



# PROCESSUELLA RÄTTIGHETER I BEVISFÖRFARANDEN

EN UNDERSÖKNING AV TILLGÅNGEN TILL UPPRÄTTELSE  
VID REGELÖVERTRÄDELSER I BROTTMÅL

## **CIVIL RIGHTS DEFENDERS**

Civil Rights Defenders är en internationell människorättsorganisation som grundades i Sverige 1982. Vi arbetar för och tillsammans med tusentals människorättsförfvarare som kämpar för demokrati och att människors medborgerliga och politiska rättigheter respekteras världen över. Vår uppgift är att se till att de kan arbeta säkrare, smartare och snabbare. Vi bedriver påverkansarbete, juridiska processer och informerar om situationen för mänskliga rättigheter globalt.

## **PUBLICERAD AV CIVIL RIGHTS DEFENDERS**

Copyright © 2021 Civil Rights Defenders

Civil Rights Defenders tackar advokaten Linus Gardell för hans stöd under projektets gång och för hans värdefulla synpunkter över rapportens innehåll.



Denna rapport finansieras av Europeiska unionens Rättsprogram (2014-2020). För innehållet i denna rapport ansvarar endast Civil Rights Defenders. Europeiska kommissionen är inte ansvarig för användning av den information den innehåller.

# INNEHÅLLSFÖRTECKNING

<b>FÖRKORTNINGAR</b> .....	4	5.3.2 Yrkande om avvisning och möjlighet att överpröva/överklaga .....	17
<b>1 SAMMANFATTNING</b> .....	5	5.3.3 Bevisvärdering .....	18
<b>2 INLEDNING</b> .....	6	5.3.4 Undanröjande och återförvisning till lägre instans .....	18
2.1 Bakgrund .....	6	5.3.5 Extraordinära rättsmedel .....	18
2.2 Den bredare inverkan av bristen på effektivt rättsmedel .....	6	5.4 Rättsväsendets parter syn på effektiva rättsmedel .....	19
2.3 Om projektet och den aktuella rapporten .....	7	5.5 Är de svenska rättsmedlen effektiva? .....	19
2.4 Metod .....	8	5.5.1 De bevisrelaterade rättsmedlen .....	19
<b>3 RÄTTSLIG OCH INSTITUTIONELL BAKGRUND</b> .....	9	5.5.2 De bevisrelaterade rättsmedlen i kombination med andra .....	20
3.1 Den straffrättsliga modellen .....	9	<b>6 SLUTSATSER</b> .....	21
3.2 Aktörer inom brottmålsprocessen och deras roll i bevisförfaranden .....	9	<b>7 REKOMMENDATIONER</b> .....	22
3.2.1 Domstolar .....	9	<b>8 REFERENSER</b> .....	23
3.2.2 Åklagare .....	10	8.1 Förarbeten .....	23
3.2.3 Polis .....	10	8.2 Litteratur .....	23
3.2.4 Försvare .....	11	8.3 Rättsfall .....	23
<b>4 BEVISREGLER</b> .....	13	8.4 Svenska lagar och föreskrifter .....	24
4.1 Principen om fri bevisprövning .....	13	8.5 Europeiska rättsakter .....	25
4.2 Rättegångsbalken och annan lagstiftning .....	13	<b>9 BILAGA 1. VÄGLEDNING FÖR ADVOKATER</b> .....	26
4.3 Europakonventionens inverkan .....	14	9.1 Materiella grunder .....	26
4.3.1 Avvisning .....	14	9.1.1 Europakonventionen .....	26
4.3.2 Bevis som inte kan läggas till grund för en fällande dom .....	15	9.1.2 EU-rätten .....	27
4.4 Bevisvärdering och påföljdsrabatt .....	16	9.1.3 Nationell rättspraxis .....	28
<b>5 BEVISRELATERADE RÄTTSMEDEL</b> .....	17	9.2 Praktiska Tips .....	31
5.1 Vad är ett effektivt rättsmedel? .....	17	9.3 Material för vidareläsning .....	32
5.2 Genomförande av principen om effektivt rättsmedel i Sverige .....	17	<b>10 BILAGA 2. INTERVJUFRÅGOR</b> .....	33
5.3 Bevisrelaterade rättsmedel i svensk kontext .....	17	10.1 Frågor till försvarsadvokater .....	33
5.3.1 Exkludering av bevis under förundersökningen .....	17	10.2 Frågor till domare .....	34
		10.3 Frågor till åklagare .....	35

# FÖRKORTNINGAR

DREP – Defence Rights in Evidentiary Proceedings

De straffrättsliga direktiven – EU:s direktiv om misstänkta och tilltalades processuella rättigheter i straffrättsliga förfaranden

EU – Europeiska unionen

EU-stadgan – Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

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

JO – Justitieombudsmannen

JK – Justitiekanslern

RB – Rättegångsbalken (1942:740)

RF – Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform

RåR – Riksåklagarens riktlinjer

# 1 SAMMANFATTNING

Denna rapport är framtagen inom ramen för projektet "Defence Rights in Evidentiary Proceedings" som finansieras av Europeiska unionen (EU). Syftet med projektet är att kartlägga hur bevisning används i straffrättsliga förfaranden i fem medlemsländer för att se om en gemensam bevisstandard kan formuleras på EU-nivå. En gemensam standard kommer att bidra till stärkandet av processuella rättigheter i straffrättsliga förfaranden i EU och till en mer effektiv lagföring av gränsöverskridande brottslighet. Rapporten bygger på Civil Rights Defenders kartläggning av gällande rätt, befintlig rättspraxis, intervjuer med rättsväsendets parter och de lärdomar som kommit fram under ett seminarium i ämnet som hölls i januari 2020. Rapportens bilaga 1 riktar sig specifikt till advokater.

Principen om fri bevisprövning har en stark ställning i svensk rätt. Även om det finns viss hovrättspraxis där avvisning av bevis tillämpats så är grundinställningen att avvisning i domstol är aktuell enbart i undantagsfall, till exempel när det rör sig om tortyr enligt artikel 3 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen). Bevis som inte avvisas får inte läggas till grund för en fällande dom om det innebär att den tilltalades rättigheter annars skulle bli oåterkalleligen undergrävd. I denna bedömning följer Högsta domstolen i stor utsträckning Europadomstolens rättspraxis där det används ett så kallat "overall fairness"-test. Testet innebär att rättegången ska vara rättvis som helhet, det vill säga vissa otillbörliga inslag kan vara tillåtna. Otillbörliga inslag i utredningen kan också få konsekvenser i bevisvärderingen och för påföljden. Under förundersökningen finns det större utrymme för att få bevis exkluderat, det vill säga att beviset gallras helt eller läggs i den så kallade slasken.

I rapporten konstateras att den nuvarande ordningen inte tillgodoser kravet på ett effektivt rättsmedel, i bemärkelsen att den enskildes situation återställs till läget före kränkningen. Detta beror dels på att de mest kraftfulla bevisrelaterade rättsmedel (som avvisning) tillämpas i liten utsträckning, dels på att användningen av rättsmedel kan vara oförutsebar eftersom

rättsväsendets parter har ett stort utrymme för egna bedömningar i denna fråga. Det konstateras också att de utredande myndigheterna har lite incitament att undvika regelöverträdelser eftersom även otillbörlig bevisning kan komma att läggas till grund för en fällande dom. Andra verktyg, som anmälan till Justitieombudsmannen (JO), Justitiekanslern (JK) eller polisanmälan om tjänstefel, är avsedda att förebygga systematiska kränkningar men de är inte effektiva för att återställa situationen till läget före kränkningen. Dessutom är det osäkert om dessa rättsmedel faktiskt leder till en förändring i rättstillämpningen.

Med avstamp i rapporten ger Civil Rights Defenders ett antal policyförslag. Beslutsfattare bör överväga kodifiering av avvisningsreglerna och analysera om det finns behov av att grundlagsskydda vissa processuella garantier. Beslutsfattare bör även se över sanktioner för regelöverträdelser i brottmål för att skapa bättre incitament för de utredande myndigheterna att följa lagstiftningen.

Domstolar bör verka för att höja kunskaper om europarätt och arbeta för att domskälen är tydliga avseende grunder för att ett bevis har avvisats eller fränkats bevisvärde. Samtidigt bör Åklagarmyndigheten och Polismyndigheten överväga om disciplinära åtgärder vid brott mot bestämmelser som begränsar bevisinsamling ska användas i större utsträckning än idag. Åklagarmyndigheten bör därutöver införa en rutin för att kontrollera att misstänkta rättigheter tillgodoses i bevisförfaranden och upprätta tydligare interna riktlinjer om när otillbörlig bevisning får användas. Åklagarmyndigheten bör arbeta ytterligare med att dela information om utredningen med försvaret inom skälig tid.

Försvarsadvokater bör se till att kompetensutveckla sig i Europarätt och använda de befintliga rättsmedlen i straffrättsliga förfaranden, inklusive EU-rättsliga verktyg. Advokatsamfundet bör se till att advokater får möjlighet att stärka sina kunskaper om EU-rätt och Europakonventionen.

## 2 INLEDNING

### 2.1 BAKGRUND

Samarbetet på det straffrättsliga området har länge stått högt på agendan för EU. 2009 föreslogs en gemensam standard för bevisinsamling och regler för bevistillåtlighet men förslaget ledde inte till någon lagstiftning (Europeiska kommissionen, 2009). I stället har sex direktiv antagits som formulerar en minimistandard för misstänkta och tilltalades processuella rättigheter i straffrättsliga förfaranden (de straffrättsliga direktiven):

- Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/64/EU av den 20 oktober 2010 om rätt till tolkning och översättning vid straffrättsliga förfaranden
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/13/EU av den 22 maj 2012 om rätten till information vid straffrättsliga förfaranden
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/48/EU av den 22 oktober 2013 om rätt till tillgång till försvarare
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2016/343/EU av den 9 mars 2016 om oskuldspresumtionen och rätten att närvara vid rättegången i straffrättsliga förfaranden
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2016/800/EU av den 11 maj 2016 om rättssäkerhetsgarantier för barn som är misstänkta eller tilltalade i straffrättsliga förfaranden
- Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2016/1919/EU av den 26 oktober 2016 om rättshjälp för misstänkta och tilltalade i straffrättsliga förfaranden

Direktiven syftar till att harmoniera regelverk i medlemsländerna och skapa en gemensam standard vad gäller skyddsgarantier i brottmål och rätten till en rättvis rättegång. Ett annat syfte med direktiven är att skapa bättre förutsättningar för det gränsöverskridande samarbetet när bevisning inhämtas i ett medlemsland i syfte att användas i en rättegång i ett annat.

För att ge direktivrättigheterna tänder ska det finnas effektiva rättsmedel mot överträdelse av dem. Bestämmelsen om rätten till ett effektivt rättsmedel i EU-rätten innebär att enskilda ska ha tillgång till upprättelse inför en domstolsliknande instans om minimistandarder i direktiven inte tillgodoses i straffrättsliga förfaranden. Det är dock inte specificerat vilka rättsmedel det nationella rättssystemet behöver tillhandahålla för att uppfylla kraven i direktiven.

Av komparativa studier framgår att det finns stora skillnader mellan medlemsländerna avseende straffprocessuella regler (Europaparlamentet, 2018). Även utbudet av rättsmedel mot rättighetskränkningar skiljer sig i olika EU-medlemsländer, från avvísning av olagligt insamlad bevisning till kompensatoriska åtgärder som skadestånd (Europeiska kommissionen, 2019, p. 3.12). Medan vissa länder förlitar sig på kompensatoriska rättsmedel har andra en rad legala förbud mot vissa typer av bevisning. I gränsöverskridande ärenden har vissa länder valt att använda inhemskt regelverk för bevisinsamling i utlandet medan andra har antagit särskilda tillåtlighetsregler för utländskt bevis.

Att EU-länder har olika regelverk för bevishantering och att rättsmedel mot processuella överträdelse skiljer sig kan leda till svårigheter för det gränsöverskridande straffrättsliga samarbetet, eftersom olika regelverk oundvikligen börjar kollidera. Det leder också till att en gemensam standard avseende rätten till rättvis rättegång inte upprätthålls inom EU.

Ett bevisförbud för bevisning som insamlats i strid med processuella rättigheter och all följdbevisning (den så kallade *fruit of the poisonous tree*-doktrinen) har i forskning ansetts vara det mest effektiva rättsmedlet utifrån uppfattningen att den enskildes situation i straffrättsliga förfaranden måste återställas till läget före kränkningen (Soo 2018, s. 47). EU:s oskuldspresumtionsdirektiv ansluter till denna slutsats i skäl 44, där det framgår att ett effektivt rättsmedel bör så långt som möjligt ha till effekt att misstänkta eller tilltalade får samma ställning som de skulle ha haft om åsidosättandet inte hade inträffat. Bevisrelaterade rättsmedel (exempelvis avvísning av bevis) kan därmed spela en betydande roll i situationer där det inte är möjligt att bota överträdelsen med andra medel.

### 2.2 DEN BREDARE INVERKAN AV BRISTEN PÅ EFFEKTIVT RÄTTSMEDEL

Rätten till ett effektivt rättsmedel är en grundläggande mänsklig rättighet som framgår av en rad internationella konventioner om mänskliga rättigheter. Kravet på ett effektivt rättsmedel mot överträdelse av EU-rätten framgår av artikel 19.1 Fördraget om Europeiska unionen och artikel 47.1 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan). Direktiven om tillgång till försvarare, om rättshjälp, om barns rättigheter och om oskuldspresumtionen kräver att

misstänkta eller tilltalade ska ha tillgång till ett effektivt rättsmedel om rättigheterna i dessa direktiv åsidosätts. I och med att kravet på ett effektivt rättsmedel återfinns i artikel 47 EU-stadgan gäller detta dock i förhållande till samtliga straffrättsliga direktiv.

Europarätten efterfrågar alltså ett effektivt rättsmedel mot kränkningar av rättigheter, inklusive processuella rättigheter i brottmål. Avsaknad av ett effektivt rättsmedel kan underminera det skydd som tillhandahålls genom nationell rätt och Sveriges internationella åtaganden. Regelöverträdelser i straffrättsliga förfaranden kan urholka bevisvärdet för den bevisning som läggs fram och göra hela förfarandet problematiskt utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv. Den enskildes upplevelse kan i en sådan situation vara att hen är oskyldigt dömd eller har fått ett opåkallat högt straff. Ett effektivt rättsmedel mot denna typ av kränkningar behövs därför för att upprätthålla ett rättssäkert förfarande i brottmål.

Effektiva rättsmedel i den enskildes perspektiv handlar också om dennes förtroende för rättssystemet. Det finns ett högt värde i att samhället och dess medborgare har förtroende för rättssystemet och dess förmåga att beivra brott på ett rättssäkert sätt. Ifall det allmänna inte följer de befintliga reglerna avseende exempelvis insamling av bevisning, är det av särskild vikt att det finns sanktioner mot sådana typer av kränkningar. Användningen av problematiska verktyg, såsom bevisning i strid med processuella rättigheter, riskerar att urholka detta förtroende och tryggheten i att det allmänna har förmågan och ambitionen att skydda individuella rättigheter. Dessa kränkningar riskerar även att bli systematiska, om de rättsvårdande myndigheterna inte har incitament att agera i enlighet med gällande rätt.

Slutligen påverkar bristen på effektivt rättsmedel även EU-rätten som helhet. Om rättsmedel mot kränkningar av EU-rättigheter i den nationella rättsordningen inte lever upp till EU-rättens krav på effektiva rättsmedel får EU-rätten olika genomslag i olika medlemsländer. I och med att samarbetet mellan medlemsländerna bygger på principen om ömsesidig tillit är det av vikt att antagandet om tillit förverkligas i praktiken. I slutändan bidrar enhetlig tillämpning av EU-rätten även till ett effektivare samarbete mellan medlemsländerna och till att EU-rättens ställning stärks.

## 2.3 OM PROJEKTET OCH DEN AKTUELLA RAPPORTEN

Det EU-finansierade forskningsprojektet "Defence Rights in Evidentiary Proceedings" (DREP) syftar till att studera regelverk om bevisstillåtlighet och avvisning av bevis i Sverige, Kroatien, Irland, Litauen och Polen för att identifiera likheter och skillnader mellan projektländerna och se om en gemensam standard kan formuleras på EU-nivå. Den aktuella rapporten, framtagen inom ramen för projektet, undersöker i vilken utsträckning misstänkta och tilltalade personer har möjlighet att delta i samt påverka förfaranden som rör insamling av bevis, få tillgång till insamlad bevisning samt utmana olagligt insamlat bevis. Rapporten beskriver svenska förhållanden och är avsedd att ge fördjupade kunskaper om i vilken utsträckning det finns effektiva rättsmedel mot överträdelser av processuella rättigheter i brottmål. Rapporten kommer även att utgöra underlag för en regional rapport, som sammanställer slutsatserna från projektländerna. Den regionala rapporten kommer att tas fram av Fair Trials, en internationell civilsamhällesorganisation, under 2021.

