt. Denna tillämpning av principen får ses som en reflexverkan av 35:1 första meningen – allt skall läggas till grund för rättens avgörande, vars effekt förstärks genom sanktionen för obefogat åtal, då åklagaren inte får väcka åtal utan övertygelse om en fällande dom. Mot detta sätt att tillämpa 35:1 kan invändas att avvisningen i sådana fall skulle ske utan rättslig grund om händelser utanför rättegången skulle beaktas. Om man nu inte väljer att använda ECHR art 6 för att avvisa skulle alltså en lagändring vara nödvändig.²¹

Inskränkningar av utredningsmöjligheterna för polis och åklagare är att de inte själva får begå brott när de undersöker huruvida brott har begåtts. Enligt rättspraxis och doktrin är det till exempel inte tillåtet med brottsprovokation. Däremot kan det under vissa särskilda förutsättningar vara tillåtet med bevisprovokation. Brottsprovokation utgörs av fall då polisman agerar så att ett brott begås som annars inte hade förövats. Bevisprovokation innebär istället att polismannen endast säkrar bevisning om begånget brott.²²

En polisman kan, i syfte att utreda brott, utnyttja så kallade okonventionella polisiära arbetsmetoder. Dessa finns i olika varianter men består främst av brottsprovokation respektive bevisprovokation. Tidigare har på detta område endast diskuterats huruvida ett framprovocerat brott bör ge påföljdsrabatt.²³ Idag

²¹ Lundqvist (1998) s. 254ff

²² Lundqvist, *Polisprovokation och bevisförbud*, SvJT, 1999, s. 903

²³ Jfr NJA 1985:544 och NJA 1989:498

har det dock uppstått en annan frågeställning, nämligen frågan om ett förbud mot att använda den genom provokationen åtkomna bevisningen mot den tilltalade i en rättegång.²⁴

De ovan uppräknade inskränkningarna av möjligheterna att utreda brott, är endast ett par exempel på tillfällen då den misstänktes/tilltalades skyddsintresse går före utredningsintresset. Det finns med andra ord ett stort antal lagliga begränsningar av möjligheterna att få *tillgång* till bevisning. Detta innebär dock inte att oegentligt åtkommen bevisning inte får förebringas i en brottmålsrättegång. Tvärtom kan uppgifter som har framkommit vid olaglig telefonavlyssning eller genom olaglig husrannsakan, åberopas som bevisning i en svensk brottmålsrättegång.²⁵

Även i Sverige finns det emellertid en gräns för vilken bevisning som kan tillåtas. Enligt Ekelöf bör bevisning inte tillåtas om den skulle uppfattas som *”uppenbart oförenlig med grunderna för rättsordningen i riket”*. Som exempel nämner han bevisning som framtagits genom användande av tortyr.²⁶

2.2 Praxis

Nationell praxis kan vara intressant ur ett antal olika perspektiv, dels rörande den nationella lagstiftningen, dels hur denna kommit att utvecklas parallellt med ECHR, och sedermera konventionens ökade betydelse för både nationell och internationell rätt.

Redogörelsen visar de lösningar som HD redovisat beträffande hantering av oegentligt åtkommen bevisning. För att på ett lämpligt sätt illustrera rättsutvecklingen samt ECHR:s införlivande i svensk rätt sker redogörelsen i kronologisk ordning.

Som har framgått ovan finns det ett antal olika varianter av oegentligt åtkommen bevisning, bland annat brotts- eller bevisprovokation²⁷ samt fall då den i ECHR

²⁴ Lundqvist (1999) s. 903

²⁵ Ekelöf IV, s. 245f

²⁶ Ibid. s. 246

²⁷ Se avsnitt 2.1.3 för definition av dessa begrepp.

garanterade integriteten kränkts. De integritetskränkande fallen berörs i ECHR art 8 där rätten till skydd för privat- och familjeliv garanteras, och handlar främst om skydd mot olaglig, eller på annat sätt alltför långtgående, myndighetsutövning.²⁸ Redogörelsen har därför delats upp i dessa två delar: provokationsfallen respektive integritetsfallen.

Provokationsfallen avser situationer då bevisningen åtkommit genom polisiära metoder, till exempel aktiv brottsprovokation. Den andra formen av provokation, passiv bevisprovokation, behandlas under integritetsfallen. Dessa fall omfattar bevisning åtkommen i strid med rätten till personlig och fysisk integritet.

Gränsdragningen mellan brotts- respektive bevisprovokation kan vara mycket oklar och komplicerad. Begreppen överlappar ofta varandra, och förfaranden omfattar ofta båda formerna av provokation. I min redogörelse har jag valt att dra gränsen vid när en viss åtgärd även kränker den personliga integriteten.

2.2.1 Provokationsfall

2.2.1.1 NJA 1960 s. 522 – ”Premieobligationsfallet”

I NJA 1960 s. 522 var det fråga om försäljning av stulna premieobligationer. En av de inblandade i affären informerade polisen om den förestående försäljningen och tipsade om var den skulle äga rum. Polismannen gav då försäljaren instruktioner om hur affären skulle genomföras, för att polisen skulle kunna spana och samla bevis för att senare ingripa. Trots att det här förelåg inblandning och brottsprovokation²⁹ från polismyndighetens sida ansågs bevisningen kunna åberopas i domstol, och provokation ansågs inte utgöra hinder för ansvarsutkrävande. I och med detta beslut fastställdes den grundläggande principen om fri bevisföring, detta trots att brottsprovokation förelegat.

2.2.1.2 NJA 1985 s. 544 – ”Ädelstensfallet”

En annan viktig princip fastslogs i NJA 1985 s. 544. Detta var det så kallade ”ädelstensfallet” där målsäganden ”förväntades” bli rånad. I samråd med polisen

²⁸ Se avsnitt 2.1.1 samt 3.2.1

²⁹ Begreppet brottsprovokation definieras i rättsfallet som att förmå annan att begå brott han utan provokation inte hade begått.

bytte målsäganden ut en väska med ädelstenar mot en tom väska. Den tomma väskan stals sedermera och gärningsmännen åtalades för försök till grov stöld. Fråga i målet var om metoder som framstår som uppenbart otillbörliga kan utgöra grund för strafflindring. HD:s svar var jakande, dock uppfylldes inte kravet på otillbörlighet i det aktuella fallet. HD besvarade heller inte frågan om polisens åtgärder var att betrakta som otillåten brottsprovokation. HD fokuserar här på att bevara den fria bevisprövningens princip, men öppnar upp för en eventuell straffmätning. Slutsatsen blir alltså att brottsprovokationen inte skall tas i beaktande gällande ansvarsfrågan, utan först vid straffmätningen. Valet av formulering i domen tyder dock på att en strafflindring endast kan komma ifråga i extrema undantagsfall.

2.2.2 Integritetsfall

2.2.2.1 NJA 1986 s. 489 – ”Blodprovsvalet”

I NJA 1986 s. 489, det s.k. blodprovsvalet, hade en man testat positivt i en alkoholkontroll för bilförare. Det kompletterande testet togs av en laboratorieassistent istället för av en läkare eller legitimerad sjuksköterska som lagen föreskriver i RB 28:13. Mannen åtalades senare för rattfylleri och hävdade då att det visserligen inte begicks något fel vid blodprovstagningen men att förfarandet i sig stred mot rättssäkerhetskraven på tvångsmedelsanvändning som framgår av RB kap 28. HD konstaterade i sin dom att utgångspunkten i bevisbedömningen måste vara den fria bevisprövningens princip. De uttalade vidare att provtagningen visserligen gjorts i strid med lag då den inte haft det lagstöd som krävs för att grundlagsskyddet av den fysiska integriteten i RF 2:6 skulle kunna åsidosättas, men att överträdelsen inte utgjorde en ”sådan avvikelser”³⁰ från reglerna i RB att åtgärden skulle vara att betrakta som grundlagsstridig. Bevisvärderingen skulle dock genomföras med skärpt uppmärksamhet.

Det framgår olyckligtvis inte av domen hur HD motiverar sitt ställningstagande att åtgärden inte var grundlagsstridig. Det framgår således inte hur ett bemötande av

³⁰ NJA 1986 s. 489 s. 492

kravet på processuell sanktion för avsaknad av lagstöd skulle te sig. Att frågan lämnats obesvarad torde dock ge utrymme för framtida utveckling på området.

En relativt tydlig slutsats man kan dra av HD:s resonemang är att utredningsintresset här går före individens intressen. Lundqvist har i sin bok *Bevisförbud* fört ett omfattande resonemang kring just detta fall. Han kommer där fram till att bevisningen i fallet borde ha avvisats, främst pga. att promillehalten låg mycket nära gränsen för vad som överhuvud taget är straffbart. Då utredningsintresset är betydligt starkare då det gäller grova brott hävdar Lundqvist att bevisningen borde ha tillåtits endast om det i det här fallet rört sig om ett grovt rattfylleri.³¹ Lundqvist söker således dela upp bevisrätten med utgångspunkt i brottets svårighetsgrad, vilket torde vara något märkligt då samma beviskrav om *ställt utom rimligt tvivel* gäller i brottmål oavsett brottets art eller grad. Om man dessutom betraktar förfarandet utifrån den enskildes perspektiv torde dennes intresse av att bevisningen avvisas vara större vad gäller grövre brott. Med ett tankesätt motstående Lundqvists skulle alltså avvisning av oegentligt åtkommen bevisning vara vanligare avseende grova brott där skyddsintresset väger tyngre.

Dissidenten i målet anförde att analysbeviset borde klassas som ett förbjudet bevis, eller i vart fall inte tillerkännas något bevisvärde. Då blodprov normalt är av avgörande betydelse för prövning av ansvarsfrågan, och således målets utgång, är det av stor vikt att de restriktiva reglerna följs till punkt och pricka – framför allt av rättssäkerhetsskäl. Sammanfattningsvis hävdar alltså dissidenten att bevisningen av rättssäkerhetsskäl inte bör tillerkännas bevisverkan.

2.2.2.2 NJA 1998 s. 204 – ”Videobandsfallet”

Även i följande fall, NJA 1998 s. 204, i vilket HD ogillade åtalet på grund av bristande bevisning, konstaterade rätten att bevisningen skulle tillåtas. Bevisningen utgjordes i detta fall av en, till polisen anonymt insänd, videoinspelning. Då det fanns oklarheter med avseende på bevisets tillkomst, beaktades dessa vid bevisvärderingen och dess bevisvärde reducerades kraftigt. Resultatet blev här en tillämpning av principen om fri bevisvärdering.

³¹ Lundqvist (1998) s. 271

Åberopandet, alltså själva bevisförandet, hindrades inte av oklarheterna vid tillkomsten.

Detta bevisvärdesmässiga kompensationsresonemang har senare kritiserats i doktrinen som varandes oacceptabelt. Principen om fri bevisvärdering ger inte rätten möjlighet att själv avstå från att utnyttja bevismaterialet i sin helhet, främst då det här är tillkomstsättet och inte bevismaterialet i sig som är oegentligt.³² Det är alltså bevisningen som är ett resultat av det felaktiga handlandet, inte tvärtom. Således ligger felaktigheten redan i utredningen av brottet och bör alltså beivras där, på myndighetsnivå, istället för i domstol där principer om fri bevisning tillämpas.