Rapporten består av sex kapitel. Det första kapitlet sammanfattar rapporten. Kapitlet **Inledning** presenterar bakgrunden till projektet och rapporten samt beskriver rapportens metod. Kapitlet **Rättslig och institutionell bakgrund** ger en introduktion till den svenska brottmålsprocessen och däri verksamma aktörer. Kapitlet **Bevisregler** ger en överblick över i vilken utsträckning bevisning som på något vis är bristfälligt kan ifrågasättas. I kapitlet **Bevisrelaterade rättsmedel** beskrivs tillgängliga rättsmedel mot otillåtet åtkommen eller upptagen bevisning i svensk kontext och analyserar om befintliga rättsmedel är effektiva. Kapitlet **Slutsatser** knyter ihop de föregående kapitlen. Med utgångspunkt i dessa slutsatser och i relation till befintlig kunskap ges avslutningsvis ett antal **Rekommendationer** till rättsväsendets parter. I rapportens bilaga 1 ges en överblick över hur advokater kan ta tillvara sina klienters rättigheter och utöva kontroll över regelefterlevnaden i brottmål. Bilaga 2 innehåller intervjufrågemallar som intervjuer med rättsväsendets parter byggde på.

I rapporten används begreppen *olaglig* eller *otillåten* bevisning vid sidan av andra, mer beskrivande uttryck såsom *otillåtet åtkommen*, *otillåtet upptagen* eller *otillåtet insamlad bevisning*. Med dessa begrepp avses bevisning som har samlats in eller använts på ett sätt som strider mot gällande rätt eller som insamlats i strid med processuella garantier. Alla dessa begrepp ska ses som synonyma inom ramen för rapporten. Med *bevisrelaterade rättsmedel* avses rättsmedel mot en rättighetskränkning i brottmål som resulterat i bevisning.



## 2.4 METOD

Rapportens innehåll bygger på en undersökning av gällande rättsläge, inklusive lagstiftning och rättspraxis, intervjuer med yrkesverksamma jurister som arbetar med frågorna dagligen, bevakning av pågående fall som berör frågeställningarna och slutsatser från webinariet *Hur fri är den fria bevisprövningen?*

Genom att studera lagstiftning och rättspraxis har Civil Rights Defenders kunnat fastställa vilka principer som tillämpas i Sverige avseende bevishantering samt hur regelverket ser ut avseende rättsmedel mot kränkningar av rättigheter i de straffrättsliga direktiven.

Då det finns få lagregler på området har en kartläggning av rättsfall bidragit till en större förståelse för hur det svenska systemet fungerar. Civil Rights Defenders har identifierat drygt tio rättsfall som behandlar den specifika frågan om kränkningar av processuella rättigheter som resulterat i bevisning. På grund av att det finns få prejudikat som berör frågeställningen har även hovrätts- och tingsrättsdomar undersökts. Civil Rights Defenders urval av rättsfall har varit bredare än projektets frågeställningar och inkluderade även rättspraxis som behandlar bevisförbud som inte föregicks av rättighetskränkningar. Dessa rättsfall är principiellt viktiga för att förstå hur bevisfrågor generellt behandlas av svenska domstolar.

Eftersom rättsläget på området inte är entydigt har det varit viktigt att även beakta pågående fall som kan påverka rättsutvecklingen. Civil Rights Defenders har därför bevakat ett antal pågående brottmål relevanta för projektets frågeställningar, däribland:

- Högsta domstolens mål B 6137-20,
- Högsta domstolens mål B 6197-20,
- Svea hovrätts mål B 4665-20 (Högsta domstolens mål B 4175-20),
- Västmanlands tingsrätts mål B 5279-18.

Under sommaren 2020 genomfördes dessutom femton intervjuer med domare, åklagare och försvarsadvokater i syfte att få det praktiska perspektivet på frågeställningarna. Alla intervjuade domare arbetar för närvarande på tingsrätt. Alla advokater arbetar regelbundet med brottmål, varav tre har brottmål som sin huvudsakliga inriktning. Bland intervjuade åklagare arbetar flera operativt (med enskilda ärenden) medan några arbetar på Åklagarmyndighetens Utvecklingscentrum och bedriver metod- och rättsutveckling. Intervjuerna genomfördes med individer verksamma i olika delar av Sverige, bland annat Stockholm, Uppsala, Malmö och Linköping. Intervjufrågorna hade distribuerats till Civil Rights Defenders och andra partners av Fair Trials i syfte att skapa större konvergens mellan de nationella studierna (se bilaga 2 som innehåller Fair Trials intervjumallar). Civil Rights Defenders har justerat frågorna i viss utsträckning för att anpassa dem till svenska förhållanden. Intervjuerna genomfördes till stor del digitalt och tog i snitt cirka en timme i anspråk.

Webbinariet *Hur fri är den fria bevisprövningen?* samlade försvarsadvokater, åklagare och domare för att diskutera projektets frågeställningar. Under webinariet fick deltagarna ta del av presentationer av en forskare, en åklagare och en försvarsadvokat som pratade om bevisförfaranden utifrån sina perspektiv. Detta tillfälle bidrog med ytterligare kunskap om bevisförfaranden och processuella garantier i brottmål samt belyste de utmaningar och kunskapsluckor som enskilda domare, åklagare och advokater har i denna fråga.



## 3 RÄTTSLIG OCH INSTITUTIONELL BAKGRUND

### 3.1 DEN STRAFFRÄTTSLIGA MODELLEN

Den svenska brottmålsprocessen är en kontradiktorisk process mellan två i förhållande till domstolen självständiga parter. Den tilltalade företräds av en fristående offentlig försvarare. Den kontradiktoriska principen innebär att alla parter ska få komma till tals på lika villkor i processen. Domstolen är inte en av dessa argumenterande parter utan ska i stället lyssna till vad parterna har att säga och får inte bistå någon av parterna. På grundval av vad parterna framför avgör rätten målet. I processen finns även inslag från ett inkvisitoriskt rättssystem. Detta visar sig genom rättens skyldighet att tillse att varje mål blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver och att inget onödigt dras in i målet, enligt 46:4 Rättegångsbalken (1942:740) (RB).

De grundläggande principerna som styr svensk processrätt är muntlighet, koncentration, omedelbarhet och principen om bästa bevismedlet. Av koncentrationsprincipen följer att målet ska vara så förberett att det kan slutföras i ett sammanhang och utan onödiga avbrott (46:11 RB). Muntlighetsprincipen, uttryckt i 46:5 RB, innebär att all bevisning som huvudregel ska föras fram muntligen inför rätten. Parterna får enligt bestämmelsen ge in eller läsa upp skriftliga inlagor eller andra skriftliga anföranden endast om rätten finner att det skulle underlätta förståelsen av ett anförande eller i övrigt vara till fördel för handläggningen. Enligt 46:6 st. 4 RB får framläggande av bevisningen ske genom hänvisningar till ljud- och bildupptagningar och andra handlingar i målet, om rätten finner det lämpligt.

Omedelbarhetsprincipen innebär att bevisning som inte förekommit vid huvudförhandling (tagits upp muntligen eller hänvisats till) inte kan läggas till grund för en dom (30:2 RB). Det är upp till åklagaren att välja vilken bevisning som ska åberopas inför domstol och tas upp på huvudförhandlingen. Material som insamlats under förundersökningen blir därför inte per automatik en del av processmaterialet i domstol. Till följd av principen om bästa bevismaterialet får förhör (både med den misstänkte och vittnesförhör) under huvudförhandling företräde framför förhör upptagna under förundersökningen. Detta innebär att förhör från förundersökningen som huvudregel inte ska åberopas i rätten (35:14 RB).

2021 föreslog regeringen genom en lagrådsremiss att förändra omedelbarhetsprincipen så att bevisning från förundersökningsstadiet ska få större vikt i

domstolens bevisvärdering än idag. Lagförslaget är ett led i regeringens strävan att effektivisera lagföring av brott, eftersom det anses att åklagares verktyg för att stävja grov organiserad brottslighet är otillräckliga. I samhällsdebatten har hävdats att grovt kriminella utnyttjar omedelbarhetsprincipen genom att tiga sig genom förundersökningen och därefter anpassa sin version till åklagarens bevisning efter att man har tagit del av processmaterialet. Om ändringen genomförs kommer den att omfatta alla brottmål och inte enbart grova brott. Lagrådsremissen *Utökade möjligheter att använda tidiga förhör* behandlas i skrivande stund (april 2021) i Lagrådet. Eftersom förslaget innebär att förhör från förundersökningen kan få större betydelse är det viktigt att se till att processuella rättigheter tillgodoses fullt ut på förundersökningsstadiet. I detta sammanhang blir denna rapport särskilt användbar eftersom den bland annat innehåller en granskning av i vilken utsträckning de utredande myndigheterna och domstolarna kontrollerar att processuella rättigheter tillgodoses i straffrättsliga förfaranden.

### 3.2 AKTÖRER INOM BROTTMÅLSPROCESSEN OCH DERAS ROLL I BEVISFÖRFARANDEN

#### 3.2.1 Domstolar

Domstolarnas roll i bevisförhandlingen är tämligen liten och är normalt begränsad till bevisvärdering av den bevisning som åberopats av parterna. Som utgångspunkt ska domstolen pröva all bevisning som åberopats av parterna och inget bevis har ett på förhand bestämt värde. I brottmål som hör under allmänt åtal får domstolen självständigt inhämta bevisning (35:6 RB). Det förekommer dock i liten utsträckning i praktiken.

Det finns ingen uttrycklig skyldighet för rätten att kontrollera om bevis inhämtats korrekt. I stället är det parterna som kan komma med en begäran att avvisa bevisning som åberopas i rättegången och då är det domstolens uppgift att fatta beslut i frågan. Om bevisningen avvisas tar domstolen inte del av innehållet. Avvisning av bevis förekommer dock sällan i praktiken, se kapitel fyra, *Bevisregler*.

Under förundersökningen är domstolarnas roll ännu mer begränsad. Ett vittnesförhör inför rätten kan ske redan under förundersökningen, om vittnet i förhör vägrar att yttra sig angående en viktig omständighet eller om det annars är av synnerlig vikt för utredningen att inhämta detta vittnesmål (23:13 RB). Rätten får också ta upp

bevisning innan huvudförhandling om beviset annars riskerar att gå förlorat (23:15 RB).

Domstolen har exklusiv rätt att besluta om vissa tvångsmedel under förundersökningen, bland annat hemliga tvångsmedel (27:21 RB). En åklagare kan dock fatta ett preliminärt beslut om användning av tvångsmedel (förutom hemlig rumsavlyssning) i avvaktan på rättens beslut om det skulle medföra en väsentlig fördröjning för utredningen. Domstolen har även befogenhet att besluta om vissa typer av husrannsakan, exempelvis husrannsakan för delgivning av stämning i brottmål. Det är alltid en domstol som utser en offentlig försvarare.

En domare är förhindrad att döma i målet om hen tidigare tagit ställning i skuldfrågan (4:13 p. 8 RB). Detta gäller dock inte tvångsmedel varför samma domare får besluta om tvångsmedel och därefter döma i målet. En tydlig regel om detta saknas men i samtal med domare har framgått att man i praktiken brukar försöka undvika att samma domare behandlar hemliga tvångsmedel och sedan dömer i målet. Det förekommer även att samma domare beslutar i häkttningsfrågan och dömer i målet.

### 3.2.2 Åklagare

Åklagare leder förundersökningen, avgör om åtal ska väckas och för statens talan i brottmål. Åklagare och polis har ett ansvar för att tillförsäkra utredningens rättssäkerhet, och ska enligt 23:4 och 45:3a RB utföra sina uppdrag objektivt, vilket bland annat innebär en skyldighet att även inkludera bevis som talar för den misstänktes oskuld. Detta medför även att åklagare har en skyldighet att redovisa eventuella brister i utredningen för domstolen, såsom om beviset insamlats på ett otillåtet sätt eller om den tilltalades processuella rättigheter blivit åsidosatta. Ifall så inte har skett kan det påverka hur rätten sedan värderar den bevisning som läggs fram under huvudförhandlingen (Interview summary 2020, s. 7 ff.). Även brottsbekämpande verksamhet före en förundersökning ska bedrivas objektivt (23:4 RB).

Både polis och åklagare kan vara förundersökningsledare. Polisen är oftast förundersökningsledare under spaningsskedet samt vid mindre allvarliga brott. Åklagaren leder förundersökningen bland annat om den misstänkte är frihetsberövad, i ungdomsmål eller när det gäller grov eller komplicerad brottslighet. Åklagaren tar normalt över ledningen när någon blir skäligen misstänkt för brott och i alla fall tar åklagaren över ledningen när åtal ska väckas. När åklagaren är förundersökningsledare styr denne förundersökning och får anlita ett polisiärt biträde eller uppdra åt en polis att vidta förundersökningsåtgärder (23:3 RB).

Det är förundersökningsledaren som har behörighet att besluta om tvångsmedel. När åklagaren leder förundersökningen är det således denne som fattar beslut. Om de rättsliga förutsättningarna för användning av tvångsmedel är oklara, eller om en åtgärd är mycket omfattande eller ingripande, kan frågan överlämnas till åklagaren även om polis är förundersökningsledare. I praktiken lämnas frågan om tvångsmedelsanvändning relativt ofta över till åklagaren för prövning. Åklagaren har exklusiv befogenhet att besluta om anhållande (24:6 RB), tillstånd till hemliga tvångsmedel i avvaktan på rättens beslut (27:21a RB) och beslag av en försändelse i avvaktan på rättens beslut (27:9a RB), (Bring m.fl. 2019, s. 30).

Åklagarens primära uppgift är att väcka åtal och föra statens talan i brottmål där åklagaren ska bevisa att ett brott har begåtts. Vad gäller brott som hör under allmänt åtal är det i första hand åklagaren som har ansvar för att väcka talan. Om det anses påkallat ur allmän synpunkt kan åklagaren i vissa fall väcka talan även i mål som annars hör under enskilt åtal, enligt t.ex. 5:5 Brottsbalken (1962:700). Även här måste åklagaren vara objektiv och beakta om något kommer fram som ändrar bevisläget.

Det är inte reglerat särskilt att den som är ansvarig för utredningen måste försäkra sig om att bevisningen framkommer på lagligt vis. I intervjuer med rättsväsendets parter har framkommit att man utgår från att regelöverträdelser inte förekommit om inte exempelvis den offentlige försvararen har påtalat en brist (Interview summary 2020, s. 8). Ofta bedömer åklagaren därför inte lagligheten i den bevisning som lämnas av polisen. Åklagaren kan dock avstå från att använda ett visst bevismaterial om det finns misstankar om att detta tillkommit på ett felaktigt sätt. Ett sätt för åklagare att jobba runt tveksam bevisning är att ta fram mer bevisning som stödjer samma sak, men som framkommit på ett lagenligt sätt (Interview summary 2020, s. 7 ff.). Åklagarens objektivitetsplikt skulle kunna ses som en metod för att garantera att de processuella rättigheterna säkerställs men lagstiftningen saknar en uttrycklig bestämmelse om vem som ansvarar för att misstänkta rättigheter garanteras under förundersökningen. Med hänsyn till den rådande rollfördelningen mellan polis och åklagare bör dock förundersökningsledaren vara den som ansvarar för att rättigheterna tillgodoses under förundersökningen, dvs. i praktiken oftast åklagaren.

### 3.2.3 Polis

När anmälan om att ett brott har begåtts inkommit gör polisen en bedömning om vilka möjligheter det finns att utreda brottet. Om polisen bedömer att möjligheterna för att klara upp brottet är för små kan anmälan läggas ner utan åtgärd. I annat fall inleds en förundersökning.

Som framgått tidigare kan åklagare eller polis leda förundersökningen (förundersökningsledare). Förundersökningar av brott av enkel beskaffenhet leds av polisen som lämnar över förundersökningsmaterialet till åklagare för beslut om huruvida åtal ska väckas.

Om polisen är förundersökningsledare är denne ensam ansvarig för bevisförfaranden under förundersökningsstadiet. Polisen genomför då den praktiska bevisinsamlingen, såsom förhör, kriminaltekniska undersökningar och andra utredningsåtgärder. Som förundersökningsledare har polisen befogenhet att använda tvångsmedel på samma sätt som åklagaren. Om åklagaren är förundersökningsledare kan en polis ändå vidta undersökningsåtgärder om det är bråttom och det föreligger så kallad fara i dröjsmål. I icke-brådskanande fall anses polisen kunna besluta om de minst integritetskränkande formerna av undersökning utan tillstånd från förundersökningsledaren, såsom undersökning av allmänt tillgängliga utrymmen eller andra områden inomhus (28:10 RB; SOU 1995:47 s. 320).

### 3.2.4 Försvare

Den tilltalade har rätt att föra sin talan i brottmål själv alternativt begära att en offentlig försvarare förordnas eller anlita en privat försvarare. En offentlig försvarares arbete bekostas av statliga medel, men om den tilltalade döms för brottet får hen en återbetalningsskyldighet gentemot staten för hela eller en del av kostnaden beroende på inkomsten.

Offentlig försvarare ska förordnas på begäran av den misstänkte om hen är anhållen eller häktad. Offentlig försvarare ska också förordnas på begäran från den som är misstänkt för ett brott vars straffskala ligger på sex månaders fängelse eller mer (21:3a RB). Enligt samma paragraf ska en offentlig försvarare därutöver förordnas om särskilda skäl föreligger, bland annat om brottsutredningen eller val av påföljd är komplicerade eller med hänsyn till den enskildes personliga förhållanden.

Förordnandet av offentlig försvarare beslutas av domstol (21:4 RB). Till offentlig försvarare ska i första hand advokater förordnas. Om särskilda skäl finns kan en person utan advokattiteln förordnas (21:5 RB). Av bestämmelsen framgår att rätten ska i möjligaste mån tillmötesgå den enskildes önskemål om vem som ska vara offentlig försvarare. Vad gäller privata försvarare finns inget krav på att de ska vara advokater. I praktiken är ombud i brottmål oftast advokater som har blivit förordnade som offentlig försvarare, det vill säga enskilda väljer oftast att begära en offentlig försvarare om de har rätt till det.

Försvaren involveras i bevisinsamlingsprocessen så fort hen är förordnad till försvarare. Försvaren kan enligt lagen göra framställningar och vidta åtgärder för att tillvarata klientens rättigheter (21:8 RB) och kan bedriva egen bevisinsamling. Vid förundersökningen kan försvaret göra en förfrågan till förundersökningsledaren om att ta med visst bevismaterial i utredningen, exempelvis fotografering av brottsplatsen eller särskilda expertutlåtanden. Förundersökningsledaren beslutar sedan om bevisningen är nödvändig för utredningen eller ej. Ett nekande beslut kan överklagas till en högre åklagare eller till domstol. Vanligtvis bifalls dock försvarets begäran eftersom det också är åklagarens ansvar att tillgodose en tillfredställande förundersökning. Om utredningen är bristfällig kan det ur försvarets synpunkt vara fördelaktigt att ifrågasätta luckor i utredningen vid huvudförhandling så att åklagarens bevisning tillmäts lägre värde (Interview summary 2020, s. 5 f.)

För att på bästa sätt kunna representera klientens intressen behöver försvaret studera förundersökningen och ta reda på vilken bevisning som finns i utredningen. Det råder sekretess för förundersökningsuppgifter under pågående förundersökning enligt 18:1 och 35:1 offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). Den misstänkte har som utgångspunkt rätt till insyn, men den rätten begränsas enligt 23:18 RB till sådana uppgifter som den misstänkte kan ta del av utan att det innebär men för utredningen. I praktiken kan alltså försvarets inblick i bevismaterialet vara begränsad fram till slutdelgivningen, som enligt 23:18a RB ska ske innan åtal väcks, vilket innebär en utmaning för egen bevisinsamling. Tiden för att sätta sig in i förundersökningen innan huvudförhandlingen påbörjas kan ibland vara knapp, vilket också försvårar försvarets bevisinsamling (Interview summary 2020, s. 6). Ny bevisning kan tillfogas i alla skeden av brottmålsförandet fram till att domen vinner laga kraft. I intervjuer med åklagare lyftes problematiken med sent framlagt bevisning, det vill säga när försvarssidan inkommer med ny bevisning i ett senare skede av rättegången. Åklagaren måste i de fallen ny bevisning framkommer sent i processen, bedöma om förundersökningen bör återupptas. Ny bevisning som framkommer kan försena och förlänga brottsutredningar, vilket är särskilt allvarligt då den misstänkte sitter häktad (Interview summary 2020, s. 7 ff.).

Eftersom viss bevisning enbart kan inhämtas av myndigheterna (exempelvis kriminaltekniska undersökningar) kan det vara svårt för försvaret att ta upp bevisning utan åklagarens vetskap. Detta gör att försvaret i vissa fall låter bli att ta upp viss bevisning av oro för att det kan användas till nackdel för klienten

(Interview summary 2020, s. 5 f.). En annan utmaning advokater beskriver i intervjuer med Civil Rights Defenders är att försvaret enbart kan få ersättning för bevisinsamling som resulterat i bevisning som åberopas i rätten, vilket innebär att övrig bevisinsamling inte ersätts av statliga medel. Detta skapar en obalans i bevisinsamlingsmöjligheter för försvarare i relation till åklagare/polis som har större resurser för att arbeta med bevisinsamlingen.

I intervjuer inom ramen för projektet har advokater verksamma som offentliga försvarare uttalat att det är av särskild vikt vid grova brott att försvaret tillför egen bevisning, i synnerhet där det är fråga om komplex teknisk bevisning. Samtidigt kan det vara relevant för försvaret att tillföra egen bevisning även i enklare mål. Flera av de försvarsadvokater Civil Rights Defenders har intervjuat framför att bristen på tillgång till relevant bevismaterial under förundersökningen utgör ett hinder för att ifrågasätta bevisning. Två advokater framhåller särskilt att en brist på insyn i utredningen gör det svårt att ifrågasätta bevis i samband med häktningsförhandlingar (Interview summary 2020, s. 6).

## 4 BEVISREGLER

### 4.1 PRINCIPEN OM FRI BEVISPRÖVNING

Svensk rätt utgår från principen om fri bevisprövning som kommer till uttryck i 35:1 RB. Principen om fri bevisprövning introducerades i Sverige när den nya rättegångsbalken trädde i kraft 1948. Den gamla rättegångsbalken utgick från den legala bevisteorin som innebar förbud mot användning av vissa bevis och att bevisvärdet för olika typer av bevisning var bestämt på förhand i lagen. Detta system ledde till att det krävdes specifik bevisning, exempelvis ett visst antal vittnen, för att bevisa att ett visst rättsförhållande ägt rum. Domaren kunde inte ta in all bevisning i sin bedömning utan enbart den som enligt lagen hade bevisvärde. Den legala bevisteorin i kombination med en i huvudsak skriftlig process ansågs vara obsolet och inte leda till materiellt riktiga domar, varför den nuvarande rättegångsbalken introducerade den fria bevisprövningen och en koncentrerad muntlig process.

Fri bevisprövning innefattar såväl fri bevisföring som fri bevisvärdering. Fri bevisföring innebär att parterna har rätt att åberopa all bevisning som de kan få fram. Fri bevisvärdering innebär att rätten ska göra en samvetsgrann prövning av all bevisning och att bevisning inte har något på förhand bestämt värde. Med målet att uppnå en materiellt riktig dom anses att domstolen bör kunna få del av all relevant information (Mellqvist och Lindh 2020, s. 37). Domstolen måste dock bemöta och ta ställning till parternas eventuella argument om vilket värde bevisningen bör tillmätas, och bedömningen av bevisvärdet kan påverkas av att beviset insamlats på ett otillåtet sätt. Doktrinen *the fruit of the poisonous tree*, som innebär att även bevisning som hänförs till olagligt insamlad bevisning ska avvisas, har aldrig tillämpats i Sverige sedan den nya rättegångsbalken trädde i kraft.

Att även otillåtet insamlad bevisning kan användas som avgörande bevisning för en fällande dom och tillmätas högt bevisvärde framgår av NJA 1986 s. 489. Fallet gällde en person som åtalades för rattfylleri grundat på ett blodprov som tagits av en laboratorieassistent i stället för, som lagen kräver, en legitimerad sjuksköterska eller läkare. Högsta domstolen konstaterade att höga krav måste ställas på bevisvärdet av blodprovet då det tagits med åsidosättande av lag, men att det i det aktuella fallet inte fanns någon anledning att tillmäta provet lägre bevisvärde än om det hade tagits i behörig ordning.

Principen om fri bevisprövning är dock inte absolut, och det finns vissa begränsningar som innebär att bevisning kan avvisas eller att den inte läggs till grund för en

fällande dom. Vissa av begränsningarna är lagreglerade medan andra har utmejslats i rättspraxis.

### 4.2 RÄTTEGÅNGSBALKEN OCH ANNAN LAGSTIFTNING

Ett grundläggande undantag från den fria bevisprövningen finns i 35:7 RB, där det framgår att rätten får avvisa bevisning om den omständighet som en part vill bevisa är utan betydelse i målet, om beviset inte behövs, om beviset uppenbart skulle bli utan verkan, om bevisningen med avsevärt mindre besvär eller kostnad kan föras på annat sätt, eller om beviset trots rimliga ansträngningar inte kan tas upp och avgörandet inte bör fördröjas ytterligare. Rätten ska också enligt 36:17 RB avvisa frågor som är ledande, uppenbart inte hör till saken eller som är förvirrande eller på annat sätt otillbörliga. Dessa regler syftar främst till att sortera ut irrelevant bevisning och skapa förutsättningar för en processekonomiskt fördelaktig rättegång.

Det har förekommit att domstolar avvisat bevisning med hänvisning till att den uppenbart är utan verkan (35:7 3 p. RB) på grund av att den strider mot Europakonventionens krav. I det nyligen avgjorda målet B 4175-20 klargjorde Högsta domstolen att det med uppenbart utan verkan avses att det ska vara uppenbart att bevisningen helt måste kunna frånkännas värde. I allmänhet är det enligt Högsta domstolen svårt att uttala sig om bevisets värde innan det har undersökts. Utrymmet för att avvisa otillåtet åtkommen eller upptagen bevisning med stöd av 35:7 3 p. RB torde därför vara synnerligen begränsad.

Det finns även bevisregler som tar sikte på specifika former av bevis. Vad gäller förhör följer det av omedelbarhetsprincipen och muntlighetsprincipen att förhör som utgångspunkt måste hållas muntligen under huvudförhandlingen. Av 35:14 framgår att det som huvudregel råder förbud mot skriftliga eller inspelade vittnesmål under huvudförhandlingen (så kallade vittnesattester). En skriftlig återgivning eller en ljudupptagning av en berättelse som någon lämnat utanför huvudförhandlingen får enligt bestämmelsen åberopas som bevis i rättegången endast om det är särskilt föreskrivet, om förhör inte kan hållas inför rätten, eller om det finns särskilda skäl med hänsyn till de kostnader eller olägenheter som ett förhör vid eller utom huvudförhandling kan antas medföra, vad som kan antas stå att vinna med ett sådant förhör, berättelsens betydelse och övriga omständigheter. Av 36:16 och 37:3 RB framgår vidare att det som vittnet eller den



tilltalade tidigare berättat endast får läggas fram när berättelsen vid huvudförhandlingen avviker från vad som tidigare berättats eller när vittnet eller den tilltalade vid rättegången inte kan eller inte vill yttra sig. Undantag från förbudet mot skriftliga vittnesattester görs också för upptagande av bevisning utomlands enligt 35:12 RB och lagen (1946:817) om bevisupptagning vid utländsk domstol, samt för sakkunnigutlåtanden i vissa fall enligt 40:8 RB. När förutsättningarna finns för att rättegång ska hållas utan att den tilltalade eller målsägande närvarar får de uppgifter som de tidigare fört fram föredras inför rätten enligt 46:5 RB.

Av 36:3 RB framgår att närstående är undantagna vittnesplikten. Högsta domstolen har genom praxis utvecklat riktlinjer för rätten att inte vittna mot sig själv och sina anhöriga, exempelvis får tidigare förhör med en närstående som inte vill vittna under huvudförhandlingen inte läsas upp (RH 1980:112; RH 1999:43). Rätten att inte vittna mot sig själv har ett samband med rätten till information i situationer där den enskilde i det initiala skedet utfrågas som vittne men därefter delges misstanke om brott.

Av Åklagarmyndighetens handbok om beslag framgår även att kommunikation mellan den misstänkte och närstående som samlats in i strid med beslagsförbudet i 27:2 RB ska exkluderas från utredningen (Åklagarmyndigheten 2015, s. 36). Åklagarmyndigheten har även utfärdat riktlinjer för när och hur infiltration och provokation får genomföras (RÅR 2016:1). I intervju med Civil Rights Defenders uttalade en åklagare att vid grovt brott är det större sannolikhet att ett bevis åberopas, även om det insamlats på ett olagligt sätt.

Ytterligare ett bevisförbud framgår av 36:5-5a RB om förbud att i vissa fall höra vittnen som enligt lag har tystnadsplikt. Av 36:5 RB framgår att bland andra advokater, läkare och psykologer endast får höras som vittnen om det är medgivet i lag eller om den till vars förmån tystnadsplikten gäller samtycker till det. Av samma bestämmelse framgår att rättegångsombud, biträden eller försvarare får höras som vittnen om vad som anförtrots dem för uppdragets fullgörande endast om parten medger det.

Svensk rätt innehåller vissa begränsningar vad gäller rätten att använda överskottsinformation. Överskottsinformation är enligt 27:23a RB och enligt 28 § lagen (2020:62) om hemlig dataavläsning sådan information som rör ett annat brott än det som föranledde tvångsmedelsanvändningen, som framkommit vid användning av hemliga tvångsmedel. Denna begränsning gäller i form av ett förbud mot att inleda förundersökning av brott, och i vissa fall mot

att överhuvudtaget använda uppgifterna för utredning av brott. Det finns dock undantag från detta förbud. Till exempel får förundersökning inledas grundat på överskottsinformation som är ett resultat av hemlig rumsavlyssning, om det för brottet är föreskrivet minst tre års fängelse.

Som framgått innehåller svensk rätt inte några bestämmelser som styr hur polis och åklagare bör förhålla sig till otillåtet insamlat bevisning, och det finns ingen skyldighet att utvärdera lagligheten av ett bevis innan det åberopas inför rätten. Bestämmelser som nämns i detta kapitel sätter vissa ramar för de utredande myndigheterna i brottmål men värt att notera är att överträdelsen av dessa regler inte per automatik leder till att bevisningen avvisas, vilket är en konsekvens av principen om den fria bevisprövningen. Visserligen finns det exempel på ett starkt skydd, bland annat att förhör med närstående inte får läsas upp i rätten om de inte samtycker till det. Samtidigt är det inte otänkbart att bevisning som insamlats i strid med någon av bestämmelserna ovan accepteras med hänvisning till den fria bevisprövningen. I slutändan har domstolar ett stort handlingsutrymme för att avgöra om bevis som är ett resultat av en regelöverträdelse bör tillåtas som bevisning i brottmål.

### 4.3 EUROPAKONVENTIONENS INVERKAN

#### 4.3.1 Avvisning

Europakonventionen gäller som lag i Sverige, och enligt 2:19 regeringsformen (RF) får lag eller föreskrift inte meddelas i strid med Sveriges åtaganden enligt konventionen. Svenska domstolar måste därmed förhålla sig till de krav som artikel 6 Europakonventionen ställer, vilket innebär en begränsning av den fria bevisprövningen. Europadomstolen har i flera fall fört fram att det är förfarandet som helhet som är föremål för dess bedömning snarare än enskilda inslag i bevisföringen, och att regler om bevisnings tillåtlighet i första hand är en fråga för den nationella rättsordningen (Schenk mot Schweiz, Teixeira de Castro mot Portugal).

Europadomstolen har dock angett att under vissa förutsättningar kan förfarandet underkännas automatiskt (Gäfgen mot Tyskland; Ibrahim m.fl. mot Storbritannien). Det gäller fall där bevis har tillkommit genom tortyr, eller där muntliga utsagor är ett resultat av omänsklig eller förnedrande behandling i artikel 3 Europakonventionens mening. Däremot är det möjligt att använda fysiska bevis som tillkommit som en följd av omänsklig eller förnedrande behandling utan att förfarandet bedöms som orättvis som helhet. Detta resonemang fick genomslag i svensk rättspraxis genom NJA 2011 s. 638.