En argumentation med utgångspunkt i rättssäkerheten och med syfte att effektivt skydda den enskilde förutsätter utebliven rättsverkan av oegentligt åtkommen bevisning. Att dylik bevisning avvisas kan ge polis- och åklagarmyndighet incitament att söka stödbevisning i större utsträckning. Heuman anser i denna fråga att otillåtna polisiära metoder bör motverkas genom bevisförbud istället för genom anvisningar för bevisvärdering. Även ur legalitetssynpunkt skulle detta vara att föredra.³³

2.2.2.3 NJA 2003 s. 323 – ”Överskottsinformationsfallet”

På senare tid, sedan Sverige gjort ECHR till svensk lag, har domstolarna gjort betydligt fler konventionskonforma bedömningar än tidigare. I NJA 2003 s. 323 var det fråga om uppgifter om brott som åtkommit vid lovlig telefonavlyssning angående ett annat brott. Det var således fråga om överskottsinformation. HD konstaterade att ingen regel i svensk rätt förbjuder denna form av bevisning och att ECtHR vanligtvis lämnar till nationell domstol att avgöra tillåtligheten av densamma. HD:s resonemang rörde således ECHR:s art 6 och 8 och de kom fram till att oegentligt åtkommen bevisning kunde åberopas i strid med art 8, förutsatt att rättegången i sin helhet var att betrakta som rättvis enligt art 6. Vid en bedömning av huruvida rättegången i sin helhet var att anse som rättvis beaktas

³² Heuman, *Otillåtna inskränkningar av bevisföringen och bevisvärderingen*, Advokaten 1986:52, s. 51

³³ *Ibid.* s. 51

bland annat om den aktuella informationen varit den enda bevisningen eller om domen grundats på en samlad bedömning av olika bevis.

2.3 Analys

I svensk rätt saknas det en bestämmelse som reglerar hur och när oegentligt åtkommen bevisning får användas respektive avvisas. Grunden i svensk rätt blir istället doktrinen syn på RB 35:1, att all bevisning i princip får, kan och bör läggas till grund för domen. Detta avviker som vi kommer att få se från ECtHR:s domar.

En lösning på det svenska problemet torde vara att justera och precisera bevisreglerna för att nå upp till den internationella standarden. Det skulle emellertid kunna anses tillräckligt att man istället börjar tolka RB 35:1 konventionskonformt, och att man således avvisar oegentligt åtkommen bevisning.

En annan möjlighet som diskuterats är att staten kompenserar den förfördelade genom att betrakta bevisningen som ett processhinder eller beakta oegentligheterna vid bevisvärderingen och den straffrättsliga påföljdsbedömningen. I NJA 1998 s. 204 diskuterades compensation för den tilltalade eftersom bevisningen inte avvisades. Heuman anser att compensation på detta sätt är oacceptabelt. Rätten skall inte enligt eget tycke avstå från att utnyttja bevisningen maximalt.³⁴ Ofta finns det visserligen sakliga skäl att värdera viss bevisning med skepsis, men utredningen får inte tillmätas lägre värde för att man till exempel vill stävja integritetskränkande utredningsmetoder. Otillåtna spaningsmetoder bör motverkas genom reglerna om disciplinansvar för poliser och genom bevisföringsförbud snarare än genom bevisvärderingsanvisningar.³⁵ Om poliserna instrueras att oegentligt åtkommen bevisning inte accepteras av domsolarna lär de sig kanske att arbeta på ett icke integritetskränkande sätt och att istället lägga större möda på att finna tillräcklig stödbevisning.

³⁴ Heuman, s. 51

³⁵ Lundqvist (1998) s. 267

En demokratisk rättsstat borde inte få skörda fördelar av sitt eget rättsvidriga handlande. Staten måste istället vara aktivt verksam och effektivt stifta lag och skydda den enskildes privatliv. Så kan ske genom att oegentligt åtkommen bevisning avvisas. En möjlighet är således att skapa ett bevisförbud i rättegången.³⁶ Detta torde dock vara problematiskt om den tilltalade berövs sina rättigheter enligt art 6 redan *före* rättegången, antingen under förundersökningsstadiet eller till och med innan han eller hon ens var officiellt misstänkt. Ett bevisförbud skulle här betyda att man inte skyddas från att utsättas för provokationen men av följderna av den. Frågan blir då också hur lång efterverkan en brottsprovokation bör få. Ett bevisförbud brukar motiveras med att som att man inte skall använda ”*the fruit of the poisonous tree*”. Skulle man vara konsekvent skulle alltså all bevisning som hänför sig till den provocerande handlingen ogiltigförklaras. Ett sådant resonemang torde dock vara alltför långtgående, då det i längden kunde resultera i att ingen provocerad brottslighet skulle kunna lagföras.³⁷

NJA 1960 s. 522 och NJA 1985 s. 544 är renodlade provokationsfall. Brottsprovokation ansågs här vara förbjudet, men den åtkomna bevisningen blev inte avvisad. Den som varit föremål för okonventionella arbetsmetoder fritas inte automatiskt från ansvar, provokationen grundar alltså inte för ansvarsfrihet. Den enda rättsliga följden jag har kunnat urskilja är viss möjlighet till strafflindring förutsatt att metoden är uppenbart otillbörlig. Dessa fall avgjordes dock innan ECHR inkorporerades i svensk lag och det är mycket möjligt att någon påföljdsrabatt inte skulle vara möjlig i dagens läge.

De efterföljande fallen om integritetskränkande åtkommen bevisning visar att bevisprovokation, till skillnad från brottsprovokation, är tillåten enligt svensk rätt. Bevisningen kan dessutom tillmätas betydande värde, även om viss hänsyn tas till åtkomstens oklarheter. Jag uppfattar detta som relativt anmärkningsvärt då man i svensk rätt ofta påtalar den enskildes svagare ställning gentemot åklagaren och således högre skyddsvärde inför rätten.

³⁶ Asp, *Straffansvar vid brottsprovokation*, Norstedts Juridik, Göteborg, 2001, s. 219

³⁷ *Ibid.* s. 223f

Integritetsfallen är i större utsträckning avgjorda efter att ECHR blev svensk lag, vilket avspeglas i HD:s sätt att resonera. Större hänsyn tas till ECHR och huruvida en svensk dom skulle komma att stå sig vid en prövning inför ECtHR.

Ytterligare en aspekt, som fått mer uppmärksamhet under de senaste åren, är begagnandet av överskottsinformation. Inte heller detta är reglerat och domstolen skall således själv avgöra när användandet av dylik information bör begränsas. I ett av rättsfallen behandlas överskottsinformation. Prop. 2004/05:143 föreslår att denna information generellt skall få åberopas, med viss begränsning för mindre allvarliga brott som ger böter, ett fängelsestraff på mindre än ett år, eller att särskilda skäl föreligger.³⁸

Två faktorer som vid en dylik bedömning förtjänar uppmärksamhet är dels risken för missbruk från de brottsutredande myndigheternas sida, dels den misstänktes integritetsintresse. Det finns till exempel risk för att polisen utnyttjar detta, alltså ett kringgående av reglerna om till exempel telefonavlyssning. Detta torde förhoppningsvis vara högst ovanligt. Ingen av dessa faktorer torde därför kunna motivera att man helt inskränker möjligheterna att använda överskottsinformation i det brottsbekämpande arbetet. Jag kan heller inte finna något annat konkret skyddsintresse som skulle kunna motivera en sådan inskränkning.

JO påpekar att ett förbud mot överskottsinformation kan komma att rubba den grundläggande strukturen i RB – idén om den fria bevisföringens princip - på det aktuella området.³⁹ Men med beaktande av ECtHR:s praxis torde en sådan reglering ändå vara önskvärd och kanske till och med nödvändig för att vi skall uppfylla våra konventionsförpliktelser.⁴⁰

Ur ett etiskt perspektiv kan det faktiskt anses vara tveksamt huruvida en åklagare bör åberopa bevisning som åtkommits olovligen. Om bevisningen endast är av marginellt värde bör åklagaren avstå från att åberopa beviset. Om åklagaren trots allt bestämmer sig för att åberopa bevisningen, så bör han åtminstone tala om för

³⁸ Prop. 2004/05:143

³⁹ Ju2003/2828/Å - Remiss av promemorian Överskottsinformation

⁴⁰ Prop. 2004/05:143

rätten hur bevisningen har tagits fram. I många fall kan det dessutom inte göras en välgrundad bedömning av en viss uppgifts betydelse för en brottsutredning förrän denna är slutförd eller rättegången har avslutats.

Sverige är troligtvis ett av de länder i Europa som har gått längst när det gäller att godkänna bevisning som anskaffats på olagligt sätt. Sverige tycks således vara en av de mest toleranta staterna vad gäller tillåtligheten av bevis. Endast extrema omständigheter utesluter bevis, ett exempel som nämnts ovan är tortyr.⁴¹ Det är dock tveksamt om svensk rätt står i överensstämmelse med konventionen och dess praxis. Enligt Lundqvist bör det därför göras en omprövning av den i svensk rätt intagna positionen. Det kan ifrågasättas huruvida inte en viss förändring av svensk rätt är nödvändig för att bringa svensk rätt i bättre överensstämmelse med ECHR. Någon sådan omprövning har emellertid hittills inte gjorts. Den svenska inställningen får därför tills vidare anses vara att i stort sett all bevisning är tillåten, även om den bygger på uppgifter som tagits fram i strid med gällande rätt.

För att undvika olikheter mellan konventionsstaterna skulle man alltså i framtiden kunna använda sig av Corpus Juris-förslaget. Detta syftar visserligen till att skydda den Europeiska Unionen från organiserad ekonomisk brottslighet men då den innehåller ett antal bevisregler skulle dessa kunna användas för att skapa koherens mellan staternas bevisrättslagstiftning. Förenhetligandet utgör ett första steg i arbetet mot en gemensam straffrätt vid sidan av de nationella straffrättsystemen. Förslaget har motiverats av att åtgärder som vidtagits hitintills varit uppenbart otillräckliga. Då samarbete och harmonisering inte har befunnits tillräckliga kan ett förenhetligande till slut bli en nödvändighet. Detta kan till exempel ske genom ett förslag liknande det numera förkastade Corpus Juris-förslaget.

Den starkaste kritiken mot förslaget är att det skapar två ”nationella” straffsystem respektive processordningar. I ett nationellt sammanhang blir Corpus Juris en speciallag vid sidan om den allmänna lagen. Brottsutredningen och domstolsförfarandet kommer då att avvika från den i övrigt allmängiltiga

⁴¹ Delmas-Marty, Volym I, *The implementation of the Corpus Juris in the member states*, Volume I, Intersentia, Antwerp – Groningen – Oxford, 2000, s. 27

brottmålsprocessen när det gäller brott som faller under Corpus Juris. Problem uppstår då brottslingen, som inte har dessa begränsningar, begår en serie brott som faller under olika förfaranden. Att olika delar av brottet, eller serien av brott, skall utredas av olika myndigheter blir både svåradministrerat och icke processekonomiskt. Således kanske man kan dra slutsatsen att Corpus Juris underlättar myndighetssamarbete över gränserna, men försvårar arbetet inom gränserna för samma stat.⁴²

⁴² Träskman, *Corpus Juris – Ett frestande eller ett främmande förslag till en enhetlig europeisk rättssfär?*, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, 1997, s. 272

3. Den Europeiska Konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

3.1 Konventionsreglering

Europakonventionen undertecknades av Sverige 1950 och ratificerades 1952. Det var dock inte förrän 1995 som konventionen inkorporerades och trädde i kraft som svensk lag.⁴³

3.1.1 ECHR Art 6 – Rätt till en rättvis rättegång

Domstolsprövning måste uppfylla vissa rättssäkerhetsgarantier, vilka stadgas i art 6 ECHR. Artikel 6 är tillämplig på mål gällande både civila rättigheter och skyldigheter samt anklagelse för brott. En tvist skall prövas inför en domstol som skall vara opartisk, oberoende, upprättad genom lag och förfarandet skall vara rättvist och korrekt mot den enskilde (fair hearing). Förfarandet skall i allmänhet vara muntligt och offentligt men undantag får göras i vissa fall.⁴⁴ Art 6 ger ett individuellt skydd för den tilltalade och är således inte inriktad på bevisrätten. Artikel 6 har dock en indirekt bevisrättslig betydelse, och när denna aktualiseras blir art 6 en del av den svenska bevisrätten.

Artikel 6

1. Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig rättegång inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol som upprättats enligt lag. Domen skall avkunnas offentligt, men pressen och allmänheten får utestängas från rättegången eller en del därav av hänsyn till den allmänna moralen, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle, eller då minderårigas intressen eller skyddet för parternas privatliv så kräver eller, i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt, under särskilda omständigheter när offentlighet skulle skada rättvisans intresse.

2. Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.

⁴³ SFS 1994:1219 - om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁴⁴ Danelius, s. 131

3. Var och en som blivit anklagad för brott har följande minimirättigheter:
- a) att utan dröjsmål, på ett språk som han förstår och i detalj, underrättas om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom,
 - b) att få tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar,
 - c) att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde som han själv utsett eller att, när han saknar tillräckliga medel för att betala ett rättegångsbiträde, erhålla ett sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar,
 - d) att förhöra eller låta förhöra vittnen som åberopas emot honom samt att själv få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden som vittnen åberopade mot honom,
 - e) att utan kostnad bistås av tolk, om han inte förstår eller talar det språk som används i domstolen.

3.1.1.1 Oskyldighetspresumtionen

För att ytterligare förklara innebörden av rätten till rättvis rättegång redogörs här grundligt för respektive rekvisit i ECHR:s artikel 6. Oskyldighetspresumtionen är tillsammans med de övriga rekvisiten en del i bevisskyddet. Då oskyldighetspresumtionen är ett krav under hela förfarandet kan olika former av provokation anses bryta mot presumtionen.

Den så kallade oskyldighetspresumtionen i art 6.2 måste alltså beaktas under hela förfarandet. Oskyldighetspresumtionen är en allmängiltig processuell princip som skall gälla under hela förfarandet, från brottsmisstanke till lagakraftvunnen dom.⁴⁵ Kravet riktar sig till såväl domstolar som lagstiftare, vilket kan utläsas av formuleringen i art 6.2;

Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.

Då en tilltalad inte behöver bidra till utredningen (the right to silence) eller bevisningen i målet genom att göra medgivanden eller tillhandahålla belastande material (the right not to incriminate oneself), kan detta få effekter på vilken bevisning som får åberopas. En viktig anledning till detta långtgående skydd för individen är för att det är åklagaren som ska bevisa den tilltalades skuld – en bevisbörda som direkt följer av oskyldighetspresumtionen.⁴⁶ Nekas den tilltalade sin rätt till tystnad innebär det att bevisbördan övergår till honom eller henne, något som är helt oacceptabelt enligt oskyldighetspresumtionen.

⁴⁵ Nowak, s. 31f

⁴⁶ Ibid. s. 111f

Rätten till tystnad och rätten att inte belasta sig själv härstammar båda ifrån oskyldighetspresumtionen. De båda rättigheterna har även en nära relation sinsemellan. Att slippa uttala sig är en förutsättning för rätten att inte belasta sig själv på samma sätt som rätten att inte belasta sig själv inte blir verklighet förrän man använt sig av rätten att inte uttala sig. Således innefattar oskyldighetspresumtionen viktiga bevishänsyn som blir relevanta vid bedömningen av huruvida den aktuella bevisningen skall kunna tillåtas i en rättvis rättegång.

3.1.1.2 Kontradiktionsprincipen

Den så kallade *kontradiktionsprincipen* härstammar från oskyldighetspresumtionen och håller principerna om *in dubio pro reo*⁴⁷ och *favor defensionis*⁴⁸ som en nödvändighet för att uppnå balans och rättvisa i rättsprocessen. Kontradiktionsprincipen berörs då den utgör en del av beviskyddet i sin strävan att uppnå balans mellan de olika parterna i förfarandet – dock främst till den tilltalades fördel.

Kontradiktionsprincipen har dessutom ett nära samband med principen om parternas likställdhet. Förfarandet syftar till att garantera att båda parter får kännedom om allt material i processen, okommunicerad bevisning är otillåten. Parterna skall även få tillfälle att framföra sina synpunkter på detta material, och den tilltalade skall här kunna bemöta anklagelserna utan att uppleva sig dömd på förhand. Slutligen skall båda parter ha lika goda möjligheter att åberopa bevisning samt att utföra sin talan i processen.⁴⁹

Rätten att närvara vid förebringandet av bevisning är dock inte absolut. I fallet P.G. och J.H. mot Förenade Konungariket⁵⁰ ville man hemlighålla vissa delar av polisens spaningsmetoder. Domstolen uttalade då att rätten inte var absolut utan att intresseavvägningar kunde komma att bli aktuella. Kontradiktionen måste då

⁴⁷ *In dubio pro reo* betyder ”i tveksamma fall till förmån för den tilltalade”. Juridikens termer.

⁴⁸ *Favor defensionis* är ett uttryck för principen att den tilltalade i brottmål i olika avseenden har en förmånligare processuell ställning än åklagaren. Exempel på detta är åklagarens bevisbörda och den tilltalades rätt att inte vara aktivt verksam för saken utredning. Juridikens termer.

⁴⁹ Danelius, s. 195f

⁵⁰ Fallet behandlas mer utförligt nedan under paragraf 3.2.2.3

tillgodoses på ett annat sätt så att förfarandet ändå är att anse som rättvist. Principen om kontradiktion betraktas i många rättssystem som en del av naturrätten och som ger uttryck för den fundamentala uppfattningen om att ingen domstol kan döma rättvist över en oemotsagd anklagelse.⁵¹ Med hänsyn till detta och till oskyldighetspresumtionen anses det oetiskt och tvinga fram erkännanden eller bevis från en person som befinner sig i en mycket pressad situation. Eventuellt skulle dock okonventionella metoder kunna accepteras om personen ifråga befinner sig i en säker och stabil miljö.

3.1.1.3 Principen om parternas likställdhet

Utmärkande för en rättvis rättegång är bland annat att parterna är likställda i processen och att proceduren inte gynnar den ene på den andres bekostnad. Av denna anledning berörs principen i denna uppsats. Att gynna den utredande myndigheten genom att tillåta oegentligt åtkommen bevisning – något som kan anses strida mot oskyldighetsprincipen – anses även bryta mot likställdhetsprincipen.

Båda parter skall enligt denna princip ha kännedom om processmaterialet och dessutom få möjlighet att framföra synpunkter på detsamma. Parterna skall även ha lika rättigheter avseende åberopandet av bevisning och att på andra sätt utveckla sin talan. Man kan här se den nära kopplingen till kontradiktionsprincipen.

Principen om parternas likställdhet (equality of arms) gäller både i tvistemål och i brottmål. I det senare är emellertid innebörden av principen delvis en annan. I brottmål avses att den tilltalade inte får ha sämre möjligheter än åklagaren att utföra sin talan inför domstolen snarare än deras lika processuella rättigheter. Den tilltalade kan till och med i vissa hänseenden favoriseras enligt principen *in dubio pro reo*, vilket också är nödvändigt för att eliminera risken för att en tilltalad döms oskyldig för brott.⁵² Vidare skall principen om ett kontradiktoriskt förfarande upprätthållas (adversarial procedure).

⁵¹ Koopmans, *Natural Justice Rediviva? The Right to a Fair Hearing in European Law*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1992, s. 175ff

⁵² Danelius, s. 195

I art 6.3 anges vissa ytterligare minimirättigheter gällande brottmål. En åtalad skall bli underrättad om anklagelser mot honom eller henne, få tid och möjlighet att förbereda sitt försvar, få rätt att försvara sig personligen eller genom ombud etc.⁵³ Dessa rättigheter skall motverka att oöverbärgade eller förhastade rättegångar förekommer. Rätten tillkommer den enskilde redan från och med anhållandet, då denne får reda på anklagelsen mot honom eller henne. Hur lång tid den enskilde ska få till sitt förfogande att förbereda sitt försvar beror på samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Den åtalade skall ges tillfälle att förbereda sitt försvar på ett adekvat sätt för att på bästa sätt anföra sina argument inför domstolen.⁵⁴

Det är inte ECtHR:s uppgift att pröva huruvida nationella domstolars domar är riktiga, såvida inte rättigheter enligt art 6 har kränkts. Art 6 reglerar inte på något sätt vilken slags bevisning som skall anses vara tillåten under förfarandet. Denna reglering skall som huvudregel skötas i respektive konventionsstat. Dessa frågor kan dock komma att bedömas av ECtHR som ett led i deras bedömning av huruvida rättegången varit rättvis för den tilltalade. ECtHR måste då ta hänsyn till flera olika omständigheter, till exempel om kontradiktionskravet har uppfyllts och om den oegentligt åtkomna bevisningen har varit det enda bevis som legat till grund för en fällande dom.⁵⁵ Art 6 omfattar dock inte tvångsåtgärder som till exempel husrannsakan eller hemlig telefonavlyssning. Inte heller användandet av extraordinära rättsmedel faller inom denna artikel.⁵⁶

En bedömning av huruvida en kränkning av ECHR har skett görs med ledning av *allt* som förekommit i målet – en helhetsbedömning.⁵⁷ Det är viktigt att en lösning diskuteras utifrån svenska förhållanden. ECtHR tycks nämligen under vissa villkor vara benägen att överlämna frågan att lösas inom ramen för det nationella rättegångssystemet.⁵⁸ ECtHR skall upprätthålla generella rättsprinciper som finns i konventionsstaternas lagstiftning, till exempel proportionalitetsprincipen, rätten

⁵³ Danelius, s. 132

⁵⁴ Clayton, Tomlinson, *The Law of Human Rights*, vol 1, Oxford University Press, Oxford, 2000, s. 633ff.

⁵⁵ Ds 2003:13 s. 36f

⁵⁶ Lundqvist (1998) s. 51

⁵⁷ *Ibid.* s. 249

⁵⁸ *Ibid.* s. 234

till ett likvärdigt försvar och principen om förutsebarhet.⁵⁹ ECtHR uttalade att det är av mindre vikt hur konventionsstaterna får det nationella förfarandet att överensstämma med art 6. Istället skall staten tillse att förfarandet i sin helhet är rättvist.⁶⁰

Nationell domstol har ofta bättre underlag än ECtHR vad gäller vissa bedömningar, till exempel bevisvärdering och hur nationell rätt bör tillämpas. Det bör alltså noteras att enligt den så kallade fjärde instansformulan är ECtHR i allmänhet inte behörig att överpröva nationella domstolars bevisvärdering, huruvida de gjort en oriktig materiell bedömning eller utdömt ett alltför strängt straff. Naturligtvis ingriper ECtHR om de anser att den nationella prövningen varit felaktig, men huvudregeln är ändå att de nationella domstolarna har en viss ”margin of appreciation” (diskretionär prövningsrätt). Detta betyder att nationella domstolars beslut skall accepteras utom då särskilda skäl föreligger.⁶¹

3.1.2 ECHR Art 8 – Rätt till skydd för privat- och familjeliv

ECHR:s artikel 8 berör en viktig del av skyddet för den personliga integriteten. Att redogöra för denna artikel är av betydelse bland annat för förståelsen av uppdelningen av rättsfallen i en provokationsgrupp respektive en integritetsgrupp.⁶²

Artikel 8

1. Var och en har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.

2. Offentlig myndighet får inte ingripa i denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten eller landets ekonomiska välstånd, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.