I målet genomförde en polisfiltratör en omfattande bevisprovokation, som innefattade hotfulla inslag och som resulterade i den avgörande bevisningen mot den tilltalade. Högsta domstolen slog fast att det med hänsyn till principen om fri bevisföring finns anledning att avvisa bevisning med stöd av artikel 6 Europakonventionen endast som rent undantag, närmast då uppgifter har skaffats fram i strid med ett absolut förbud som det i artikel 3 Europakonventionen. Att avvísning som rättsmedel får förekomma endast i undantagsfall har befasts i mål B 4175-20 som Högsta domstolen avgjorde den 21 april 2021, läs mer om det nedan.

#### 4.3.2 Bevis som inte kan läggas till grund för en fällande dom

Bevisning som har insamlats i strid med andra processuella rättigheter än artikel 3 Europakonventionen, kan alltså normalt inte bli föremål för avvísning. I stället tillämpar Europadomstolen en så kallad *overall fairness-test*, det vill säga granskar om rättegången kan anses vara rättvis som helhet. I denna rapport pratar vi om att bevis som strider mot rätten till rättvis rättegång "inte får läggas till grund för en fällande dom". I praktiken innebär det dock att domstolen genomför bevisvärdering och att beviset finns kvar i processmaterialet hela tiden. Man skulle därför kunna säga att domstolen i denna situation frånkänner beviset bevisvärde. Uttrycket "inte läggas till grund för en fällande dom" förekommer dock i domstolspraxis parallellt med uttalanden om att bevis bör tillmätas högt/lågt bevisvärde. Detta är en indikation på att domstolar ser en skillnad mellan att bevisning "inte får läggas till grund för en fällande dom" och bevisvärdering. Om bevis inte kan läggas till grund för en fällande dom innebär det ofta att Europakonventionens rättigheter har frångåtts vid insamlandet av bevisningen, och bedömningen görs utifrån Europakonventionens krav. När viss bevisning bedöms göra förfarandet orättvist som helhet får denna bevisning inte vara en del av förfarandet, oavsett vilket bevisvärde det tillmäts, vilket får en liknande effekt som om bevisningen avvísats. I och med att svensk rätt som utgångspunkt tillåter alla slags bevis har man inte heller någon exakt terminologi kring avvísning av bevis, vilket kan förklara oklarheterna kring begreppens betydelse i rättspraxis.

Europadomstolen har klargjort hur prövningen av om rättegången har varit rättvis kan se ut. Vid en helhetsbedömning kan beaktas om den anklagade är särskilt sårbar (på grund av till exempel ålder eller funktionsnedsättning), om skuldfrågan avgörs av yrkesdomare eller av lekmannadomare, om försvaret fått möjlighet att ifrågasätta bevisningen, om hänsyn har tagits till bevisningens ursprung i bevisvärderingen, samt om bevisningen var avgörande för en fällande dom (Ibrahim m.fl. mot Storbritannien).

Svensk rättspraxis om rätten till rättvis rättegång bygger till stor del på Europadomstolens ställningstaganden och ger en överblick över vilka kriterier som ska beaktas vid prövningen av om viss bevisning får läggas till grund för en fällande dom. I Högsta domstolens mål B 4175-20, som rörde rätten till information och rätten till försvarare, ansåg Högsta domstolen att i fall där rätten till försvarare åsidosatts kan bevisning normalt inte avvísas helt. Däremot ska bevismaterialet bedömas med beaktande av de krav som följer av rätten till en rättvis rättegång. Presumtionen mot att rättegången varit rättvis väger tungt i helhetsbedömningen, det vill säga det ska föreligga starka argument till varför rätten till rättvis rättegång inte har oåterkalleligen undergrävts (Ibrahim m.fl. mot Storbritannien). I målet följer Högsta domstolen i stora drag Europadomstolens resonemang om kriterierna i prövningen av om rättegången varit rättvis. I förhållande till de faktiska omständigheterna gör dock Högsta domstolen bedömningen att det för att bryta presumtionen krävs att beviset inte utgör avgörande bevisning (p. 32), vilket inte ligger helt i linje med Europadomstolens resonemang, som innehåller en rad kriterier som bör vägas in i bedömningen.

*Overall fairness-testet* kan därmed medföra att viss bevisning inte får läggas till grund för en fällande dom. Denna uppfattning har stöd i tidigare rättspraxis, exempelvis i RH 2017:38, där Hovrätten för Övre Norrland med hänvisning till Europakonventionen valde att inte ta hänsyn till uppgifter som kommit fram i ett polisförhör, vid vilken den misstänktes rätt till försvar inte iakttagits. Även i Svea hovrätts mål B 9446-13 ansågs det att bevisning som åtkommit i strid med rätten till information eller rätten till försvarare inte kunde läggas till grund för en fällande dom. I detta fall var den tilltalade ett barn. Det går inte att dra några långtgående slutsatser baserat på ett rättsfall men det indikerar att rätten till information och till en försvarare för minderåriga är starkare än för vuxna, eftersom domstolarna har tagit hänsyn till de tilltalades ålder i sin bedömning av bevisfrågan (se bilaga 1 för en mer utförlig beskrivning av fallet).

Högsta domstolen har i enlighet med Europadomstolens praxis betonat vikten av att försvaret fått möjlighet att ifrågasätta bevisningen. I NJA 2011 s. 638 framförde Högsta domstolen att försvaret måste få möjlighet att föra fram synpunkter om bevisningens värde och hållbarhet och föra motbevisning. I NJA 2009 s. 475 I beviljades resning bland annat på grund av att försvaret inte fått möjlighet att föra argumentation om huruvida polisens åtgärder utgjort otillåten provokation.



#### 4.4 BEVISVÄRDERING OCH PÅFÖLJDSRABATT

Eftersom svensk rätt som utgångspunkt tillåter även bevisning som är ett resultat av en rättighetsöverträdelse har domstolen relativt ofta att bedöma bevisvärdet av sådan bevisning. Det finns inga specifika regler som tar sikte på hur bevisvärderingen ska göras. Domstolar förlitar sig ofta på sin kunskap, tidigare erfarenhet samt prejudikat från Högsta domstolen som klargör hur olika typer av bevisning bör bedömas i olika sammanhang.

I det tidigare nämnda NJA 1986 s. 489 tillmättes ett blodprov som inte tillkommit i den enligt lag föreskrivna ordningen högt bevisvärde och användes som avgörande bevisning för en fällande dom. I NJA 1998 s. 204 tillät Högsta domstolen en videospelning med oklart ursprung som bevisning, men fann att det, i avsaknad av närmare utredning om videospelningens tillkomst, inte helt kunna uteslutas att bandet inte visade vad som verkligen hänt. Högsta domstolen bedömde därför att videospelningen varken ensam eller tillsammans med övrig utredning visade att den tilltalade begått den åtalade gärningen och åtalet ogillades. I RH 2011:14, som gällde hastighetsöverträdelse, tilläts ett platsprotokoll som inte var korrekt ifyllt som bevis. Felaktigheterna ledde dock till att bevisningen inte ansågs ha tillräckligt högt bevisvärde, och åtalet ogillades därför.

I NJA 2011 s. 638 bedömde Högsta domstolen att ett erkännande som nåddes genom en av polisen genomförd provokation varit otillbörlig. Däremot uttalade domstolen att tillåtligheten av polisens åtgärder hade enbart indirekt betydelse. Det avgörande var i stället om rättegången varit rättvis som helhet. I fallet ansåg Högsta domstolen att den tilltalades uppgifter, som innebar att hen tog på sig ansvaret för målsägandens död och som framtagits genom en polisprovokation, fick tillmätas mycket lågt bevisvärde. Genom provokationen kunde polisen dock komma åt ytterligare bevisning (exempelvis hitta målsägandens kropp), vilket var tillräckligt för att styrka åtalet. Utöver det konstaterade Högsta domstolen att försvaret hade bra förutsättningar att påverka bevisvärdet och lägga fram synpunkter. Sammantaget kunde en fällande dom beslutas trots att utredningen innehöll otillbörliga åtgärder från polisens sida.

I NJA 2007 s. 1037 lämnades åtalet däremot utan bifall då en av polisen genomförd brottsprovokation ansågs ha inneburit att de tilltalades rättigheter hade blivit oåterkalleligt undergrävda. Brottsprovokation har därmed i sig ansetts utgöra ett hinder för att åtala och döma någon till ansvar. I RH 2010:62 påverkades däremot

inte bevisvärdet av att bevisningen var en följd av ett noggrant planlagt och mycket långtgående vilseledande av den tilltalade, som hade lämnat uppgifter om sin skuld vid en av polisen fingerad anställningsintervju i Nederländerna. Detta trots att domstolen fastslagit att intervjun inte dokumenterats på ett sätt som är påkallat vid ett ordinärt polisförhör och att det inte fanns någon möjlighet för domstolen att i efterhand kontrollera hur bevisprovokationen gick till.

Rättsmedel mot bevisning som är i strid med rätten till tolkning/översättning skiljer sig beroende på om domstolen bedömt att den bristfälliga tolkningen/översättningen påverkade den enskildes möjligheter att effektivt delta i rättegången och föra fram sin version. Brister i tolkning/översättning som domstolen bedömer inte har påverkat utgången i målet har bedömts inom ramen för domstolens bevisvärdering (Hovrätten för Nedre Norrlands dom i mål B 1457-16). Om bristerna är allvarliga har rättegångsfel ansetts föreligga och målet har återförvisats för ny handläggning (Svea hovrätts dom i mål B 8261-19).

I NJA 1991 s. 512 framförde Högsta domstolen att det faktum att ett vittne inte närvarar vid rättegången innebär att uppgifterna måste värderas med stor försiktighet. I samma mål sänkte Högsta domstolen bevisvärdet ytterligare, eftersom uppgiftslämnaren kunde påräkna strafflindring i Storbritannien för uppgifter som han lämnat till Sverige och uppgifterna delvis gick isär med den tilltalades version.

Om någon fällt till ansvar för brott fast det förekommit otillbörliga inslag under utredningen kan domstolen besluta om strafflindring. I NJA 2011 s. 638, där otillbörliga inslag handlade om erkännande framtagen genom en bevisprovokation, satte Högsta domstolen ned straffet från tio till åtta år. I det tidigare nämnda RH 2010:62 ansåg däremot Hovrätten för Nedre Norrland att den tilltalades rättigheter inte försvagats i en sådan utsträckning att det fanns tillräckliga skäl att lindra påföljden.

## 5 BEVISRELATERADE RÄTTSMEDEL

### 5.1 VAD ÄR ETT EFFEKTIVT RÄTTSMEDEL?

Rättsmedel är ett brett begrepp som kan vara såväl av processuell (vilka instanser den enskilde kan vända sig till) som materiell karaktär (vilken typ av talan man kan driva). Ett effektivt rättsmedel innefattar ofta möjligheten att få till stånd en rättslig prövning av en rättighetsöverträdelse. När Europadomstolen behandlar frågor om avvisning av bevis utgår man från att rättsmedlet ska tillförsäkra att rättegången är rättvis som helhet.

I denna rapport tar vi avstamp i de syften som rättsmedel är avsedda att uppnå för att anses vara effektiva. Rättsmedel mot regelöverträdelser syftar bland annat till att ge den enskilde upprättelse, det vill säga att den enskilde ska få samma ställning som denne skulle ha haft om åsidosättandet inte hade inträffat, eller att förmå de rättsvårdande myndigheterna att leva upp till rättighetslagstiftningen och förebygga processuella överträdelser i framtiden. I ljuset av dessa syften är det inte tillräckligt att kompensation för en kränkning sker utanför brottmålsprocessen eftersom den då inte återställer den ursprungliga situationen som den var före kränkningen. Detta är anledningen till att rapporten fokuserar på de bevisrelaterade rättsmedlen.

### 5.2 GENOMFÖRANDE AV PRINCIPEN OM EFFEKTIVT RÄTTSMEDEL I SVERIGE

I samband med genomförande av de straffrättsliga direktiven ändrade Sverige ett antal bestämmelser däribland i RB. Det ansågs dock inte att några särskilda anpassningar behövdes för att tillgodose direktivens krav på ett effektivt rättsmedel (prop. 2012/13:132; prop. 2013/14:157; prop. 2015/16:187; prop. 2017/18:58; prop. 2018/19:42; prop. 2018/19:71). Förarbetena behandlar endast frågan om effektiva rättsmedel i relation till andra rättigheter i direktiven, i förbifarten eller inte alls. När det exempelvis gäller försvarardirektivet (2013/48/EU) bedömde regeringen att det står en rad rättsmedel till buds för det fall att rätten att kontakta en tredje part inte respekteras, bland annat överklagande och möjlighet att vända sig till JK för frivillig skadereglering. I propositionen om genomförande av oskuldpresumptionsdirektivet finns ett eget kapitel om rättsmedel där regeringen gör bedömningen att inga lagändringar för att genomföra direktivets bestämmelser behövs. Bland annat argumenterar regeringen för sitt ställningstagande genom att hänvisa till möjligheten att överklaga, extraordinära rättsmedel, påföljdsrabatter,

rätten till jävsinvändning under pågående rättegång samt kompensatoriska rättsmedel såsom skadestånd.

### 5.3 BEVISRELATERADE RÄTTSMEDEL I SVENSK KONTEXT

#### 5.3.1 Exkludering av bevis under förundersökningen

Det är inte reglerat i vilket skede av processen avvisning av bevis ska prövas. Exkludering av bevis kan därför förekomma redan under förundersökningen. Av intervjuer som Civil Rights Defenders genomfört med försvarsadvokater och åklagare framgår att polis och åklagare ibland väljer att exkludera bevis från utredningen om det kommer fram att beviset tillkommit på ett otillåtet sätt, vilket innebär att materialet läggs i den så kallade slasken eller gallras bort helt. Material som ligger i slasken överlämnas inte till domstolen när åtal väcks. Även om materialet finns kvar i förundersökningsprotokollet ska domstolen inte ta del av det om det inte åberopas av åklagaren. Däremot har åklagaren möjlighet att åberopa det som ligger i förundersökningsprotokollet under hela processens gång och detta material blir dessutom offentligt när det kommer in till domstolen.

Försvaret kan framställa en begäran till förundersökningsledaren om att bevisning ska plockas bort. Det kan handla om husrannsakan som genomförts i strid med gällande regler eller beslag som företagits trots beslagsförbud. Det föreligger dock ingen skyldighet för de utredande myndigheterna att exkludera otillåtet insamlad bevisning, och en av de försvarsadvokater som Civil Rights Defenders har intervjuat menar att åklagare har relativt stor handlingsfrihet vad gäller att plocka bort bevisning till följd av principen om fri bevisprövning. Den indikation som Civil Rights Defenders fick i intervjuer med rättsväsendets parter är att det är lättare att exkludera bevisning på förundersökningsstadiet än att nå framgång med ett yrkande om avvisning av bevisning i domstol.

#### 5.3.2 Yrkande om avvisning och möjlighet att överpröva/överklaga

Som framgått kan begäran om avvisning framställas redan under förundersökningen. När rättegången inletts kan försvaret yrka på att domstolen ska avvisa bevisning som inte exkluderats på förundersökningsstadiet. Om ett yrkande om avvisning aktualiseras måste domstolen fatta ett beslut om huruvida bevisningen ska avvisas

eller inte. Beslut om avvísning kan även fattas under huvudförhandling där skuldfrågan behandlas (se till exempel Solna tingsrätts dom i mål B 10453-19). Ett beslut i avvísningsfrågan överklagas i samband med överklagande av domen.

Alla beslut i brottmålsfrågor kan i princip överprövas (RÅR 2013:1), inklusive beslut att tillåta/avvisa bevisning. Om beslutet fattats vid Polismyndigheten eller annan brottsutredande myndighet kan beslutet prövas av en åklagare vid en åklagarkammare. Åklagares beslut kan överprövas av en överåklagare eller vice överåklagare och dennes beslut kan slutligen överprövas av Riksåklagaren. Vissa beslut ska överklagas till tingsrätt, såsom beslut om beslag eller beslut att inte meddela kontaktförbud. Beslut i sekretessfrågor kan inte överprövas av polis/åklagare (RÅR 2013:1).

Tingsrättens beslut och avgöranden överklagas till hovrätten, vars beslut och avgöranden i sin tur överklagas till Högsta domstolen. I Högsta domstolen krävs prövningstillstånd, som enligt 54:10 RB meddelas endast om det är av vikt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas, eller om det finns synnerliga skäl för prövning.