Art 8 behandlar rätten till respekt för privat- och familjeliv samt hem och korrespondens. Det finns dock visst utrymme för undantag i art 8.2.

⁵⁹ Koopmans, s. 181f

⁶⁰ Teixeira de Castro § 34

⁶¹ Danelius, s. 57

⁶² Se avsnitt 2.2

För att ett ingrepp från staten skall vara förenligt med art 8.2 måste tre villkor uppfyllas: ingreppet måste vara lagenligt, ingreppet måste vara ägnat att tillgodose något av de allmänna eller enskilda intressen som räknas upp i art 8.2, samt att ingreppet måste var nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.⁶³ Intrånget måste vara grundat på lag eller rättspraxis enligt den nationella rättsordningen där fallet behandlas. Detta skall ge ett skydd mot godtycke och garantera förutsebarheten för den enskilde.⁶⁴

Beträffande oegentligt åtkommen bevisning kan den tilltalade tänkas kräva att domstolen, av respekt för hans konventionsskyddade rätt till personlig integritet, inte tillåter sådan bevisning eller åtminstone inte tillmäter den något värde. Den tilltalades skyddsintresse ställs här mot åklagarens utredningsintresse samt dennes principiella rätt att föredra det material han eller hon bedömer vara relevant i förfarandet. Kollision skulle således föreligga mellan art 8 för den tilltalade, och Westbergs idé om en oskriven rätt till rättvis rättegång enligt art 6 för staten. Vid en sådan kollision följer av ECtHR:s praxis att art 8 ofta får vika för art 6. Kränkning av den personliga integriteten accepteras således för att uppfylla kravet på kontradiktion och rättegången anses rättvis trots att ett fundamentalt intresse tvingas vika för ett annat. Den traditionella fria bevisföringen skulle därmed skyddas av statens anspråk på en rättvis rättegång.⁶⁵

3.2 Praxis

ECtHR har vid ett flertal tillfällen poängterat att bevisfrågor främst skall avgöras i nationella domstolar. Det är dock viktigt att inte underskatta ECtHR:s domar och uttalanden samt dessas inverkan på den nationella rätten.

ECtHR syftar främst till att bevara och bevaka skyddet för de mänskliga rättigheterna. Som har redogjorts för ovan omfattar detta rätten till en rättvis rättegång, som i sin tur innefattar bevisprövning och bevisvärdering för att avgöra rättegångens rättviseaspekt i sin helhet.

⁶³ Danelius, s. 263

⁶⁴ Ds 2003:13 s. 37

⁶⁵ Westberg, *Fair trial – inget för staten?: Ett rättsfall om olagligt åtkommen bevisning och överskottsinformation*, Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, Årg. 15 (2003-04) Nr. 3, s. 660ff

Även på denna internationella nivå kan rättsfallsredogörelsen delas upp i provokations- respektive integritetsfall och samma modell för gränsdragning mellan de olika typfallen har använts.

3.2.1 Provokationsfall

3.2.1.1 Teixeira de Castro mot Portugal⁶⁶

Det var i detta rättsfall fråga om huruvida det förelåg ett förbud mot att använda genom brottsprovokation åtkommen bevisning mot den tilltalade. I målet behandlades frågan huruvida klaganden fått en rättvis rättegång enligt konventionens art 6 med hänsyn till att den fällande domen till stor del vilade på uppgifter från polismän som ansågs ha provocerat fram brottet. I domen gjorde ECtHR ett generellt uttalande om att möjligheten att uppta, samt att använda, bevisning är en uppgift som främst skall lösas i respektive konventionsstat, och att bevisvärderingen i princip skall företas i nationell domstol.⁶⁷ ECtHR skall endast ta ställning till om förfarandet som helhet varit att betrakta som rättvist enligt art 6.⁶⁸

Vidare konstaterade ECtHR att förfarandet vad gäller både brottsutredning och rättegång borde bedömas som en enhet.⁶⁹ Detta trots att de tidigare hävdade att anonyma vittnen var acceptabla under utredningens gång men att de inte kunde utgöra den avgörande bevisningen för en fällande dom.⁷⁰ En av domstolens slutsatser blev följaktligen, att klaganden, eftersom han inte var misstänkt för brott när polismännen utförde sin provokation, redan från början hade berövats sin rätt till en rättvis rättegång enligt art 6.⁷¹ Då klaganden inte var misstänkt vid tidpunkten för polismännens agerande var åtgärderna i strid med oskyldighetspresumtionen.⁷²

Grov och organiserad brottslighet, som det här var fråga om, kräver visserligen adekvata motåtgärder, men dessa får inte innebära att garantierna för ett korrekt

⁶⁶ Teixeira de Castro mot Portugal, dom den 9 juni 1998.

⁶⁷ Lundqvist (1999) s. 904

⁶⁸ Teixeira de Castro § 34

⁶⁹ Lundqvist (1999) s. 909

⁷⁰ Ibid. s. 904

⁷¹ Teixeira de Castro § 39

⁷² Lundqvist (1998) s. 308

och rättssäkert förfarande offras. Art 6 omfattar alla typer av brott, både grova och ringa. Dessa borde inte behandlas olika och således borde inte allmänintresset kunna rättfärdiga användandet av bevis åtkomna som ett resultat av polisprovokation.⁷³

Klart är att ECtHR anser att det finns en gräns för intresset av att utreda brott. En intresseavvägning av motstående intressen måste göras och det tycks inte alltid som om ändamålet helgar medlen. Om denna gräns överskrids bör det vara förbjudet att använda den bevisning som åtkommit genom den provocerande handlingen, anser ECtHR. Det bör särskilt framhållas att en intresseavvägning av detta slag bara skall avse klagandens intressen.⁷⁴ Art 6 ger enbart den tilltalade rätt till en rättvis rättegång, inte åklagaren.⁷⁵

En annan möjlighet är att använda bevisningen mot den tilltalade i rättegång men endast på villkor att det specifika beviset inte har avgörande betydelse för en slutgiltig dom. Om det finns ytterligare stödbevisning riskerar man inte att grundprincipen om "equality of arms" i art 6 kränks.⁷⁶ Detta framhölls av domstolen då de fäste stor vikt vid att den aktuella bevisningen tillmätts avgörande betydelse i de nationella domarna.⁷⁷ Vikt lades även vid det faktum att polisiära arbetsmetoder måste ske med hänsyn till garantierna för ett korrekt och rättssäkert förfarande.

Dissidenten i målet ansåg att provokationen i sig inte borde medföra att bevisen blev otillåtna. Teixeira var trots allt fullt medveten om att han begick en brottslig gärning. Det borde således vara irrelevant att det var polismän som initierade brottet.⁷⁸ Om man betraktar detta resonemang kan det te sig lite underligt då man

⁷³ Teixeira de Castro § 36, "The rise in organised crime undoubtedly requires that appropriate measures be taken, the right to a fair administration of justice nevertheless holds such a prominent place that it cannot be sacrificed for the sake of expedience/.../Article 6 apply to proceedings concerning all types of criminal offence, from the most straightforward to the most complex. The public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement."

⁷⁴ Jfr Westbergs resonemang om statens rätt till en rättvis rättegång under rubrik "ECHR Art 8".

⁷⁵ Lundqvist (1999) s. 906f

⁷⁶ Ibid. s. 910

⁷⁷ Teixeira de Castro § 38

⁷⁸ Axberger, *Brottsprovokation – en uppdatering*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2002, s. 59

som medborgare förväntar sig ett oklanderligt och moraliskt beteende av statens representanter.

3.2.2 Integritetsfall

3.2.2.1 Schenk mot Schweiz⁷⁹

I rättsfallet Schenk behandlade ECtHR bland annat frågan huruvida användningen av bevisning som åtkommit av en privatperson på ett oegentligt sätt kunde anses medföra att den tilltalade inte fick en sådan rättvis rättegång som garanteras honom enligt art 6 i ECHR.

I det aktuella fallet var det fråga om en privatinspelning av ett telefonsamtal där herr Schenk lejer herr Pauty för att mörda sin hustru, fru Schenk. Enligt domstolen kunde inte art 6 anses vara åsidosatt *endast* av den anledningen att den fällande domen grundades på bevisning som var oegentligt åtkommen. Då det fanns annan bevisning till grund för domen, och herr Schenk dessutom haft möjligheten att ifrågasätta upphovsmannen och inspelningen autencitet, samt att motsätta sig användandet av bevisningen, ansåg domstolen att art 6 inte hade kränkts.

Art 6 ansågs av ECtHR inte heller innehålla några regler angående vilka bevis som kunde tillåtas under förundersökning och rättegång. Det ansågs istället vara en konventionsstatlig angelägenhet att bestämma vilken typ av bevisning som skulle tillåtas inför nationella domstolar.

Slutsatsen man kan dra av detta resonemang är att det inte strider mot ECHR att använda oegentligt åtkommen bevisning, förutsatt att rättegången på alla andra sätt varit rättvis. Lundqvist menar dock att man inte bör dra alltför generella slutsatser från fallet Schenk, eftersom ECtHR:s avgöranden är in casu inriktade. Lundqvist poängterar även att ECHR och ECtHR:s praxis visar en betydligt mer restriktiv hållning till möjligheterna att använda oegentligt åtkommen bevisning, än den svenska rätten.⁸⁰

⁷⁹ Schenk mot Schweiz, dom den 12 juli 1988

⁸⁰ Lundqvist (1998) s. 63

3.2.2.2 Khan mot Förenade Konungariket⁸¹

Även i rättsfallet Khan använde sig ECtHR av kriterierna i Schenk-fallet. Det var i detta fall aktuellt med en bedömning av om hantering av överskottsinformation kränkte art 6 och/eller art 8 i ECHR. Informationen hade åtkommit genom avlyssning, som per definition är integritetskränkande enligt art 8. Det finns dock situationer då undantag från huvudregeln kan legitimeras.⁸² I Storbritannien var åtgärden inte olaglig enligt nationell rätt eftersom intrång i privatlivet inte generellt betraktas som olagligt. Enligt ECHR krävs dock ett positivt lagstöd, och eftersom det inte fanns ett lagstöd som tillät dylik avlyssning ansågs förfarandet ha stridit mot art 8.⁸³ Visserligen utgjorde avlyssningsresultatet den enda bevisningen mot Khan, men då rättegången i övrigt, och i sin helhet ansågs ha varit rättvis förelåg inte en kränkning av art 6. Dessutom hade rättviseaspekten behandlats i varje instans, i enlighet med vad den engelska lagen kräver.⁸⁴ Ett domstolsbeslut, som på detta sätt endast bygger på oegentligt åtkommen bevisning, kan inte anses ha fattats i enlighet med kraven på rättvis rättegång, om inte en fullgod kontradiktion och möjlighet till motbevisning har möjliggjorts.⁸⁵

Det fanns dock en dissident i fallet som menade att det var en omöjlighet att betrakta rättegången som rättvis då den enbart grundades på oegentligt åtkommen bevisning, bevisning som åtkommit i konflikt med de mänskliga rättigheterna garanterade i ECHR. Dissidenten ansåg att eftersom art 8 onekligen hade blivit kränkt kunde förfarandet omöjligen anses vara rättvist i art 6:s mening. Majoritetens resonemang tycks dock bygga på att rättigheter ibland ställs mot rättigheter, och att det inom konventionen finns en outtalad rangordning. I konventionen finns även en uttalad rangordning. Principiellt får ingen rättighet användas för att åsidosätta en annan rättighet såvida inte ECHR:s artikel 15 är tillämplig. Denna artikel stadgar att övriga artiklar får bortses ifrån om det anses *”oundgängligen nödvändigt med hänsyn till situationens krav”*. Då artiklarna 2, 3,

⁸¹ Khan mot Förenade Konungariket, dom den 12 maj 2000

⁸² Se utförligare beskrivning under rubrik ”ECHR Art 8”, paragraf 3.1.2

⁸³ Khan § 28

⁸⁴ Khan § 37f

⁸⁵ Dijk, P van och Hoff, G.J.H. van, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, uppl. 2, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1990, s. 323

4 (punkt 1) och 7 är undantagna, och således aldrig får bortses ifrån, kan man se en tydlig hierarki mellan dessa artiklar och de övriga.

Dissidenten argumenterade vidare för att domstolen genom dylika domar snarare öppnar upp för okonventionella polisiära arbetsmetoder istället för att med alla medel försöka motarbeta dem. En parallell skulle då kunna dras till den svenska doktrinen och Lundqvists resonemang angående disciplinansvar för poliser och bevisförbud.⁸⁶

3.2.2.3 P.G. och J.H. mot Förenade Konungariket⁸⁷

Även i det här fallet rörde det sig om uppgifter åtkomna genom avlyssning. Då delar av avlyssningen skett i en lägenhet avsedd för privat boende var det självklart att polisens handlingar konstituerat ett integritetskränkande intrång. Fråga var om detta var acceptabelt enligt art 8.2. Till denna del kan fallet jämföras med Khan, och då det även här saknades positivt lagstöd ansåg ECtHR att agerandet brutit mot art 8.⁸⁸

Vad gällde art 6 ansåg ECtHR att den inte hade kränkts då rättegången som helhet varit rättvis. Detta visar bland annat på att man kan kränka en artikel i ECHR utan att rättegången nödvändigtvis betraktas som orättvis enligt art 6.⁸⁹

3.3 *Analys i enlighet med Europakonventionen*

Enligt ECtHR:s praxis är huvudregeln att art 6 endast har att garantera en rättvis rättegång och att den således inte innehåller några bevisrättsliga regler. Bevistillåtligheten skall istället bedömas av konventionsstaternas respektive lagstiftning. Denna formulering uttrycks nästan identiskt i de redovisade fallen. Detta innebär således att tillåtligheten av bevisning endast regleras indirekt enligt art 6. På detta sätt kan ECtHR, utan att ha en specifik reglering, klart ge uttryck för sin inställning i domar och domskäl. Som Lundqvist har anmärkt är dock ECtHR:s domar ofta mycket in casu inriktade, och det kan därför vara svårt att dra några generella slutsatser av ECtHR:s argumentation. Ser man dock ett dylikt

⁸⁶ Se paragraf 2.3 ovan

⁸⁷ P.G. och J.H. mot Förenade Konungariket, dom den 25 september 2001

⁸⁸ Ibid. § 37f

⁸⁹ P.G. och J.H. mot Förenade Konungariket, § 76

konsekvent förhållningssätt anser jag att man åtminstone skulle kunna tillåta sig att dra några försiktiga slutsatser om synen på oegentligt åtkommen bevisning.

Man kan till exempel se ett tydligt mönster av att oegentligt åtkommen bevisning inte nödvändigtvis innebär att rättegången inte skulle ha varit rättvis. ECtHR:s tillämpning av art 6 stadgar att rättegången skall bedömas i sin helhet.⁹⁰ ECtHR har till och med grundat domar uteslutande på sådan bevisning, förutsatt att rätten till kontradiktion och ett fullvärdigt försvar tillgodosetts.⁹¹ Ett undantag är dock Teixeira de Castro-målet där brottsprovokationen som åstadkommit den oegentliga bevisningen ansågs ha berövat den tilltalade rätten till en rättvis rättegång redan innan rättegångsförfarandet tagit sin början. Detta kunde inte botas av att resterande minimirättigheter uppfylldes under rättegången. Teixeira de Castro visar att det finns möjlighet för ett användarförbud att träda i kraft under vissa förutsättningar. Slutsatsen av detta skulle kunna bli att brottsprovokation som sådan berövar den tilltalade rätten till en rättvis rättegång, medan integritetskränkande åtkommen bevisning kan botas av minimirättigheternas tillgodoseende.

Kränkning av rätten till privat- och familjeliv enligt art 8 innebär inte automatiskt att rätten till rättvis rättegång kränks. Detta visar på att domstolen använder sig av en helhetsbedömning. Man kan även se att någon form av normhierarki föreligger inom konventionen. Det krävs således en relativt allvarlig kränkning av art 8 för att rättegången skall anses ha varit orättvis. Det faktum att det överhuvudtaget är möjligt ger dock en antydning om att den svenska principen om fri bevisprövning kan stöta på problem om den behandlas i ECtHR.

Som nämnts tidigare är gränsen mellan brott- och bevisprovokation mycket oklar. Klart är dock att dessa begrepp bör bedömas med största försiktighet. Om man tar oskyldighetspresumtionen i beaktande begränsas bevisanskaffningsmöjligheterna avseende till exempel integritetskränkningar eller dylikt. Att söka bevis mot någon som anses oskyldig torde vara problematiskt. Då en bevissökning kräver en klarlagd brottsmisstanke innebär detta att oegentligt åtkommen bevisning strider

⁹⁰ Detta framgår tydligt av t ex Schenk mot Schweiz och P.G. och J.H. mot Förenade Konungariket.

⁹¹ Se bl a Khan mot Förenade Konungariket.

emot oskyldighetspresumtionen. Att tillåta dylik bevisning skulle således riskera att urholka oskyldighetspresumtionen, något som torde vara mycket olyckligt.

4. United States of America

4.1 Amerikansk reglering

4.1.1 The 4th Amendment

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

Det svenska kontinentaleuropeiska tyska systemet - och det amerikanska common law systemet - är uppbyggda på diametralt olika grunder. I den svenska rätten förhåller vi oss främst till förarbeten, kodifierad lagstiftning och den fria bevisprövningens princip, och det finns här relativt få begränsningar vad gäller vad som får åberopas som bevisning i en brottmålsrättegång. I USA däremot, får man förlita sig på mycket allmänt formulerade stadganden i den amerikanska konstitutionen, samt en lång rad avgöranden från USA:s högsta domstol (US Supreme Court), vilket gör att reglering och praxis flyter ihop och blir svåra att skilja ifrån varandra. Denna bevismodell påminner mer om den legala bevisteorin. Enligt denna teori råder förbud mot vissa bevismedel, och det är i lagen man får söka ledning i hur bevis skall värderas. På detta sätt bli det lätt att kontrollera rättens bevisvärdering.⁹² Det har här skapats en mängd invecklade och oftast mycket svårtolkade bevisregler.⁹³

Jag har på grund av avgränsningsskäl valt att fokusera på en mindre del av dessa bevisregler nämligen hur oegentligheter av polis och åklagare kan påverka tillåtligheten av bevisningen i en brottmålsrättegång. Dessa oegentligheter omfattar främst regler avseende förhör med misstänkt samt otillåtet användande av straffprocessuella tvångsmedel. Dessa regler syftar till att tillvarata den

⁹² Ekelöf IV, s. 20f

⁹³ Detta ämne är så vitt och komplicerat att det till och med har ett eget avsnitt i den amerikanska juristutbildningen i storlek att jämföra med en svensk 10-poängskurs.

enskildes rättssäkerhet och dennes rätt till personlig integritet i samband med att han eller hon är misstänkt för brott.

En av artiklarna i den amerikanska Bill of Rights 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.⁹⁴ Denna huvudregel är en så kallad *exclusionary rule*⁹⁵ som stadgar att bevisning som åtkommit i strid med konstitutionella rättigheter skall avvisas.⁹⁶ Regeln säger dock inte att bevisningen automatiskt skall avvisas, utan att en bedömning om polismannens goda tro vad gäller konstitutionskränkningen måste göras.⁹⁷

I doktrinen använder sig Berglin av en tredelad schematisk uppställning för att förenkla förståelsen för hur de amerikanska domstolarna tolkar det fjärde tillägget.⁹⁸

Det första skedet ger en polisman rätt att kortvarigt hejda en person endast på grundval av hans eller hennes uppträdande, trots att sannolika skäl till misstanke för brott inte föreligger. Polismannen har i detta skede ingen rätt att tillgripa någon form av tvångsmedel mot personen eller dennes egendom.

Nästa skede gäller om polismannen, utan att formell brottsmisstanke föreligger, har befogad anledning att anta att personen ifråga är beväpnad. Polismannen har då rätt att utföra en så kallad säkerhetsvisitation, en visitation utanpå kläderna. Om *skälig misstanke* föreligger har polismannen även rätt att söka under ytterkläder och eventuellt avvärpa personen.

Det tredje och sista skedet inträder när en person på *sannolika skäl* misstänks för brott. Först då får polisman beröva personen friheten och mot honom använda andra straffprocessuella tvångsmedel. Undantagsvis kan enskild polisman fatta

⁹⁴ The Bill of Rights, 4th amendment till den amerikanska konstitutionen.

⁹⁵ "Rules in the law of evidence prohibiting the proof of certain facts or the proof of facts in particular ways." Oxford Dictionary of Law.

⁹⁶ Denna regel fastslogs för första gången i Weeks mot Förenta Staterna 1914.