### 5.3.3 Bevisvärdering

Om domstolen väljer att inte avvisa bevisning kan parten argumentera för att viss bevisning inte kan läggas till grund för en fällande dom på grund av att den undergräver den tilltalades rätt till en rättvis rättegång. Därutöver kan försvaret föra argumentation i bevisvärderingsfrågan, till exempel att bevisvärdet bör påverkas av att bevisningen insamlats på ett otillåtet sätt. Domstolen tar i så fall del av den åberopade bevisningen och har en skyldighet att ta ställning till försvarets argument. Försvaret kan även argumentera för att straffnedsättning är påkallat när en rättighetsöverträdelse skett.

### 5.3.4 Undanröjande och återförvisning till lägre instans

Undanröjande innebär att rätten frånkänner lägre instans dom dess värde utan att själv avgöra saken. Undanröjande kan leda till att målet avvisas eller återförvisas till lägre rätt för förnyad handläggning. Undanröjande och återförvisning tillämpas när ett rättegångsfel har begåtts vid den ursprungliga prövningen eller när ett överklagande aktualiserar utredning som inte genomförts i den första instansen (Welamson och Munck 2016, s. 113).

Ett rättegångsfel definieras som åsidosättande eller felaktigt tillämpning av en processuell regel. Domvilla utgör alltid ett rättegångsfel. Rättegångsfel föreligger när målet har tagits upp trots att rättegångshinder föreligger,

att domen meddelats mot någon som inte har varit rätteligen stämd och inte fört talan i målet, att en tredje part lidit förfång, eller om det inte framgår av domen hur rätten har dömt i saken (59:1 p. 1–3 RB). Undanröjande och återförvisning kan tillämpas även i andra fall av rättegångsfel om felet har inverkat på målets utgång och inte utan väsentlig olägenhet kan avhjälpas i hovrätten (51:28 RB). Det har tidigare ansetts att frågor kring exempelvis domförhet är inte ett avhjälpbart fel medan underlåtenhet att pröva viss omständighet eller bevisning kan avhjälpas genom att omständigheten eller bevisningen bedöms i högre instans (Welamson och Munck 2016, s. 118). När rättighetskränkningen kan hänföras till underlåtenhet att pröva viss omständighet/bevisning är det därför möjligt att låta bli att återförvisa målet utan istället avhjälpa felet direkt i högre rätt.

Återförvisning kan även aktualiseras i fall lägre rätt inte tagit ställning till en fråga som behöver bedömas för att avgöra målet. En sådan fråga kan exempelvis vara att rätten behöver värdera ny bevisning eller bedöma frågor inom ramen för en ny invändning som inte tidigare bedömts av den första instansen.

Överträdelse av processuella rättigheter som resulterat i bevisning kan utgöra ett rättegångsfel som föranleder återförvisning till lägre rätt. I Svea hovrätts mål B 8261-19 undanröjdes exempelvis tingsrättens dom och målet återförvisades till tingsrätten för fortsatt behandling på grund av bristfällig tolkning. Hovrätten konstaterade att den ena av tolkarna inte till fullo hade förstått de frågor som ställts och inte heller kunnat återge den tilltalades svar. Eftersom målet i stor utsträckning byggde på den tilltalades uppgifter och målet var relativt komplicerat bedömde hovrätten att den bristfälliga tolkningen kunde äventyra den tilltalades rätt till rättvis rättegång. I NJA 2007 s. 75, som inte berör bevisfrågor men som dock visar att bristfällig översättning kan utgöra rättegångsfel, kom Högsta domstolen fram till att behörig delgivning inte kunde anses ha skett. I fallet hade den tilltalade, som inte hade svenska som modersmål, varit i behov av tolk i brottmålet och kallelsen till huvudförhandling var svårtolkad.

### 5.3.5 Extraordinära rättsmedel

Extraordinära, eller särskilda, rättsmedel är rättsmedel som kan användas när överklagandefristen löpt ut och beslutet eller domen vunnit laga kraft. I svensk rätt finns de särskilda rättsmedlen resning, återställande av försutten tid och klagan över domvilla (58–59 kap. RB). Klagan över domvilla är aktuellt när ett grovt rättegångsfel som inverkat på utgången i målet inträffat, och resning kan bli aktuellt när nya omständigheter eller bevis har tillkommit efter dom. Återställande av försutten tid kan användas om en part i ett mål inte har överklagat i rätt tid men har laga förfall.

Extraordinära rättsmedel är generellt avsedda att användas i undantagsfall. Att bevisning har insamlats eller åtkommit på ett felaktigt sätt utgör inte i sig en grund för användning av extraordinära rättsmedel. Om någon tidigare okänd brist hos bevisningen framkommer först efter rättegången kan det däremot leda till att målet tas om, ifall bristen innebär att förutsättningarna för de extraordinära rättsmedlen är uppfyllda.

## 5.4 RÄTTSVÄSENDETS PARTER SYN PÅ EFFEKTIVA RÄTTSMEDEL

I huvudsak anser de åklagare, domare och försvarsadvokater som Civil Rights Defenders har intervjuat att den nationella rättsordningen innehåller nödvändiga rättssäkerhetsgarantier och i övrigt uppfyller Sveriges internationella åtaganden (Interview summary 2020, s. 11–12 och 17). Deras syn på rättsmedel är generellt bredare än vad som avses i denna rapport och innefattar olika typer av kompensatoriska rättsmedel såsom möjlighet till skadestånd. Därutöver anses olika typer av kontrollmekanismer, som polisanmälan eller anmälan till tillsynsmyndigheter, bidra till att enskilda kan få effektiv upprättelse om rättighetskränkning skett (Interview summary, s. 11–12). Att ett visst missförhållande uppmärksammas genom kritik av en tillsynsmyndighet ses inte sällan som ett effektivt rättsmedel, eftersom det förutsätts att den berörda myndigheten rättar sig efter beslutet och inte upprepar samma överträdelse i framtiden. Samtidigt har försvarsadvokaterna uttryckt viss skepsis gentemot tillsynsmyndigheternas förmåga att ge upprättelse. De talar om att rättsmedel utanför själva brottmålsprocessen inte kan vara effektiva eftersom de inte påverkar själva brottmålet.

De personer som Civil Rights Defenders intervjuat har i allmänhet inte reflekterat särskilt kring vad EU-krävet på effektivt rättsmedel innebär för svensk brottmålsprocess. När det gäller vägar för att få upprättelse är rättsväsendets parter mer benägna att utgå från verktyg som finns i den nationella lagstiftningen, och det rättsmedel som intervjupersonerna hade bäst förståelse för är argumentation i bevisvärderingsfrågan. Samtidigt har Civil Rights Defenders i sin granskning sett att försvarsadvokater har använt sig av argumentation baserad på europarätten (i första hand Europakonventionen) och därmed åberopat bevisrelaterade rättsmedel, såsom avvisning av bevis.

De intervjuade försvarsadvokaterna pekar slutligen på ett antal problematiska områden som försvårar tillgången till ett effektivt rättsmedel inom ramen för en brottmålsprocess. Detta är exempelvis begränsningar i

information som går att få medan förundersökning pågår, vilket även påverkar möjligheter till egen bevisinsamling (Interview summary 2020, s. 11).

## 5.5 ÄR DE SVENSKA RÄTTSMEDELN EFFEKTIVA?

### 5.5.1 De bevisrelaterade rättsmedlen

Som framgått i kapitel fyra tillämpas avvisning av bevis i svensk rätt enbart i undantagsfall. Att bevisning inte läggs till grund för en fällande dom är inte heller vanligt förekommande i rättspraxis. Även om Europadomstolen har uttalat att presumtionen mot att rättegången varit rättvis väger tungt i helhetsbedömningen, visar rättspraxis och intervjuerna med rättsväsendets parter att utrymmet att helt underkänna bevis inte är särskilt omfattande, utan det handlar fortfarande om speciella situationer där rättegången som helhet har påverkats av de kränkningar som förekommit. Ett möjligt undantag är ärenden där den tilltalade är minderårig, där standarden för processuella rättigheter förefaller vara högre.

I de flesta fall beaktas den processuella överträdelsen i stället inom ramen för domstolens bevisvärdering (Interview summary s. 4 och 12). Som utgångspunkt ska bevisning som tillkommit genom åsidosättande av lag eller genom otillbörliga utredningsåtgärder värderas med försiktighet. Att bevisning åtkommit eller upptagits på ett olagligt sätt medför dock inte per automatik att bevisningens värde sänks (NJA 1986 s. 489). Bevisvärdet kan påverkas av att erforderliga rättssäkerhetsgarantier inte respekterats, av att bevisningens ursprung är oklart eller av felaktigheter i bevisningen. Det finns dock inget principiellt hinder mot att tillmäta sådan bevisning högt bevisvärde.

Vidare kan otillbörliga inslag under utredningen leda till strafflindring som dock inte heller tillämpas automatiskt när det framkommit att en processuell överträdelse varit för handen (RH 2010:62). I praktiken är det upp till domstolen att göra bedömningen av om det finns skäl att sänka bevisvärdet eller att lindra påföljden. I denna bedömning kan domstolen utgå från Europadomstolens kriterier för rättvis rättegång, tidigare prejudikat och sin värdering av i vilken utsträckning otillbörliga inslag påverkade den tilltalades rättigheter.

Till följd av principen om den fria bevisprövningen saknas reglering av rättsmedel mot processuella överträdelser. På förundersökningsstadiet finns i princip ingen reglering av hur exkludering av bevis ska gå till i praktiken och det är ofta upp till förundersökningsledaren och försvararen att komma överens om en lösning. Vidare är ansvarsfördelningen mellan polis och åklagare inte tydligt definierad på grund av att lagstiftningen på området är alltför

generellt hållen. Det gör att det i praktiken blir svårt att avgöra vem som ansvarar för att regelöverträdelser och rättighetskränkningar inte förekommer.

Under rättegången har domstolen stor handlingsfrihet i bevisfrågor. Den fria bevisprövningen förutsätter att det inte finns någon detaljreglering som avgör på förhand hur bevis ska bedömas. Det domstolar har att förhålla sig till är Europadomstolens standard avseende bevisförbud, och den standarden (*overall fairness*) är inte särskilt hög när det kommer till att återställa rättigheter i brottmål. Samtidigt innebär detta system att beslut om rättsmedel kan skilja sig från fall till fall och att det inte är klart på förhand vilken typ av överträdelse som kan resultera i ett bevisrelaterat rättsmedel. Detta blir tydligt i rättspraxis, då vissa rättighetskränkningar föranleder bevisrelaterat rättsmedel (strafflindring i NJA 2011 s. 638, återförvisning i Svea hovrätts mål B 8261-19) medan andra inte gör det (RH 2010:62, Hovrätten för Nedre Norrlands dom B 1457-16).

När bevisning exkluderas under förundersökningen, avvisas av rätten eller inte läggs till grund för en fällande dom innebär det att den enskilde kan bli återställd i sina rättigheter. I det sista fallet är dock upprättelsen mindre kraftfull eftersom domstolen tar del av bevisningen i fråga och bedömningen av skuldfrågan kan därför bli "smittad" av denna kännedom. En ny prövning efter återförvisning gör det också möjligt att bota de brister som ledde till undanröjande. Bevisvärdering och påföljdsrabatt kan däremot inte reparera skadan av att bevisning är åtkommen eller insamlad i strid med processuella rättigheter fullt ut. De ger dock en viss kompensation till den enskilde för den kränkning som har varit.

Som framgått av detta kapitel tillämpas de mest kraftfulla rättsmedlen i liten utsträckning. Bevisvärdering utgör det verktyg som ska säkerställa att rättegången är rättvis som helhet men i praktiken innebär inte en rättighetskränkning att bevisvärdet nödvändigtvis sänks. Därtill kommer att det i svensk rätt inte finns några tydliga kriterier för när olika typer av rättsmedel bör tillämpas, utan det anförtros till enskilda förundersökningsledare eller domare att fatta detta beslut. Det är av den anledningen svårt att säga att det svenska systemet är förutsebart när det kommer till bevisrelaterade rättsmedel och att enskilda därmed har tillgång till ett effektivt rättsmedel som återställer rättigheterna fullt ut.

## 5.5.2 De bevisrelaterade rättsmedlen i kombination med andra

Förutom bevisrelaterade rättsmedel, erbjuder den svenska rättsordningen en rad andra sätt att påtala överträdelser utanför brottmålsprocessen. Bland dessa kan nämnas skadeståndstalan, polisanmälan om brott och disciplinära åtgärder. I Sverige finns därutöver ett antal myndigheter som utövar tillsyn över att lagstiftningen följs, bland annat JK och JO. Dessa rättsmedel utgör en naturlig del av det svenska rättssystemet och en viktig länk för att balansen i brottmålsprocessen ska kunna upprätthållas. De uppfyller dock inte syftet att ge den enskilde upprättelse genom att återställa situationen som den var före kränkningen. I stället är de inriktade på att fånga upp strukturella problem och förebygga framtida kränkningar. Det kan diskuteras om dessa rättsmedel tillsammans med de bevisrelaterade rättsmedlen skapar ett system som säkerställer rättvis rättegång för enskilda. Dels kan JO inte ändra en dom eller ett beslut och kan inte heller pröva frågor om skadestånd, utan kan bara rikta kritik mot berörd myndighet eller myndighetsperson. Kritiken är avsedd som vägledning för myndigheternas framtida rättstillämpning men innebär inte rättelse eller avhjälpande för den enskilde. Därutöver har JO begränsade resurser och utreder långt ifrån alla anmälningar. Dels har JO:s effektivitet i praktiken ifrågasatts av advokater som Civil Rights Defenders intervjuat, som menat att JO-beslut sällan leder till en faktisk förändring i rättstillämpningen.

De icke-bevisrelaterade rättsmedlen har inte varit i fokus för rapporten, varför det inte är möjligt att redogöra för andra rättsmedel, utöver JO, i detta avsnitt. Baserat på den utredning som företagits inom ramen för projektet inbegriper intervjuer med rättsväsendets parter, finns dock indikationer på att den svenska rättsordningen inte tillhandahåller effektiva rättsmedel mot processuella överträdelser i brottmål, ens i kombination med de icke-bevisrelaterade rättsmedlen.



## 6 SLUTSATSER

Undersökningen av rättsläget visar att även om bevisrelaterade rättsmedel förekommer i svensk rätt i viss utsträckning är det sällan så att den enskilde återställs i sina rättigheter som om kränkningen aldrig ägt rum. Den fria bevisprövningen har fördelar på det sättet att den ger möjlighet till differentierade bedömningar och materiellt riktiga domar. Den räcker dock inte till för att ge ett effektivt skydd mot överträdelse av processuella rättigheter i brottmål. Uppfattningen att det är tillräckligt att rättegången är rättvis som helhet är inte oproblematisk om gottgörelse av regelöverträdelser inte sker, särskilt med hänsyn till kravet på effektivt rättsmedel enligt EU-rätt som förutsätter effektiv upprättelse vid kränkning.

Med beaktande av att regleringen på området är knapphändig och rättstillämpande parter har stor handlingsfrihet finns det dessutom risk för att bedömningar avseende rättsmedel kan skilja sig från fall till fall. Det svenska rättsväsendet åtnjuter en hög grad av tillit i samhället, det vill säga generellt litat samhället på att rättsväsendet har förutsättningar för att avgöra om förfarandet varit rättvist i varje enskilt fall och att lämpliga rättsmedel används. Medan det finns större sannolikhet att de mest påfallande kränkningarna fångas upp av de svenska rättsmedlen är det oklart hur den stora majoriteten processuella kränkningar hanteras i straffrättsliga förfaranden. Det går att ifrågasätta om rättsmedel som inte är lagreglerade tillämpas konsekvent och därmed är effektiva.

Trots att kunskapen om EU-rätten växer är rättsväsendets parter i behov av att lära sig mer om EU-rättsliga krav i straffrättsliga förfaranden. Det faktum att regleringen på området är knapp gör också att rättsväsendets parter har svårt att identifiera när frågan om effektiva rättsmedel mot processuella överträdelser bör aktualiseras i deras arbete. Majoriteten av de domare, åklagare och försvarsadvokater som Civil Rights Defenders har intervjuat menar exempelvis att frågor om bevisningens tillåtlighet sällan uppkommer och att bevisfrågor inte brukar ta stort utrymme under huvudförhandlingen. Däremot menar en advokat, som har sökt rättsmedel mot processuella kränkningar, att

det inte är helt sällan som frågor om olagligt insamlad bevisning uppkommer. Åklagare har i intervjuerna i stor utsträckning hänvisat till sin objektivitetsplikt men har inte kunnat formulera hur man konkret verkar för att kränkningar av processuella rättigheter inte ska förekomma. Även om rättsväsendets parter följer sin objektivitetsplikt är det viktigt att förfarandet inte bara är opartiskt utan också framstår som det för den enskilde, som kanske inte har ett högt förtroende för rättsväsendet.