⁹⁷ Förenta Staterna mot Leon 1984

⁹⁸ Berglin, *Otillåten bevisning i den amerikanska brottmålsrättegången*, SvJT 1986:4, s. 308f

beslut om användande av tvångsmedel själv, men huvudregeln kräver att han först måste utverka en så kallad warrant ("A written document issued by a magistrate for the arrest of a person or the search of his property", Oxford Dictionary of Law).⁹⁹

Det finns två olika sätt att få tag på otillåten information, dels genom *förhör med misstänkt*, dels genom *insamlande av konkreta föremål*, och här skall nu belysas exempel på effekter ett överskridande av befogenheterna under utredningen kan få på en efterföljande brottmålsrättegång. Ett exempel är när en polisman, utan warrant, tar med sig en misstänkt till polisstationen för förhör utan att personen ifråga är formellt gripen. Detta skulle inte vara acceptabelt trots att den misstänkte lämnades all vederbörlig information om sin rätt att vägra uttala sig, sin rätt till försvarare etc. Det faktum att ett laga frihetsberövande inte förelegat gav, enligt USA:s högsta domstol, att den ifrågavarande bevisningen var "*the fruit of the poisonous tree*" och således inte åberopbar inför domstol.¹⁰⁰ Resultatet hade blivit detsamma även om det inte varit den misstänktes egna uppgifter som åberopades. Hade det olaga frihetsberövandet resulterat i uppgifter som lett till ett insamlande av föremål hade även dessa blivit otillåtna, även om efterforskningen eller husrannsakan i sig var korrekt utförd.¹⁰¹

Även om den misstänkte lämnar sitt samtycke till exempelvis genomsökning av bagage eller liknande egendom, kan genomsökningen vara otillåten. Det avgörande är huruvida en sammantagen bedömning av situationen ger att den misstänkte var frihetsberövad innan medgivandet eller inte. Är han att anse som olaga frihetsberövad ger hans medgivande ingen "ansvareftergift".¹⁰²

Liknande möjlighet finns också att avvisa bevisning som åtkommit efter att det olaga frihetsberövandet upphört, trots att det ibland kan röra sig om längre tidsperioder på flera dagar. Det är alltså även här fråga om en bedömning av

⁹⁹ Berglin, s. 309f

¹⁰⁰ Ibid. s. 310

¹⁰¹ Ibid. s. 311

¹⁰² Ferdico, *Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional*, uppl. 7, Wadsworth Publishing Company, Belmont CA, 1999, s. 323f

sambandet mellan den rättstridig frihetsberövandet och åtkomsten av bevisningen.¹⁰³

Ett annat intressant exempel är stoppandet av fordon. Om en polisman av sannolika skäl misstänker förare eller passagerare för brott och i vederbörlig ordning stannar fordonet krävs det inte en warrant för att få genomsöka bilen. Undantagna från denna regel är förslutna väskor eller dylikt. Undantaget gäller dock inte förvaringslådor som enbart genom sin form undanröjer varje tvivel om dess innehåll, till exempel vapenfodral eller liknande.¹⁰⁴ Om polismannen istället stannar fordonet för en ren rutinkontroll för att sedan upptäcka att det till exempel nyttjas olagliga droger i bilen, kan dessa inte beslagtas utan warrant då fordonet inte stoppats med anledning av sannolika skäl misstanke om brott.¹⁰⁵

USA:s högsta domstol lägger stor vikt vid dessa den tilltalades konstitutionella rättigheter och den potentiella effekt detta har med avseende på möjligheterna att i en brottmålsrättegång åberopa under tidigare polisförhör lämnade uppgifter, liksom bevisning som säkrats som en följd av sådant förhör.

4.2 Praxis

Huvudregeln som domstolen har att åtfölja är, som ovan konstaterats, en så kallad exclusionary rule som stadgar att bevisning som åtkommit i strid med konstitutionella rättigheter skall avvisas. Denna regel fastslogs för första gången 1914 i fallet Weeks.¹⁰⁶ Regeln är dock inte att bevisningen automatiskt skall avvisas, utan en bedömning om polismannens goda tro vad gäller konstitutionskränkningen måste göras.¹⁰⁷

Ibland då provokationen anses ha gått för långt kan provokatören straffas och den tilltalade frikännas. I de fallen rör det sig ofta om så kallad entrapment¹⁰⁸.

¹⁰³ Berglin, s. 312

¹⁰⁴ Swanson, *Criminal Investigation*, uppl. 9, McGraw Hill, New York, 2006, s. 39f

¹⁰⁵ Berglin, s. 313f

¹⁰⁶ Weeks mot Förenta Staterna, 1914

¹⁰⁷ Förenta Staterna mot Leon, 1984

¹⁰⁸ "Deliberately trapping a person into committing a crime in order to secure his conviction, as by offering to buy drugs." Oxford Dictionary of Law.

Entrapment är under vissa omständigheter grund för ett ogillande av åtalet.¹⁰⁹ Detta ger att bevisbördan för entrapment ligger på den tilltalade.¹¹⁰ Frågan är dock om entrapment är en ansvarsfrihetsgrund (ogillande av åtal) eller en straffrihetsgrund (avvisning av åtal).

I Sorrels, ett tidigt rättsfall från USA:s högsta domstol, behandlades frågan om provokationens påföljd.¹¹¹ Det finns enligt detta rättsfall och övrig amerikansk praxis två olika modeller att utgå ifrån vid en dylik bedömning, den subjektiva respektive den objektiva modellen. Den förstnämnda tar i beaktande huruvida brottet över huvudtaget hade begåtts av den tilltalade om det inte varit för provokationen. Det anses dock svårt att avgöra huruvida den tilltalade var predisponerad att begå brottet ändå, eller inte. Detta resonemang kan således resultera i att tidigare straffade missgynnas av denna modell, som enligt resonemanget ovan således strider mot oskyldighetspresumtionen.¹¹²

Den objektiva modellen stadgar att om den tilltalade, av polisen, på ett *otillbörligt sätt*¹¹³, provocerats att begå brottet, skall denne frikännas. För att avgöra otillbörligheten måste man kunna visa på ett kausalsamband mellan provokationsåtgärden och det framprovocerade brottet.¹¹⁴ Detta faktum poängteras speciellt, vilket kan te sig anmärkningsvärt i komparation med svensk rätt där den adekvata kausaliteten brukat accepteras som en självklarhet.

I detta rättsfall använde sig majoriteten av den subjektiva modellen vid sin bedömning och den tilltalade frikändes med motiveringen ”*uppsåtet var väckt av provokatören*”. En av domarna var skiljaktig och hävdade, i enlighet med den objektiva modellen att provokationens otillbörlighet var viktigare än den tilltalades eventuella skuld/oskuld.¹¹⁵

¹⁰⁹ Asp, s. 137

¹¹⁰ Ibid. s. 165

¹¹¹ Sorrels mot Förenta Staterna, 1932, jfr med Teixeira de Castro mot Portugal.

¹¹² Jfr det kritiserade eventuella uppsåtet. Frågan uppstår huruvida den tilltalade skulle ha låtit bli att utföra viss gärning om omständigheterna varit lite annorlunda.

¹¹³ Otillbörlighetsrekvisiten framgår av MPC section 2.13

¹¹⁴ Asp, s. 152f

¹¹⁵ Ibid. s.149

4.3 Analys

Den amerikanska rättskulturen skiljer sig starkt ifrån den europeiska och den svenska. Utgångspunkten i det amerikanska samhället har sedan första början varit individens rättigheter, och skyddet av dessa. Den förhärskande uppfattningen tycks vara att hellre fria en skyldig, än fälla på grund av konstitutionskränkande polismetoder. Detta kommer naturligtvis till mycket tydligt uttryck inom bevisrätten. De bevisregler som gäller i den amerikanska brottmålsrättegången tycks ge den tilltalade stora möjligheter att undgå en fällande dom även i fall där i det svenska systemet bevisningen förmodligen skulle befinnas övertygande.

I det amerikanska rättssystemet krävs att man är på sannolika skäl misstänkt för ett brott för att en kroppsvisitation eller husrannsakan skall få ske utan att en warrant först har utverkats. När jag läser exempel och rättsfall får jag känslan av att de amerikanska kraven på sannolika skäl respektive motsvarande warrant är strängare än de svenska. Beror detta på ett svagare förtroende för polisens arbetsmetoder i USA? Beror det kanske på inslaget av politiska tillsättningar av domare? Eller beror det kanske på jurysystemets särarter?

Även ett mycket litet ingrepp i den personliga integriteten räknas som en kränkning. Ett tydligt exempel på detta är om en polisman ser en känd knarkare. Det finns inget som just då tyder på pågående brottslighet. Polis mannen saknar således sannolika skäl att misstänka personen för brott och har följaktligen inte befogenhet att visitera honom, trots att han med största sannolikhet skulle finna narkotika i personens ägo. Om visitation ändå sker är narkotikan frukten av en utan laga grund företagen kroppsvisitation – ”*the fruit of the poisonous tree*” - och kan alltså inte tillåtas som bevisning. Även om polisen hade haft befogad anledning att visitera personen hade han inte rätt att sticka handen i personens ficka utan en föregående genomsökning av hans kläder. Detta får enbart ske om polis mannen har sannolika skäl att tro att personen är beväpnad. En förpackning med narkotika torde dock inte gärna förväxlas med ett vapen, och polis mannen hade således under alla förhållanden överskridit sina befogenheter. Viktigt att komma ihåg är dock att tidigare kriminalitet i sig visserligen inte är anledning nog

för att genomsöka personen, men att det kan vara en del i huruvida sannolika skäl för genomsökning föreligger.¹¹⁶

En situation som den ovan beskrivna skulle te sig självklar för en svensk polis,¹¹⁷ men för en amerikansk krävs att man gör en avvägning mellan utredningsintresset och individens säkerhetsintresse mot statliga ingrepp i den privata sfären. Brottsbekämpning torde på detta viset bli betydligt mer komplicerad i USA, men det kan även resultera i ett gott förtroende för brottsbekämpningssystemet då riskerna för missbruk av polismetoder förhoppningsvis minskar. Med detta system borde till exempel riskerna för planterade bevis och andra försök till kringgående av regler om till exempel husrannsakan eller telefonavlyssning minska.

Resultatet i exemplet ovan beror till stor del på att amerikanska domstolar i stor utsträckning använder sig av den så kallade objektiva bevisvärderingsmodellen. Den redovisade situationen är ett tydligt exempel på hur denna modell används till nackdel för den allmänna brottsbekämpningen, men till fördel för de konstitutionsgaranterade rättigheterna om skyddet för individen. Här tar man inga subjektiva hänsyn till att personen är en, för polisen, känd kriminell. Sett ur ett oskyldighetspresumtionsperspektiv måste detta förfarande vara att föredra. Tidigare brottslighet skall inte ligga personen till last och ge polisen rätt att avgöra hans skuld redan innan han delges misstanke om brott.

Vad gäller det ovan presenterade exemplet skulle jag dock vilja påstå att omständigheterna torde utgöra en relativt måttlig kränkning av personens integritet, framför allt då personen ifråga befinner sig i en situation då risken för brott är överhängande. Utan att för den skull försöka stämpla personen som en obotlig brottsling kan man konstatera att en person med narkotikaberoende inte alltid resonerar rationellt, och således är risken större att personen antingen begår brott eller utsätts för brott. Att hålla fast vid rigida normer ger ett mycket begränsat utrymme för avvägningar och andra subjektiva bedömningar, något som kan inverka negativt på rättstryggheten. I USA bestämmer alltså domstolarna rättigheternas begränsningar. Å andra sidan, som Heuman för fram angående den

¹¹⁶ Ferdico, s. 222

¹¹⁷ Se avsnitt 2.1.3

svenska rätten, borde inte bevisprövning ske på annat sätt än genom lagstiftning, för att på så sätt garantera rättssäkerheten. Genom att på detta sätt hålla fast vid denna strikta bevismodell undrar jag över om inte resultatet blir att prövningen inte rör den tilltalades skuld utan snarare blir en prövning av polisens arbetsmetoder. Detta främst då man vid en bedömning av huruvida bevisningen skall avvisas skall ta hänsyn bland annat till den integritetskränkande polismannens goda tro.

Avslutningsvis skulle jag bara vilja påminna om att avvisad bevisning inte nödvändigtvis leder till en friande dom, övrig bevisning kan vara tillräckligt övertygande. Undanröjande av dom i högre rätt innebär således endast att man får rätt till ny rättegång.

5. Corpus Juris

Corpus Juris är ett förslag till en europeisk straff- och straffprocesslag. Detta förslag syftar till att skydda den europeiska unionens ekonomiska intressen mot organiserad internationell ekonomisk brottslighet.¹¹⁸

En arbetsgrupp tillsattes 1995 av EG-kommissionens generaldirektorat för att utreda lagstiftningsåtgärder till skydd för EU:s ekonomiska intressen. Projektet motiverades med att de rådande formerna för kriminalisering och administrering av rättsligt arbete mellan medlemsstaterna var uppenbart bristfälliga. En välorganiserad transnationell ekonomisk brottslighet rörande avsevärda belopp kräver ett effektivt motverkande av medlemsstaterna och dess representanter.

Det finns naturligtvis flera olika sätt att angripa problemet. Ett typiskt åtgärdsprogram skulle kunna innefatta preventiva åtgärder, ökad kontroll av efterlevnaden, regler som underlättar rättegången, samt straffskärpning. Som vi kommer att se lite längre fram omfattar Corpus Juris främst de två sistnämnda åtgärderna.¹¹⁹

Arbetsgruppens projekt delades in i mindre ämnesområden; materiell straffrätt, jurisdiktion och rättsligt samarbete, samt straffprocess och bevisrätt.¹²⁰ Det är således det sist omnämnda ämnet som här skall behandlas närmare, och då främst artiklarna 32 och 33. Arbetsgruppens arbete resulterade i ett förslag kallat Corpus Juris som utgörs av

*a set of penal rules, which constitute a kind of corpus juris, limited to the penal protection of the financial interests of the European Union, designed to ensure, in a largely unified European legal area, a fairer, simpler and more efficient system of repression.*¹²¹

¹¹⁸ Kommissionens förslag (2001) 715 - Grönbok om straffrättsligt skydd av Europeiska gemenskapens ekonomiska intressen och inrättande av en europeisk åklagare.

¹¹⁹ Träskman, s. 264

¹²⁰ Jareborg, *Corpus Juris – Ett förslag till straffrättsliga och straffprocessrättsliga bestämmelser till skydd för Europeiska unionens finansiella instrument*, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, 1998, s. 255

¹²¹ Corpus Juris, s. 40

Då Corpus Juris-förslaget innehåller både straffrättsliga och processrättsliga bestämmelser innebär det ett så kallat förenhetligande av delar av straffrätten och straffprocessrätten inom EU.¹²² Corpus Juris är inte till för att ersätta medlemsstaternas nationella straffsystem, och kommer heller inte att upphäva ens delar av dem. Syftet är istället att Corpus Juris skall komplettera de nationella systemen. Detta resulterar i en utvidgning av det straffrättsliga kontrollsystemet totalt sett, vilket starkt talar emot den allmänna principen om att sträva efter en begränsning av den straffrättsliga kontrollen.¹²³ Att på detta sätt negligera både principen om brottsprevention och en begränsning av den straffrättsliga kontrollen, ger motståndarna starka invändningar mot Corpus Juris. Detta kan skapa osäkerhet både vad gäller projektets berättigande och dess legitimitet.¹²⁴

Eftersom EU redan har harmoniserat viktiga delar av straffrätten genom olika förordningar, direktiv etc.¹²⁵ kan man säga att en viss rättsgemenskap föreligger mellan EU:s medlemsstater. Utomlands åtkomna bevis, bevisstillåtlighet och bevisprövning är dock alla kontroversiella frågor. Detta märks tydligt av att medlemsstaterna inte lyckats åstadkomma en fullständig gemensam syn på hur bevis bör tillåtas och värderas.

Det är inte ovanligt att medlemsstaternas respektive hållning delas upp i tre huvudmodeller:

1. Straff- och straffprocessrätten bör även i framtiden i huvudsak förbli en nationell angelägenhet;
2. Straff- och straffprocessrätten bör överlämnas till EU i sin helhet;
3. Straff- och straffprocessrätten bör delas upp i en nationell respektive en gemensam straffrätt.¹²⁶

¹²² Se uppräknigen av de tre huvudmodellerna strax nedan.

¹²³ Träskman, s. 265

¹²⁴ Ibid. s. 265

¹²⁵ Avser främst Charter of fundamental rights of the European Union

¹²⁶ Träskman, s. 262

Att på ovanstående sätt välja att antingen helt avstå ifrån internationellt samarbete eller att helt avstå ifrån sitt eget lands straff- och straffprocessrättsliga regleringar och traditioner motverkar hela idén om ett europeiskt samarbete. Alternativet att dela upp straff- och straffprocessrätten i en nationell och en internationell del tyder istället på ett större mått av kompromissvilja. Faktum kvarstår dock att det finns betydliga svårigheter med två separata system, till exempel jurisdiktions- och systemöverlappningsproblematik.

Corpus Juris-förslaget å sin sida försökte skapa ett system som kunde tillämpas lika i alla länder utan att riskera jurisdiktionproblematik eller dylikt. Corpus Juris bygger därför på sammanlagt sju grundprinciper:

1. legalitetsprincipen
2. skuldprincipen
3. proportionalitetsprincipen
4. principen om europeisk territorialitet
5. principen om judiciell kontroll
6. principen om kontradiktoriskt förfarande
7. principen om subsidiär tillämpning av nationell rätt

De tre första principerna ligger till grund för Corpus Juris straffrättsliga del. I den delen anses det inte finnas några kontroversiella artiklar. Ett fåtal av dem kan generera ändringar i den svenska rätten, men inget som skulle få några allvarliga principiella invändningar. Detsamma kan sägas om de artiklar som behandlar Corpus Juris materiella del.¹²⁷

När det gäller de processrättsliga bestämmelserna kommer dock frågan i ett delvis annat ljus. I denna del finns nämligen ett antal regler som saknar den starka historiska grund som vissa av de straffrättsliga reglerna baseras på. Detta gör de processrättsliga bestämmelserna betydligt mer problematiska än de straffrättsliga. Anledningen till dessa svårigheter torde vara att straffprocessrätten är mycket mer heterogen bland medlemsländerna än

¹²⁷ Träskman, s. 266

straffrätten. Man kan således inte tala om någon gemensam straffprocessrätt, förutom principen om skydd för de mänskliga rättigheterna. Svårigheterna består bland annat av olikheter gällande lekmannadomare, allmänna åklagare, formerna för åtal och bevisning.¹²⁸

5.1 Artikel 32 – tillåtlig bevisning

Artikel 32 behandlar vilka former av bevisning som skulle ha tillåtits inom EU om förslaget antagits. Denna artikel försöker uppnå en förenhetligande mellan de olika medlemsstaterna. Detta underlättas av den senaste tidens trend mot en öppnare bevisföring och större tillåtlighet. Denna trend har främst synts i förhandlingar i de två Europeiska domstolarna.¹²⁹

1. I den europeiska unionen medlemsstater tillåts följande bevisning:

(a) vittnesmål, vare sig det presenterats omedelbart inför domstolen eller över en ljud- och bildlänk, eller genom upptagning som framställts av Europeiska myndigheten i form av ett « europeiskt vittnesförhör », varvid vittnet skall förhöras inför en domare, försvararen skall vara närvarande och tillåtas att ställa frågor samt förhöret upptas på video;

(b) förhör med den misstänkte, vare sig det sker omedelbart inför domstolen eller har upptagits av Europeiska åklagarmyndigheten i form av ett « europeiskt förhör ». Vid ett sådant förhör skall den misstänkte förhöras inför en domare, biträds av en av honom eller henne utsedd försvarare (som fått tillgång till akten i god tid, dock senast 48 timmar före förhöret) och av en tolk om det behövs. Förhöret skall upptas på video;

(c) utsaga av den misstänkte på annat sätt än de som sägs i *b* ovan, om sådan utsaga gjorts inför behörig myndighet (Europeiska åklagarmyndigheten eller domare) samt att den misstänkte erinrats om rätten till tystnad och rätten till biträde av en av honom eller henne utsedd försvarare och utsagan har upptagits i enlighet med gällande föreskrifter;

(d) handlingar som överlämnas under förundersökningen eller vid rättegångens början, av en enskild eller organisation som upptagits i en förteckning över experter, som godkänts av medlemsstaterna på förslag av Europeiska åklagarmyndigheten;

(e) befintliga handlingar, som den misstänkte har varit skyldig att överlämna i samband med en förberedande administrativ utredning samt handlingar, som framställts av tredje parter.

¹²⁸ Träskman, s. 269f

¹²⁹ Delmas-Marty, Volym I, s. 98

2. Bestämmelserna i 1 ovan utesluter inte att andra bevismedel tillåts med stöd av den nationella lagstiftningen i domstolsstaten.¹³⁰

Sverige har principer om fri bevisföring och fri bevisprövning. Detta ger i stort sett all bevisning tillträde till domstolsförfarandet.

Art 32(1)(a) nämner användandet av audiovisuella länkar. Eftersom bevisföring via telefon är tillåtet i Sverige torde detta inte utgöra något problem för den svenska lagstiftningen eller utövandet av densamma.

Art 32(1)(c) Uttalanden hänförliga till denna artikel kommer inte alltid att vara tillåtliga. Det är inte troligt att lagen utökas till en fullkomlig överensstämmelse med denna artikel.

Art 32(1)(d) Överensstämmer med svensk lag, dokument som lags fram av exporter anses tillåtna.

Art 32(1)(e) Kräver egentligen inga ytterligare kommentarer.¹³¹

5.2 Artikel 33 – avvisning av bevisning

Enligt art 33.1 i förslaget till Corpus Juris skall bevisning avvisas om den har anskaffats av personer vid gemenskapsmyndighet eller nationell myndighet i strid med ECHR. Den skall även avvisas om den har anskaffats i strid med art 32 (avseende vilken bevisning som är tillåten) i Corpus Juris. Slutligen skall bevisning som anskaffats i strid mot nationell rätt avvisas. Detta gäller dock endast under förutsättning att den nationella rätten är förenlig med Corpus Juris.

1. Vid förfarande som avser brott som sägs i artiklarna 1-8 ovan skall bevisning avvisas, om den har anskaffats av personal vid gemenskapsmyndighet eller nationell myndighet i strid mot

- vad som följer av Europakonventionen för mänskliga rättigheter,
- de europeiska bestämmelserna som sägs i artiklarna 31 och 32 ovan, eller
- tillämplig nationell lagstiftning, om detta inte kan rättfärdigas med hänvisning till de europeiska bestämmelserna som sägs ovan. Bevisningen

¹³⁰ Corpus Juris 2000

¹³¹ Delmas-Marty, *The implementation of the Corpus Juris in the member states*, Volym III, Volume III, Intersentia, Antwerp – Groningen – Oxford, 2000, s. 854

skall dock avvisas endast om införandet av sådan bevisning skulle strida mot principen om rättvis rättegång.

2. Frågan huruvida bevisning har anskaffats i strid mot lag avgörs av den nationella lagstiftningen i den stat där ifrågavarande bevisningen har anskaffats. Om bevisningen har anskaffats lagligt, i den mening som sägs ovan, skall användning av sådan bevisning inte kunna bestridas på den grunden att anskaffning av bevisning på detta sätt skulle ha varit olaglig enligt nationell lagstiftning i den stat där bevisningen åberopas. Detta utesluter dock inte att åberopad bevisning bestrids, även om den tillåts i den stat där anskaffningen skett, om sådan bevisning skulle strida mot Europakonventionen eller de europeiska bestämmelserna som sägs i artiklarna 31 och 32.¹³²

En tillämpning av art 33.1 medför en inskränkning av principen om den fria bevisprövningen som anses gälla i Sverige. I art 33.1 i Corpus Juris-förslaget kan man utläsa en något mer restriktiv syn på möjligheterna att använda oegentligt åtkommen bevisning. Oegentligt åtkommen bevisning avvisas där enbart om en användning av den aktuella bevisningen skulle leda till att den tilltalade inte fick en rättvis rättegång i enlighet med ECHR art 6. I art 33.2 framgår att det är lagen i det land där bevisningen har åtkommit som skall tillämpas för att avgöra om bevisningen är tillåten eller inte. Huruvida bevisningen anses tillåten i det land där den åberopas, skall alltså inte spela någon roll. Den domare som har att avgöra huruvida bevisningen skall avvisas eller inte, kan således bli tvungen att tillämpa ett annat lands lag.¹³³ När det gäller utomlands åtkommen bevisning tvingas de svenska domstolarna att ta hänsyn till bevisreglerna i landet där bevisning åtkoms (vilket nu förekommer inom internationell privaträtt, men inte ännu inom straffrätten)¹³⁴.