Kontroll och ansvarsutkrävande försvåras även av att ansvarsfördelningen mellan polis och åklagare inte alltid är tydlig. Med dagens modell underbyggs dessutom processuella förbud inte av konkreta sanktioner, som myndighetspersoner kan utsättas för om de agerar i strid med gällande lag. Eftersom huvudregeln är att olagligt insamlad bevisning inte innebär automatisk avvisning har myndigheterna lite incitament att vara försiktiga med åtgärder som potentiellt kan innebära överträdelser av processuella rättigheter. Civil Rights Defenders bedömer att det nuvarande systemet kan förbättras genom att de utredande myndigheterna får bättre incitament och förutsättningar för att följa reglerna som begränsar deras befogenheter i bevisförfaranden.

Andra rättsmedel som ligger utanför brottmålsprocessen kan ge den enskilde viss upprättelse och bidra till att förebygga kränkningar. Denna typ av rättsmedel har dock tydliga nackdelar för den enskilde. JO prövar inte alla anmälningar och JO:s beslut innebär i bästa fall kritik mot den ansvarige tjänstemannen eller myndigheten, aldrig ekonomisk kompensation till den enskilde. Det är därmed osäkert om dessa rättsmedel faktiskt ger den form av upprättelse som de straffrättsliga direktiven kräver.

Lagförslaget att tidiga förhör ska tillmätas högre bevisvärde (läs mer under *Den straffrättsliga modellen*) väcker frågan huruvida det finns behov av ett starkare skydd för de processuella garantierna under förundersökningen och en bättre insyn i utredningen för försvaret medan förundersökning pågår.

## 7 REKOMMENDATIONER

Till följd av slutsatserna i rapporten och de lärdomar som dragits under projektets gång redovisas nedan de åtgärder och insatser som Civil Rights Defenders anser bör genomföras för att rätten till ett effektivt rättsmedel mot överträdelse av de straffrättsliga direktiven ska få bättre genomslag i Sverige.

### Beslutsfattare

- Lagstiftaren bör tillsätta en utredning för att analysera hur bevisning som tillkommit genom en regelöverträdelse ska hanteras och om det finns behov att kodifiera avvisningsreglerna
- Lagstiftaren bör överväga att grundlagsskydda processuella garantier i brottmål
- Lagstiftaren bör överväga att vidta lagstiftningsåtgärder i syfte att förtydliga ansvarsfördelningen mellan polis och åklagare i fall enskildas rättigheter kränks alternativt uppdra åt Åklagarmyndigheten att upprätta riktlinjer avseende ansvarsfördelningen mellan polis och åklagare i bevisförfaranden
- Lagstiftaren bör överväga att skapa starkare incitament för utredande myndigheter att följa bestämmelser som begränsar bevisinsamling
- Lagstiftaren bör överväga att se över sanktions-systemet för myndighetspersoner som begår regelöverträdelse

### Domstolar

- Domstolar bör verka för att höja kunskapen om EU-rätt och Europadomstolens rättspraxis i relation till processuella rättigheter i brottmål
- Motiveringar i domskälen bör specificera tydligare varför ett bevis har avvisats eller frånkänts bevisvärde

### Åklagarmyndigheten och Polismyndigheten

- Åklagarmyndigheten bör införa en rutin för att kontrollera att misstänkta rättigheter tillgodoses i brottmålsförfaranden
- Åklagarmyndigheten bör arbeta ytterligare med att dela information om utredningen med försvaret inom skälig tid
- Åklagarmyndigheten bör upprätta tydligare interna riktlinjer avseende när olagligt åtkommen eller insamlad bevisning får användas
- Åklagarmyndigheten och Polismyndigheten bör överväga om disciplinära åtgärder vid åsidosättande av bestämmelser som begränsar bevisinsamling ska användas i större utsträckning än idag

### Försvarsadvokater och Advokatsamfundet

- Försvarsadvokater bör använda de befintliga rättsmedlen, inklusive de som följer av EU-rätt
- Försvarsadvokater bör ifrågasätta bevis i större utsträckning än idag
- Försvarsadvokater bör verka för att förbättra sina kunskaper om straffrättsliga förfaranden inom EU-rätt och Europakonventionen
- Advokatsamfundet bör erbjuda advokater möjlighet att stärka sina kunskaper om EU-rätt och Europakonventionen



## 8 REFERENSER

### 8.1 FÖRARBETEN

- Prop. 2012/13:132, Tolkning och översättning i brottmål
- Prop. 2013/14:157, Misstänkta rätt till insyn vid frihetsberövanden
- Prop. 2015/16:187, Genomförande av EU:s försvarardirektiv
- Prop. 2017/18:58, Genomförande av oskuldspresumtionsdirektivet
- Prop. 2018/19:42, Genomförande av rättshjälpsdirektivet
- Prop. 2018/19:71, Genomförandet av barnrättsdirektivet och några andra straffprocessuella frågor
- SOU 1995:47, Tvångsmedel enligt 27 och 28 kap. RB samt polislagen: slutbetänkande
- Lagrådsremiss av den 8 april 2021, Utökade möjligheter att använda tidiga förhör

### 8.2 LITTERATUR

- Bernitz, U., Kjellgren, A., Europarättens grunder, e-bok, JUNO version 6, 2018 (Bernitz 2018)
- Bring, T., Diesen, C., Andersson, S., Förundersökning, JUNO version 5, 2019 (Bring 2019)
- Civil Rights Defenders, Interview Summary, 2020 (Interview Summary 2020)
- Europaparlamentet, Criminal procedural laws across the European Union – A comparative analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU legislation, 2018 [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604977/IPOL\\_STU\(2018\)604977\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604977/IPOL_STU(2018)604977_EN.pdf) (2021-04-29) (Europaparlamentet 2018)
- Europeiska kommissionen, Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility, COM(2009) 624 final, 2009 (Europeiska kommissionen 2009)
- Europeiska kommissionen, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right to access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third person informed upon deprivation of liberty and to communicate with the third persons and with consular authorities while deprived of liberty, 2019 (Europeiska kommissionen 2019)

Mellqvist, M., Lindh, A., Processrätt – grunderna för domstolsprocessen, lustus, 2020 (Mellqvist och Lindh 2020)

Soo, A., (Effective) Remedies for a Violation of the Right to Counsel during Criminal Proceedings in the European Union: An Empirical Study, Utrecht Law Review, Vol.14, Iss.1, 2018 (Soo 2018)

Welamson, L., Munck, J., Processen i hovrätt och Högsta domstolen (Rättegång VI), JUNO version 5, 2016 (Welamson och Munck 2016)

### 8.3 RÄTTSFALL

#### Högsta domstolen

- NJA 1974 s. 221
- NJA 1986 s. 489
- NJA 1998 s. 204
- NJA 1990 s. 273
- NJA 1991 s. 512
- NJA 1992 s. 532
- NJA 2001 s. 563
- NJA 2007 s. 75
- NJA 2007 s. 1037
- NJA 2009 s. 475
- NJA 2009 s. 836
- NJA 2011 s. 638
- NJA 2013 s. 842
- NJA 2013 s. 1162
- NJA 2015 s. 222
- NJA 2015 s. 702
- Högsta domstolens dom i mål B 4175-20

#### Hovrätter

- RH 1980:112
- RH 1999:43
- RH 2001:71
- Hovrätten för Västra Sveriges dom i mål B 1132-10
- RH 2010:62

RH 2011:14

Svea hovrätts dom i mål B 9446-13

RH 2017:38

Hovrätten för Nedre Norrlands dom i mål B 1457-16

Svea hovrätts dom i mål B 8261-19

Svea hovrätts dom i mål B 4175-20

### Tingsrätter

Västmanlands tingsrätts dom i mål B 5279-18

Solna tingsrätts dom i mål B 10453-19

### EU-domstolen

Andrea Francovich och Danila Bonifaci m.fl. mot Italien, C-6/90 and C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, dom den 19 november 1991

The Queen och Ministry of Agriculture, Fisheries and Food mot Hedley Lomas (Ireland) Ltd, C-5/94, ECLI:EU:C:1996:205, dom den 23 maj 1996

### Europadomstolen

Schenk mot Schweiz, no. 25829/94, dom den 12 juli 1988

Teixeira de Castro mot Portugal, no. 25829/94 dom den 9 juni 1998

Jalloh mot Tyskland, no. 54810/00, dom av den 11 juli 2006

Bykov mot Ryssland, no. 4378/02, dom av den 10 mars 2009

Lee Davies mot Belgien, no. 18704/05, dom av den 28 juli 2009

Zaichenko mot Ryssland, no. 39660/02, dom av den 18 februari 2010

Lisica mot Kroatien, no. 20100/06, dom av den 25 maj 2010

Gäfgen mot Tyskland, no. 22978/05, dom den 1 juni 2010

Othman (Abu Qatada) mot Storbritannien, no. 8139/09, dom av den 17 januari 2012

El Haski mot Belgien, no. 649/08, dom av den 25 september 2012

Khodorkovskiy och Lebedev mot Ryssland, nos. 11082/06 och 13772/05, dom av den 25 juli 2013

Baytar mot Turkiet, no. 45440/04, dom av den 14 oktober 2014

Ibrahim m.fl. mot Storbritannien, nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, dom den 16 december 2014

Dragojevic mot Kroatien, no. 68955/11, dom av den 15 januari 2015

Dvorski mot Kroatien, no. 25703/11, dom av den 25 oktober 2015

Prade mot Tyskland, no. 7215/10, dom av den 3 mars 2016

Kalneniene mot Belgien, no. 40233/07, dom av den 31 januari 2017

Simeonovi mot Bulgarien, no. 21980/04, dom av den 12 maj 2017

Beuze mot Belgien, no.71409/10, dom av den 9 november 2018

Knox mot Italien, no. 76577/13, dom av den 25 januari 2019

### JO- och JK-beslut

JO dnr 2527-2003

JO 2008/09 s. 92

JO 2009/10 s. 68

JO 2013/14 s. 133

JO 2016/17 s. 393

JO 2016/17 s. 400

JK dnr 4840-16-40

## 8.4 SVENSKA LAGAR OCH FÖRESKRIFTER

### Lagar

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

Brottsbalken (1962:700)

Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform, (RF)

Lag (1982:80) om anställningsskydd

Lag (1946:817) om bevisupptagning vid utländsk domstol

Lag (2020:62) om hemlig dataavläsning

Lag (1994:260) om offentlig anställning

Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

Rättegångsbalken (1942:740), (RB)

## **Föreskrifter m.m.**

Riksåklagarens riktlinjer om överprövning. RÅR 2013:1

Riksåklagarens riktlinjer om unga misstänkta rätt till försvarare, RÅR 2016:1

Åklagarmyndigheten, Beslag – En handbok, 2015  
<https://www.aklagare.se/globalassets/dokument/handbocker/beslagshandbok.pdf> (2021-04-28)  
(Åklagarmyndigheten, 2015)

## **8.5 EUROPEISKA RÄTTSAKTER**

### **Fördrag och stadgor**

Fördraget om Europeiska unionen

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen

### **Direktiv**

Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/64/EU av den 20 oktober 2010 om rätt till tolkning och översättning vid straffrättsliga förfaranden

Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/13/EU av den 22 maj 2012 om rätten till information vid straffrättsliga förfaranden

Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/48/EU av den 22 oktober 2013 om rätt till tillgång till försvarare

Europaparlamentets och rådets direktiv 2016/343/EU av den 9 mars 2016 om oskuldspresumtionen och rätten att närvara vid rättegången i straffrättsliga förfaranden

Europaparlamentets och rådets direktiv 2016/800/EU av den 11 maj 2016 om rättssäkerhetsgarantier för barn som är misstänkta eller tilltalade i straffrättsliga förfaranden

Europaparlamentets och rådets Direktiv 2016/1919/EU av den 26 oktober 2016 om rättshjälp för misstänkta och tilltalade i straffrättsliga förfaranden

## 9 BILAGA 1. VÄGLEDNING FÖR ADVOKATER

Advokaten har en viktig kontrollfunktion i straffrättsliga förfaranden. Advokatens viktigaste uppgift är att bevaka klientens (den misstänktes) rättigheter och se till att dessa inte äventyras. Detta framkommer av både gällande lagstiftning och advokatetiska regler som stadgar en lojalitetsplikt gentemot klienten. Advokaten har ansvar inte bara för klienternas rättigheter i enskilda fall utan även för regelefterlevnaden i stort. I denna vägledning ges därför en överblick över hur advokater kan ta tillvara sina klienters rättigheter och utöva kontroll över regelefterlevnaden i brottmål.

### 9.1 MATERIELLA GRUNDER

Det är viktigt att komma ihåg att Europakonventionen och EU-rätten utgör en del av den svenska rättsordningen. Europakonventionen har företräde framför annan nationell lagstiftning (2:19 RF) och EU-rätten har företräde när den aktuella situationen omfattas av EU-rättsliga bestämmelser. Dessa två system är viktiga verktyg i advokatens arbete för sin klients rättigheter. De kan åberopas direkt i nationella förfaranden.

#### 9.1.1 Europakonventionen

Den centrala bestämmelsen i Europakonventionen avseende brottmål är rätten till rättvis rättegång (artikel 6). Därutöver kan en rad andra artiklar i Europakonventionen aktualiseras såsom exempelvis rätten till liv (artikel 2), förbudet mot tortyr (artikel 3), rätten till skydd för privat- och familjeliv (artikel 8) eller rätten till ett effektivt rättsmedel (artikel 13).

Europadomstolen har utvecklat en omfattande praxis avseende dessa rättigheter och dess tillämpning i straffrättsliga förfaranden. Europadomstolen publicerar guider avseende specifika artiklar i konventionen eller ämnen som är vanliga i domstolens praxis. Dessa guider kan hittas via [länken](#)\*.

Fram till idag har Europadomstolen publicerat guider på engelska om, exempelvis,

- [Frihetsberövades rättigheter](#)\*
- [Artikel 2 – rätten till liv](#)
- [Artikel 5 – rätten till frihet och säkerhet \(förbud mot olagliga frihetsberövanden\)](#)

- [Artikel 6 – rätten till rättvis rättegång i brottmål](#)
- [Artikel 8 – rätten till skydd för privat- och familjeliv](#)
- [Artikel 13 – rätten till ett effektivt rättsmedel](#)

#### 9.1.1.1 Europadomstolens praxis

*Allmänna utgångspunkter avseende avvísning av bevis*  
Regler om bevisstillåtlighet är en nationell angelägenhet och artikel 6 Europakonventionen innebär inte ett krav på bevisförbud i sig. Europadomstolens uppgift är att kontrollera om rättegången som helhet har varit rättvis. Därmed kan det hända att bevisning som åtkommit eller insamlats på ett olagligt sätt tillåts i en rättegång (Bykov mot Ryssland; Prade mot Tyskland; Beuze mot Belgien).

#### *Overall fairness-testet*

För att avgöra om förfarandet har varit rättvist ska hänsyn tas till om försvarets rättigheter tillgodosetts. Inom ramen för *overall fairness*-testet har Europadomstolen beaktat följande faktorer (Bykov mot Ryssland; Simeonovi mot Bulgarien; Beuze mot Belgien; Ibrahim m.fl. mot Storbritannien):

- Vad för slags regelöverträdelse det är fråga om
- Om försvaret fått möjlighet att ifrågasätta bevisningen
- Om bevisningen håller bra kvalitet och om omständigheter runt bevisets tillkomst kan påverka dess värde
- Om det finns stödbevisning och om bevisningen är avgörande för målets utgång
- Samhällsintresset i att lagföra vissa typer av brott
- Om förfarandereglerna följts
- Om skuldfrågan avgörs av yrkesdomare eller av lekmannadomare
- Om den anklagade är särskilt sårbar (på grund av till exempel ålder eller funktionsnedsättning)
- Andra relevanta processuella garantier i nationell rätt

#### *Artikel 3 (förbud mot tortyr) och avvísning*

Ifall tortyr förekommit på något stadium av de straffrättsliga förfarandena måste bevisning som tillkommit genom tortyr avvisas, vilket gäller både en utsaga och ett fysiskt bevis. I dessa situationer tillämpas inte *overall fairness*-testet.

\* Länken/länkarna finns i den digitala versionen. Den digitala rapporten kan laddas ner på Civil Rights Defenders hemsida, [crd.org](http://crd.org).

När det dock kommer till fall av förnedrande behandling som inte når hela vägen upp till tortyr i Europakonventionens mening gör Europadomstolen en delvis annan bedömning. Medan muntliga utsagor automatiskt leder till att förfarandet bedöms som orättvist är situationen avseende fysiska bevis en annan (*overall fairness*-testet används). Europadomstolen för samma resonemang avseende bevisning som insamlats i en annan stat, om det finns "en reell risk" för överträdelse av artikel 3 Europakonventionen (Gäfgen mot Tyskland; Jalloh mot Tyskland; Othman (Abu Qatada) mot Storbritannien; El Haski mot Belgien).

**Artikel 8 (rätten till skydd för privat- och familjeliv)**  
Ett brott mot artikel 8 Europakonventionen (exempelvis hemlig avlyssning i strid med rätten till privatliv) medför inte per automatik att artikel 6 också anses vara kränkt (Bykov mot Ryssland; Prade mot Tyskland; Khodorkovskiy och Lebedev mot Ryssland; Dragojevic mot Kroatien).

Olaglig husrannsakan leder inte heller per automatik till att rättegången som helhet anses orättvis och att bevisning därmed behöver frångås (Kalneniene mot Belgien; Prade mot Tyskland; Lee Davies mot Belgien). I Lisica mot Kroatien ansåg dock Europadomstolen att bevisning som tagits fram genom olaglig husrannsakan kränkte de sökandes rätt till rättvis rättegång och att sättet på vilket bevisningen använts hade inverkan på hela förfarandet.

**Artikel 6.2 och 6.3 (processuella garantier i brottmål)**  
Rättssäkerhetsgarantierna i artikel 6 Europakonventionen (som oskuldspresumtionen eller rätten till försvar) ses i första hand som verktyg för att uppnå kravet på rättvis rättegång. De bedöms därför inte för sig, utan inkluderas i *overall fairness*-bedömningen. I Knox mot Italien slog Europadomstolen fast att rätten till rättvis rättegång har överträtts. Domstolen beaktade bland annat att den misstänkte inte fick tillgång till en försvarare, en oberoende tolk samt den misstänktes sårbarhet i övrigt. Se även Zaichenko mot Ryssland och Dvorski mot Kroatien avseende rätten att inte belasta sig själv. I Baytar mot Turkiet ansåg Europadomstolen att underlåtenhet att tillhandahålla en tolk under polisförhör har lett till att rätten till rättvis rättegång har blivit oåterkalleligt undergrävd.

Avseende rätten till försvarare gör Europadomstolen först en bedömning huruvida den enskilde faktiskt fråntagits denna rättighet. Därefter undersöker domstolen om tvingande skäl för rättighetsbegränsningen föreligger. Man kan säga att det föreligger en presumtion för att rättegången inte varit rättvis om tvingande skäl att neka en försvarare saknades (Ibrahim m.fl. mot Storbritannien). *Overall fairness*-testet används dock även i förhållande till rätten till försvarare.

## 9.1.2 EU-rätten

EU-rätt innehåller relevanta bestämmelser i bland annat EU-stadgan och de straffrättsliga direktiven. Medan EU-stadgan ger ett övergripande skydd för mänskliga rättigheter på EU-rättslig nivå fokuserar de straffrättsliga direktiven specifikt på rättigheter inom straffrättsliga förfaranden.

De straffrättsliga direktiven utgörs av:

- Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/64/EU av den 20 oktober 2010 om rätt till tolkning och översättning vid straffrättsliga förfaranden
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/13/EU av den 22 maj 2012 om rätten till information vid straffrättsliga förfaranden
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/48/EU av den 22 oktober 2013 om rätt till tillgång till försvarare
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2016/343/EU av den 9 mars 2016 om oskuldspresumtionen och rätten att närvara vid rättegången i straffrättsliga förfaranden
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2016/800/EU av den 11 maj 2016 om rättssäkerhetsgarantier för barn som är misstänkta eller tilltalade i straffrättsliga förfaranden
- Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2016/1919/EU av den 26 oktober 2016 om rättshjälp för misstänkta och tilltalade i straffrättsliga förfaranden

De straffrättsliga direktiven är ett verktyg som har potential eftersom de inte har prövats i samma utsträckning som rättigheterna i Europakonventionen. Det kan därför inte uteslutas att de straffrättsliga direktiven i EU-domstolens tolkning kan ge den enskilde ett starkare skydd i straffrättsliga förfaranden jämfört med Europadomstolens standard. Mer information om de specifika rättigheterna enligt de straffrättsliga direktiven och viss rättspraxis finns i Fair Trials handledningar nedan.

- [Tillämpning av EU-stadgan i straffrättsliga förfaranden\\*](#)
- [Rätten till tolkning/översättning](#)
- [Rätten till information](#)
- [Rätten till försvarare](#)
- [Rätten att vara närvarande och oskuldspresumtionen](#)
- [Rätten till rättshjälp](#)

Närmare information om vilka rättigheter de straffrättsliga direktiven innehåller och relevant rättspraxis från EU-domstolen återfinns i denna [handledning\\*](#) av Fair Trials.

\* Länken/länkarna finns i den digitala versionen. Den digitala rapporten kan laddas ner på Civil Rights Defenders hemsida, [crd.org](http://crd.org).

### 9.1.2.1 Åberopande av EU-rätt: allmänna principer

EU-rätt är en självständig rättsordning som har företrädare framför EU-medlemsstaternas nationella rätt (förklaring nr 17 till Lissabonfördragets slutakt om företrädare). EU-rätten är samtidigt en integrerad del av den nationella rätten och skapar rättigheter och skyldigheter för enskilda inom ramar som framgår av grundfördragen (Bernitz m.fl. 2018, s. 100). Svenska domstolar är därmed skyldiga att tillämpa EU-rätten fullt ut och tolka svensk lagstiftning i överensstämmelse med EU-rättens innehåll och syfte. Av EU-domstolens rättspraxis framgår vidare att nationella domstolar kan vara skyldiga att ex officio uppmärksamma EU-rättsliga bestämmelser med direkt effekt (Bernitz m.fl. 2018, s. 103).

EU-stadgan är EU:s rättsakt om mänskliga rättigheter. Den utgör sedan Lissabonfördraget trädde i kraft primärrätt, vilket innebär att svenska domstolar måste ta hänsyn till dess bestämmelser i sitt dömande när EU-rätten är tillämplig. Förordningar och direktiv utgör EU:s sekundärrätt, det vill säga att de antas för att konkretisera primärrätten.

#### Direkt effekt

Principen om direkt effekt innebär att individen kan åberopa rättigheter enligt EU-rätt gentemot staten direkt om kravet på tydlighet, precision och ovillkorlighet i den relevanta EU-bestämmelsen är uppfyllt. EU-stadgan har till följd av sin status som primärrätt alltid direkt effekt, vilket innebär att dess bestämmelser kan åberopas direkt inför nationell domstol. Initialt gällde principen enbart för primärrätt men utvidgades därefter till att även omfatta förordningar och direktiv.

Medan EU-förordningar gäller direkt i nationella rättsordningar måste EU-direktiv genomföras genom nationell lagstiftning. Lagstiftaren får då i uppdrag att anpassa den nationella rätten så att resultat avsett i direktivet ska kunna uppnås. EU-domstolen har dock i sin rättspraxis utvidgat doktrinen om direkt effekt till att omfatta även EU-direktiv när medlemsstaterna inte implementerat dem korrekt (Bernitz m.fl. 2018, s. 118). Detta innebär att enskilda kan grunda krav gentemot staten på direktiv som inte genomförts i svensk rätt eller genomförts bristfälligt.

Direktiv har inte normalt horisontell direkt effekt (det vill säga kan inte åberopas gentemot ett annat privat subjekt). Det är dock mindre relevant i brottmål, där staten som regel är motpart. Läs mer om direktivens direkta effekt under avsnitt B4 och om EU-stadgans direkta effekt under avsnitt B6 [här](#)\*

#### Unionsrättskonform tolkning

För att syftet med direktiven ska kunna upprätthållas är nationella domstolar även skyldiga att tolka nationell rätt unionsrättskonformt, även vad beträffar direktiv som inte genomförts korrekt (Bernitz m.fl. 2018, s. 124; NJA 2013 s. 1162). Detta kan innebära att inhemska rättskällor såsom uttalanden i förarbeten eller tidigare rättspraxis behöver frångås (Bernitz m.fl. 2018, s. 130). Detta är viktigt att komma ihåg så man kan begära att den nationella regeln tolkas unionsrättskonformt när bestämmelser i den nationella rätten går isär med EU-rättens krav.

Läs mer om unionsrättskonform tolkning under avsnitt B5 [här](#)\*

#### Francovich-principen

Vad gäller bestämmelser i EU-direktiv som till synes inte förefaller ha implementerats fullt ut i nationell rätt, ens vid en fördragskonform tolkning, har EU-domstolen i sin rättspraxis klargjort att medlemsstaten är skyldig att ersätta skada som har vållats enskilda till följd av en överträdelse av EU-rätt (Francovich-principen), The Queen och Ministry of Agriculture m.fl. mot Hedley Lomas; Francovich m.fl. mot Italien. Den innebär att rätten till skadestånd kan föreligga vid icke-implementering av direktiv, felaktig implementering av unionsrättsliga regler, existensen av nationella regler som strider mot EU-rätten, domstolars felaktiga rättstillämpning med mera (Bernitz m.fl. 2018, s. 132). Särskilt stark är rättigheten när enskilda inte kan utnyttja EU-rättsaktens direkt effekt eller unionsrättskonform tolkning. För Sveriges del ska skadestånd i dessa fall enligt JK:s praxis utgå på unionsrättslig grund (jfr JK dnr 4840-16-40 där JK hänvisar till Francovich-principen).

Francovich-principen gäller under förutsättning att

- Den överträdde EU-rättsregeln har ställts upp till skydd för enskildas rättigheter,
- Överträdelsen är tillräckligt klar, och
- Det finns orsakssamband mellan överträdelsen och den skada som den enskilde lider (Bernitz m.fl. 2018, s. 132-133).

De nämnda EU-rättsliga principerna om direkt effekt, unionsrättskonform tolkning och skadeståndsrätt utgör rättsmedel för att förverkliga de straffrättsliga direktiven i konkreta fall, om de inte får fullt genomslag med de inhemska rättsmedlen.

### 9.1.3 Nationell rättspraxis

I detta avsnitt finns en genomgång av svenska rättsfall som är relevanta för rapportens frågeställningar och som ger en överblick över gällande rättsläge.

\* Länken/länkarna finns i den digitala versionen. Den digitala rapporten kan laddas ner på Civil Rights Defenders hemsida, [crd.org](http://crd.org).



### 9.1.3.1 Rätten till försvarare och rätten till information

I RH 2017:38 genomfördes ett flertal förhör utan advokat, trots att den misstänkte flera gånger påtalade att han ville bli företräd av en försvarare. I målet fattades inga formella beslut om avvisning av bevis och uppgifter från förhöret tilläts alltså framföras under huvudförhandlingen. Domstolen valde istället att bortse från det som kommit fram under förhören med hänvisning till att sådana förhör enligt Europadomstolens praxis inte får läggas till grund för en fällande dom.

I Högsta domstolens dom i mål B 4175-20 hade ett inspelat samtal med polisens kroppskamera på väg till polisstationen åberopats som bevisning. Svea hovrätt hade avvisat denna bevisning då rätten menade att omständigheterna kring inspelningens tillkomst utgjorde sådana brister i rättssäkerhetsgarantierna enligt RB och Europakonventionen att det var uppenbart att beviset skulle bli utan verkan. Högsta domstolen framhöll dock att sådan bevisning normalt inte ska avvisas utan bedömas inom ramen för den fria bevisprövningen. Efter en genomgång av relevant EU-rätt och Europadomstolens praxis på området konstaterade domstolen att en inskränkning i rätten till försvarare skapar en presumtion om att en rättegång inte varit rättvis. Däremot medför en sådan inskränkning inte alltid att rätten till rättvis rättegång har kränkts. Istället ska en helhetsbedömning göras, där en rad olika och komplexa omständigheter ska beaktas. Då hovrätten inte hade tagit del av den åberopade bevisningen eller den övriga bevisningen bedömde Högsta domstolen att hovrätten inte hade grund för att avvisa bevisningen. Målet återförvisades därför för ny handläggning.

I Europadomstolens rättspraxis som Högsta domstolen hänvisar till i mål B 4175-20 klargörs att presumtionen mot att rättegången varit rättvis väger tungt i helhetsbedömningen och att det ska föreligga starka argument till varför rätten till rättvis rättegång inte har oåterkalleligen undergrävt (Ibrahim m.fl. mot Storbritannien). Högsta domstolen följer i huvudsak Europadomstolens resonemang, men gör en bedömning att det för att bryta presumtion krävs att beviset inte utgör avgörande bevisning (p. 32), vilket inte ligger helt i linje med Europadomstolens resonemang, eftersom den senare har tagit fram en rad kriterier som kan ha betydelse för bedömningen.

I RH 2010:62 bedömde Hovrätten för Nedre Norrland att uppgifter som framkommit under en förhörliknande situation (bevisprovokation genom en fingerad anställningsintervju) kunde beaktas och tillmätas högt bevisvärde samt läggas till grund för en fällande dom.

JO har i ett flertal fall lyft frågan om rätten till försvarare och rätten till information. JO har fört fram att det i svensk rätt inte finns utrymme för polisen att hålla andra former av samtal med misstänkta än förhör, som förutsätter att rättssäkerhetsgarantierna för den misstänkte tillgodoses (JO dnr 2527-2003 med hänvisningar). I JO 2013/14 s. 133 kritiserades en åklagare och Polismyndigheten för att ett flertal förhör genomfördes utan att den misstänkte hade tillgång till en försvarare. I JO 2009/10 s. 68 kritiserades en åklagare för att en försvarare inte tilläts närvara vid ett inledande förhör med en person som delgavs misstanke om mord. Rätten till information aktualiserades i JO 2016/17 s. 393. JO slog fast att om en misstänkt har en försvarare som har rätt att närvara vid ett förhör ska hen informeras om tid och plats för förhöret. Detta gäller oavsett den misstänktes inställning till att låta sig förhöras utan försvararen närvarande. JO kritiserade förhørsledaren för att ha äventyrat den misstänktes rättssäkerhet.

### 9.1.3.2 Rätten till försvarare och rätten till information för minderåriga

I mål B 9446-13 framförde Svea hovrätt att det krävs ett entydigt avstående för att någon ska anses ha av sagt sig en viktig rättighet garanterad av artikel 6 Europakonventionen. När det gäller minderåriga hänvisar domstolen till Europadomstolens praxis och menar att det då dessutom krävs att myndigheterna har gjort vad som rimligen kunnat krävas av dem för att säkerställa att den minderårige är fullt medveten om sin rätt att försvara sig och så långt det är möjligt förstår konsekvenserna av sitt agerande. Hovrätten menade att det inte framgått att myndigheterna vidtagit sådana åtgärder och att det därför kunde ifrågasättas om den tilltalade skulle få sin rätt till rättvis rättegång respekterad om uppgifterna från förhöret användes till stöd för en fällande dom. Hovrätten valde följaktligen att bortse från det som kommit fram beträffande innehållet i förhören, samt till det som kommit fram till följd av att han konfronterats med innehållet i förhören.

Hovrätten för Västra Sverige förde ett liknande resonemang i mål B 1132-10 och valde att bortse från de uppgifter som framkommit vid ett förhör som hållits med en minderårig tilltalad utan försvarare. Under förhöret hade den tilltalade erkänt sig skyldig till våldtäkt mot barn. Vid ett senare polisförhör tog han tillbaka erkännandet och han förnekade brott även under rättegången. Den tilltalade uppgav vid det första förhöret att han inte ville ha någon försvarare närvarande vid förhöret, och förhørsledaren godtog hans uppgift. Hovrätten hänvisade till att JO i beslut 2008/09 s. 92 fört fram att en förundersökningsledare på objektiva grunder ska bedöma om en misstänkt som är under 18 år har behov av en offentlig försvarare och det även



om den misstänkte eller dennes vårdnadshavare uppger att så inte är fallet. Domstolen betonade att för att en minderårig misstänkt ska anses ha av sagt sig sin rätt till försvarare måste denne ha förstått konsekvenserna av avsägandet, och att det inte var tillräckligt att förhørsledaren informerade den tilltalade om sin rätt till försvarare.