Viktigt är dock att bevisningen måste bortses ifrån om den åtkommit genom brott mot fundamentala mänskliga rättigheter enligt ECHR.

Art 31 är endast intressant enligt art 33 om någon har blivit tvingad (genom lag eller trots lag) att aktivt medverka till att klarlägga sin egen skuld.

¹³² Corpus Juris 2000

¹³³ Kommissionens förslag (2001) 715.

¹³⁴ Delmas-Marty, Volym I, s. 99

Sådan bevisning är tillåten enligt svensk lag så länge det inte förelegat brott mot ECHR.

Att art 32 tas upp i art 33 tycks lite märkligt då denna art inte förbjuder någonting. Det enda möjliga hade varit om de hänvisade till art 32(1)(e), men detta spelar ändå ingen roll då någon dylik regel inte finns i svensk lag, och någon ändring av den nationella lagen således inte kommer att krävas.

Det finns således två typfall då Corpus Juris kräver att svenska domstolar förbjuder åtkommen bevisning. Att försöka göra dessa två system kompatibla på detta plan kan bli mycket svårt.¹³⁵

Även här strävas efter ett förenhetligande mellan ackusatoriska och inkvisitoriska rättstraditioner, vilket underlättas av harmoniserings- och likhetstrender. Men eftersom nationell rätt skall agera som ett komplement till Corpus Juris kan en del praktiska problem uppstå till exempel då inhemska domare skall tillämpa andra staters bevisregler. Bevis skall endast uteslutas då bevisningen riskerar att försvåra för en rättvis rättegång.¹³⁶

¹³⁵ Delmas-Marty, Volym III, s. 855

¹³⁶ Delmas-Marty, Volym I, s. 99f

6. Avslutande kommentarer

Slutsatsvis kan jag alltså konstatera betydande skillnader mellan de tre rättssystemen. Den amerikanska bevisrätten är mycket begränsad i och med sitt starka integritetsskydd, medan den svenska å sin sida är betydligt friare, och på det viset tycks prioritera utredningsintresset. ECHR befinner sig någonstans mittemellan de två övriga, och öppnar på det sättet upp för intresseavvägningar och subjektiva bedömningar avseende de specifika målen.

Sverige har en tendens att kritisera andra stater för bristande skydd för de mänskliga rättigheterna. Viljan att granska det egna systemet och erkänna brister i detsamma, tycks dock inte vara lika vanligt förekommande. Enligt min åsikt har Sverige en otillräcklig integrering av mänskliga rättigheter inom bevisrätten. Då domstolar vanligen anses vara en garanti för att de mänskliga rättigheterna förverkligas torde de svenska domstolarna få svårt att uppfylla denna garanti. Domstolarna saknar egentliga möjligheter att avvisa oegentligt åtkommen bevisning, och utredningsintresset prioriteras genom den antiindividualistiska rättstraditionen. Sverige bör därför eftersträva en rättstillämpning, alternativt en explicit reglering, som i större utsträckning är kompatibel med ECHR. Med hänsyn till rättstryggheten och förutsebarheten är reglering naturligtvis att föredra.

Då svenska rättsfall mycket väl kan komma att behandlas inför ECtHR torde det alltså vara att rekommendera att den svenska bevisrätten anpassar sin reglering till den som ECtHR:s praxis förespråkar. Detta kan ske antingen genom att rätten preciseras för att mer likna den internationella rätten, eller genom att domstolarna i större utsträckning göra konventionskonforma tolkningar av den svenska rätten, och således avvisar den oegentligt åtkomna bevisningen. Ett internationellt initiativ i denna riktning var Corpus Juris-förslaget som i valda delar bland annat syftar till att harmonisera delar av EU:s medlemsstaters straffrättsliga lagstiftning. Om detta förslag gått igenom skulle den svenska bevisregleringen troligtvis ha förändrats och på så vis blivit mer internationellt gångbar. Art 32 och 33 i Corpus Juris-förslaget kunde i vissa avseenden anses avvika från vad som gäller enligt svensk rätt och Sverige skulle alltså blivit tvungna att se över bevisrätten för att den skulle stämma bättre överens med ECHR och EU:s reglering. Om detta skulle

skett skulle således utredningsintresset få stå tillbaka något till förmån för integritetsskydd och individens rättigheter, något som torde stämma bättre överens med principerna om att skydda individens svagare ställning gentemot staten både i utrednings- och i domstolsprocessen. Detta skulle således vara ett steg tillbaka för den svenska rättsutvecklingen genom ett närmande av den legala bevisteorin. Eftersom förslaget förkastades kommer denna förändring antagligen inte att ske inom någon snar framtid. Jag förespråkar dock att Corpus Juris-förslaget i åtanke då nästa förslag på området skall utformas.

Trots vikten av skyddet för mänskliga rättigheter finns påtagliga risker att dessa ibland begränsas med hänsyn till resurstillgång och andra allmänna intressen såsom utredningseffektivitet och dylikt. Att ställa orimliga krav på individuellt skydd kommer onekligen att minska effektiviteten till den grad att ECHR och nationella rättssystem förlorar sin legitimitet, något som i sin tur skulle försämra möjligheterna att förverkliga de mänskliga rättigheterna. Balansen mellan individuella rättigheter och allmänna intressen är således mycket viktig för att man skall undvika ett negativt cirkelresonemang.

Ett annat förslag till lösning kan vara att satsa mer på brottsprevention. Ett centraliserat tvång som söker förenhetliga straff- och straffprocessrätten inom EU riskerar att skada förtroendet mellan medlemsstaterna och mellan myndigheter inom dessa. Detta resultat motverkar gemensamma aktioner mot organiserad brottslighet.¹³⁷ Risken finns naturligtvis också att medborgarnas förtroende både för den egna staten och för EU kan skadas om nationella särdrag helt undanröjs. Jag anser dock att Corpus Juris i många avseenden var ett bra förslag. Där syntes tydliga avväganden mellan de olika sätt frågorna behandlas inom medlemsstaterna, samt intryck som tagits av utomstående länders rättssystem.

Viktigt är dock att inte bara söka nå den gyllene medelvägen som alla medlemsstater skall kunna acceptera, utan att skapa ett system som på bästa sätt skyddar de grundläggande fri- och rättigheterna samtidigt som utredningsintresset respekteras. Till syvende och sist kommer man till slutsatsen att allt egentligen

¹³⁷ Träskman, s. 273

handlar om förtroende; medlemsstaternas förtroende för varandra, medborgarnas förtroende för sina respektive stater och deras myndighetsutövare, medlemmarnas förtroende för unionen, och allas förtroende och respekt för, samt efterlevnad av rättssystemen.

7. Käll- och litteraturlista

Offentligt tryck:

Ds 2003:13 – Överskottsinformation

Justitieombudsmannen – Remiss av promemorian Överskottsinformation (Ds 2003:313)
Ju2003/2828/Å

Prop. 2004/05:143 – Överskottsinformation vid användning av hemliga tvångsmedel
m.m.

Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga
rättigheterna och de grundläggande friheterna

SOU 1938:44 - Processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk

Unionsrättsligt tryck:

Kommissionens förslag (2001) 715. Grönbok om straffrättsligt skydd av Europeiska
gemenskapens ekonomiska intressen och inrättande av en europeisk åklagare.

Litteratur:

Asp, Petter *Straffansvar vid brottsprovokation*, Norstedts Juridik,
Göteborg, 2001

Axberger, Hans-Gunnar *Brottsprovokation – en uppdatering*, Iustus Förlag AB,
Uppsala, 2002.

- Berglin, Håkan *Otillåten bevisning i den amerikanska brottmålsrättegången*, SvJT 1986:4 s. 308-318
- Clayton, Tomlinson *The Law of Human Rights*, vol 1. Oxford University Press, Oxford, 2000
- Danelius, Hans *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, uppl. 2, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002
- Delmas-Marty, M. *The implementation of the Corpus Juris in the member states*, Volume I, Intersentia, Antwerp – Groningen – Oxford, 2000
- Delmas-Marty, M. *The implementation of the Corpus Juris in the member states*, Volume III, Intersentia, Antwerp – Groningen – Oxford, 2000
- Dereborg, Anders *Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess*, Juristförlaget, Stockholm, 1990
- Dictionary of Law *Oxford Dictionary of Law*, Clays Ltd, St Ives, 2003
- Diesen, Christian (Red.) *Bevis – värdering av erkännande, konfrontationer, DNA och andra enstaka bevis*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1997
- Diesen, Christian
Brun, Hans *Bevispraxis: svensk bevispraxis 1948-1999*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2000
- Dijk, P van
Hoff, G.J.H. van *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, uppl. 2, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1990

- Eek, Bergström et al. *Juridikens termer*, uppl. 3, Svenska bokförlaget, Bonniers, Stockholm, 1968
- Ekelöf, Per Olof *Rättegång tredje häftet*, uppl. 6, Norstedts Juridik, Stockholm, 1999
- Ekelöf, Per Olof
Boman, Robert *Rättegång fjärde häftet*, uppl. 6, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002
- Ferdico, John, *Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional*, uppl. 7, Wadsworth Publishing Company, Belmont CA, 1999
- Fitger, Peter
Mellqvist, Mikael *Domstolsprocessen*, uppl. 2, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002
- Heuman, Lars *Otillåtna inskränkningar av bevisföringen och bevisvärderingen*, Advokaten 1986:52 s. 40-54
- Jareborg, Nils *Corpus Juris – Ett förslag till straffrättsliga och straffprocessrättsliga bestämmelser till skydd för Europeiska unionens finansiella instrument*, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, 1998 s. 255-270
- Koopmans, T *Law and reality: essays on national and international procedural law in honour of Cornelis Carel Albert Voskuil - Natural Justice Rediviva? The Right to a Fair Hearing in European Law*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1992, s. 175-186
- Lundqvist, Ulf *Bevisförbud*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1998.
- Lundqvist, Ulf *Polisprovokation och bevisförbud*, SvJT 1999, s. 903-911

- Nowak, Karol *Oskyldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2003
- Swanson, Charles *Criminal Investigation*, uppl. 9, McGraw Hill, New York, 2006
- Träskman, Per Ole *Corpus Juris – Ett frestande eller ett främmande förslag till en enhetlig europeisk rättssfär?*, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, 1997 s. 262-274
- Westberg, Peter *Fair trial – inget för staten?: Ett rättsfall om olagligt åtkommen bevisning och överskottsinformation*, Juridisk Tidsskrift vid Stockholms universitet, Årg. 15 (2003-04) Nr. 3, s. 660-664

8. Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 1960 s. 522

NJA 1985 s. 544

NJA 1986 s. 489

NJA 1989 s. 498

NJA 1998 s. 204

NJA 2003 s. 323

Europadomstolen

Schenk mot Schweiz 1988-07-12

Teixeira de Castro mot Portugal 1998-06-09

Khan mot Förenade Konungariket 2000-05-12

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

USA:s högsta domstol

Weeks mot Förenta Staterna, 1914

Sorrels mot Förenta Staterna, 1932

Förenta Staterna mot Leon, 1984