Rätten till försvarare och särskilda rättigheter för barn i straffrättsliga förfaranden behandlas även i JO 2016/17 s. 400. Polisen höll förhör med en misstänkt under 18 år utan en försvarare närvarande. JO konstaterade att utrymmet för att hålla förhör i en sådan situation är mycket begränsat, och att förhör med misstänkta under 18 år som är frihetsberövade i princip aldrig ska hållas utan en försvarare närvarande. Kritik riktades mot Polismyndigheten.

I mål B 10453-19 avvisade Solna tingsrätt i ett beslut innan huvudförhandlingen bevisning i form av förhör med två poliser om uppgifter som den minderåriga tilltalade hade lämnat under ett förhör som inleddes utan att han informerades om sina rättigheter. Åklagaren menade att uppgifterna framkommit under ett samtal och inte i en förhörliknande situation. Domstolen framförde att den tilltalade visserligen inte var delgiven misstanke vid tillfället, men att det fanns en faktisk misstanke om brott och skäl att anta att han skulle komma att delges misstanke. Vidare framhöll domstolen att vad den tilltalade uppgett vid samtalet ska ha sagts som svar på direkta frågor. Domstolen beaktade även att den tilltalade var minderårig vid bedömningen av när rätten till försvarare och information träder in.

I samtliga i detta avsnitt refererade domar fälldes den tilltalade dock med stöd av annan bevisning.

#### **9.1.3.3 Rätten till tolkning och översättning**

I NJA 1974 s. 221 kunde det konstateras att felaktiga tolkningar hade förekommit under en rättegång som lett till fällande dom. Högsta domstolen avvisade talan om resning och domvilla och bedömde att målets utgång inte påverkats av de felaktiga översättningarna.

I mål B 1457-16 lyftes i Hovrätten för Nedre Norrland att det förekommit vissa felaktiga översättningar under rättegången i tingsrätten. Domstolen menade dock att det gällde mindre felaktigheter som inte påverkat utgången i målet. Därutöver påstod den tilltalade att det förekommit brister i tolkningen även under förundersökningen. Hovrätten konstaterade att tolkningen under förundersökningen hade skett med ett flertal olika tolkar, ofta på telefon, och att det visserligen inte kunde uteslutas att detta kan ha lett till vissa missförstånd. Domstolen bedömde dock att det inte

påvisats sådana olikheter mellan de hörda berättelser, som redovisats i förundersökningsprotokollet och i deras berättelser vid tingsrätten, att det fanns skäl att anta att de tilltalades rätt till en rättvis rättegång kränkts på grund av brister i tolkningen vid polisförhören under förundersökningen. Däremot framhöll hovrätten att de uppgifter som lämnats under förundersökningen skulle beaktas med stor försiktighet.

I NJA 2007 s. 75 återförvisade Högsta domstolen ett mål till hovrätten då den bedömde att den tilltalade, som var i behov av tolkning, inte hade fått fullgod information och att behörig delgivning därför inte kunde anses ha skett.

I mål B 8261-19 påpekade den tillförordnade tolken under rättegången i Svea hovrätt brister och felaktigheter i översättningen av förhöret som hållits med den tilltalade i tingsrätten. Den fällande domen i tingsrätten byggde till stor del på den tilltalades uppgifter. Hovrätten bedömde att översättningen var så undermålig att det inte av förhöret gick att bilda sig en klar uppfattning av händelseförloppet. Den bristfälliga tolkningen bedömdes därför utgöra ett grovt rättegångsfel som kunde antas ha inverkat på målets utgång och målet återförvisades till tingsrätten.

#### **9.1.3.4 Rätten att inte vittna mot sig själv och närstående**

Rätten att ses som oskyldig och inte vittna mot sig själv aktualiserades i NJA 2001 s. 563. Högsta domstolen ogillade åtalet för mened eftersom den tilltalade genom att berätta det verkliga händelseförloppet i en tidigare rättegång skulle ha avslöjat att hon hade förövat brott, varför hon hade rätt att vägra yttra sig under ed och en skälig ursäkt för att medvetet lämna oriktiga uppgifter.

I NJA 2015 s. 702 konstaterade Högsta domstolen att den tilltalade har rätt att tiga och att den tilltalades tystnad endast i situationer som uppenbarligen kräver en förklaring kan tillmätas betydelse.

I RH 1980:112 och RH 1999:43 bedömde hovrätten att 36:3 RB utgjorde ett hinder mot att under huvudförhandlingen hänvisa till uppgifter från förhör som under förundersökningen hållits med den tilltalades anhöriga.

I det uppmärksammade målet B 5279-18 i Västmanlands tingsrätt aktualiserades både rätten att inte vittna mot sig själv och rätten att inte vittna mot närstående. Tingsrätten beslutade att inte tillåta uppläsning eller uppspelning av polisförhör med en av de tilltalade från tiden innan hon underrättats om misstanke om brott. Tingsrätten grundade sitt beslut dels på att hon i förhören inte delgivit misstanke om brott, dels på

att hon som närstående till en annan tilltalad inte haft skyldighet att vittna. Både den tilltalades processuella rättigheter enligt Europakonventionen och RB:s regler om en närståendes rätt att vägra vittna angavs som grund för tingsrättens beslut. Samtliga tilltalade friades på grund av bristande bevisning. Åklagaren har i skrivande stund (april 2021) överklagat beslutet.

#### **9.1.3.5 Uppläsning eller uppspelning av vittnesförhör som hållits utom rättegången**

I RH 2001:71 tilläts uppläsning av ett vittnesförhör som hållits med en person som under förundersökningen blev utvisad med förbud mot att återvända. Hovrätten konstaterade att försvaret vid förhöret med vittnet haft möjlighet att ställa frågor till honom samt att vittnets uppgifter inte utgjorde den enda bevisningen i målet, och bedömde därför att det inte skulle strida mot artikel 6 Europakonventionen att tillåta bevisningen. Domstolen ansåg även att åberopandet av det utskrivna förhöret kunde tillåtas enligt RB:s regler, eftersom förhör inte kunde hållas inför rätten. Det utskrivna förhöret bedömdes därför utgöra det bästa bevismedlet som gick att hitta i den delen, men domstolen konstaterade också att förhöret självständigt hade ett mycket lågt bevisvärde.

I NJA 1990 s. 273 tilläts ett förhör vid utländsk domstol som bevisning trots att varken åklagaren eller försvararen var närvarande, eftersom deras frågor lästes upp för den förhörda personen.

I NJA 1992 s. 532 bedömde Högsta domstolen att det inte var lämpligt att tillåta uppläsningen av ett förhör med målsäganden, då försvaret inte fått utfråga målsäganden och då förhöret utgjorde avgörande bevisning i målet. Domstolen konstaterade att förfarandet inte stred mot ordalagen i 35:14 RB eftersom målsägande inte kunnat delges kallelse och vistats på okänd adress. Däremot menade domstolen att det skulle strida mot Europadomstolens praxis att lägga uppgifter från vittne eller målsägande till grund för fällande dom om uppgifterna utgör den avgörande bevisningen mot den tilltalade och den tilltalade inte fått tillfälle att fråga ut uppgiftslämnaren. Högsta domstolen undanröjde därför hovrättens fällande dom mot den tilltalade och återförvisade målet till hovrätten.

Ett liknande resonemang fördes i NJA 1991 s. 512, där Högsta domstolen däremot kom fram till att den tilltalades rättighetsanspråk blivit tillräckligt tillgodosedda då dennes försvarare närvarade vid vittnesförhöret, som genomförts utomlands. Domstolen framhöll dock att det faktum att vittnet inte närvarade vid rättegången innebar att hans uppgifter behövde värderas med stor försiktighet.

I NJA 2015 s. 222 prövade Högsta domstolen om den tilltalade kunde anses ha avstått från sin rätt att utfråga målsägande om uppgifter som utgjort den avgörande bevisningen. Domstolen ansåg att den tilltalade vid flera tillfällen hade kunnat påkalla ett nytt förhör med målsäganden när han väl fått kännedom om att målsäganden inte skulle närvara under rättegången. Genom att han inte gjorde det menade domstolen att han avstod från sin rätt att utfråga målsäganden.

#### **9.1.3.6 Rättegång i den tilltalades frånvaro**

Rätten att närvara vid sin egen rättegång behandlades i NJA 2009 s. 836. Där hade en tilltalad som frikänts av tingsrätten, utan att vara personligen närvarande och utan möjlighet att bemöta vad den medtilltalade anförde, dömts till tio års fängelse av hovrätten. Högsta domstolen fann att hovrätten inte borde ha avgjort målet i den tilltalades frånvaro och återförvisade målet till hovrätten för ny handläggning.

Högsta domstolen meddelade i april 2021 prövningstillstånd i mål B 6137-20 och B 6197-20, där domstolen ska pröva om de tilltalades frånvaro från huvudförhandlingen i hovrätten har inneburit hinder för hovrätten att pröva åtalet mot dem.

## **9.2 PRAKTISKA TIPS**

I detta avsnitt ges praktiska tips på sådant som är viktigt att tänka på i straffrättsliga förfaranden när processuella rättigheter inte tillgodosätts.

Som huvudregel förekommer inte bevisförbud i svensk rätt. Åberopande av rätten till rättvis rättegång kan dock leda till att viss bevisning inte kan läggas till grund för en fällande dom, att den helt ska fränkännas värde eller att bevisvärdet sänks. Bedömningen av om rätten till rättvis rättegång tillgodosätts görs med beaktande av en rad kriterier och kan se olika ut beroende på vilken rättighet eller överträdelse det är fråga om.

Det är viktigt att klargöra omständigheterna i det enskilda fallet och därefter identifiera alla rättsliga grunder. Förutom nationella bestämmelser kan argument underbyggas av Europadomstolens rättspraxis, EU-direktiv och EU-domstolens praxis på området). Sådana verktyg som unionsrättskonform tolkning och EU-rättsaktens direkta effekt kan också vara av relevans.

Överväg att klaga så tidigt som möjligt i processen om du vill att ett visst bevis plockas bort från förundersökningsprotokollet. Begär överprövning av polisens eller åklagarens beslut där så är möjligt. En fördel med tidig protest är att de utredande myndigheterna inte använder bevisningen i utredningen

och att den inte ger upphov till ytterligare bevisning (*fruit of the poisonous tree*). Det är viktigt att komma ihåg att om bevisning inte plockas bort från förundersökningsprotokollet blir den offentlig när förundersökningsprotokollet överlämnas till domstolen och kan åberopas av åklagaren under rättegången. I vissa situationer kan det vara strategiskt att argumentera kring bevisvärdering i stället för att begära att material utesluts från förundersökningen. Tänk samtidigt på att även om domstolen skulle välja att frångå bevisningen helt är det inte möjligt i praktiken om domstolen tagit del av innehållet i bevisningen.

Uppskjuten prövning av regelöverträdelser kan vara mindre fördelaktigt med tanke på de negativa effekterna den enskilde kan behöva utstå medan förundersökning pågår. Medan förundersökning pågår kan domstolen normalt inte pröva bevisfrågor. Ofta begränsas domstolens roll under förundersökning till häktningsförhandlingar. I häktningsförhandlingar görs dock prövning av misstankegraden och grunderna för misstanke. De straffrättsliga direktiven slår fast att rättigheterna som ges där inte är begränsade till själva rättegången. De hänvisar också särskilt till rätten till frihet och oskuldspresumtionen, och antyder att processuella rättigheter ska upprätthållas även i bedömningar inom ramen för förundersökningen. I den utsträckning överträdelser av direktivet påverkar rätten till frihet och oskuldspresumtionen ska den nationella domstolen tillförsäkra att direktivets bestämmelser upprätthålls. Domstolar borde därför kunna göra värdera styrkan i anklagelserna för att avgöra om överträdelser av direktiven har påverkat förfarandet och undvika att grunda sina beslut på handlingar som verkar ha erhållits i strid med direktiven.

Om bevisningen trots allt åberopats i rättegången kan klagomål framföras direkt inför rätten. Är det så att situationen omfattas av de undantag där avvisning är tillåten ska man begära avvisning. I annat fall bör argumentation handla om att sänka bevisets värde så mycket som möjligt.

### 9.3 MATERIAL FÖR VIDARELÄSNING

[Fair Trials vägledning avseende begäran om förhandsavgörande\\*](#)

[Diverse guider, vägledningar och rapporter avseende processuella rättigheter i straffrättsliga förfaranden och EU-rätt](#)

Fair Trials vägledningar om processuella rättigheter under covid-19:

[Tillgång till försvarare \(rätten till försvarare förvägras helt\)\\*](#)

[Tillgång till försvarare \(rätten till ett effektivt försvar\)](#)

[Tillgång till försvarare \(rätt till samtal i enrum\)](#)

[Tillgång till materialet i målet](#)

[Tillgång till tolkning/översättning](#)

[Tillgång till ett effektivt rättsmedel](#)

\* Länken/länkarna finns i den digitala versionen. Den digitala rapporten kan laddas ner på Civil Rights Defenders hemsida, [crd.org](http://crd.org).

## 10 BILAGA 2. INTERVJUFRÅGOR

### 10.1 FRÅGOR TILL FÖRSVARSAADVOKATER

#### 1. Information about interview

- a. Date of interview
- b. Identity of interview
- c. Name/code of interviewee

#### 2. Information about interviewee

- a. How long have you been a practising lawyer?
- b. In what region or city do you practice?
- c. Does your practice consist of:
  - i. only (100%)
  - ii. mainly (over 50%)
  - iii. some (under 50%) or
  - iv. no criminal cases?
- d. How many criminal cases have you personally dealt with in the past year?
  - i. up to 20
  - ii. 20–50 or
  - iii. 50+
- e. In what percentage of your cases have you challenged the admissibility of evidence? In what percentage successfully?
- f. In what percentage of your cases have you sought to obtain evidence?
- g. What percentage of your criminal cases are legal aid cases?
  - i. none
  - ii. some (under 50%)
  - iii. most (more than 50%) or
  - iv. all (100%)

#### 3. Defence involvement in evidence-gathering procedures

- a. Can you request evidence (i) domestically or (ii) abroad? If so, what is the procedure (grounds for the request and conditions that must be met)? How difficult is it?
- b. In what sort of cases (type of offence, type of evidence?) do you find it necessary for the defence to seek its own evidence?

- c. What obstacles do defence lawyers face when seeking evidence?
- d. At what stage of an investigation do you get involved? Does your involvement depend upon receiving access to the case-file?
- e. Does legal aid cover your time to participate in evidence-gathering?
- f. Do you consider that lawyers need to have a specific expertise to participate in evidence-gathering procedures?
- g. Could you describe any specific cases in which you requested evidence?

#### 4. Defence challenge of evidence admissibility

- a. What is the procedure for challenging evidence admissibility?
- b. At what stage in the proceedings can a challenge be initiated?
- c. In practice, to what extent can violations of procedural safeguards give rise to challenges of evidentiary admissibility? Do you specifically check that the procedural safeguards of your client (e.g. information about rights in police custody) were upheld?
- d. What are the available remedies in the event of a successful challenge?
- e. Do you consider that the information provided in the case file is sufficient to enable you to assess the legality of the evidence?
- f. What further information would you need to be in a position to challenge the admissibility of the evidence?
- g. Where you consider that a procedural safeguard has been violated (e.g. you were denied a confidential consultation with your client prior to the questioning by the police or access to case file was denied or delayed), do you seek a remedy in the form of exclusion of evidence?
- h. Could you describe any specific cases in which you challenged evidence?
- i. What specific difficulties do you face when assessing evidence gathered abroad?

### 5. Substance: judges' assessment and decision-making

- a. In your view, how much time is typically spent during a trial discussing the admissibility of evidence?
- b. In your view, do courts make a sufficient assessment of the procedural safeguards during the pre-trial proceedings? Is the role of the lawyer to identify violations?
- c. How do judges tend to receive arguments about violations of procedural rights? How is the burden of proof split between the parties in case defence argues a violation of procedural rights?
- d. What remedies are applied or other consequences are drawn from violations? Can you give practical examples?

### 6. General questions

- a. Have you recently received specific training on evidentiary procedures?
- b. What information would you consider useful for lawyers to support participation in evidentiary procedures?

## 10.2 FRÅGOR TILL DOMARE

### 1. Information about interview

- a. Date of interview
- b. Identity of interview
- c. Name/code of interviewee

### 2. Information about interviewee

- a. What is your length of experience as a judge?
- b. What is your designation of judge (e.g. district judge)?
- c. What is your length of experience in previous legal professions?
- d. Does your practice consist of:
  - i. only (100%)
  - ii. mainly (over 50%)
  - iii. some (under 50%) or
  - iv. no criminal cases?
- e. How many criminal cases have you personally dealt with in the past year?
  - i. up to 20
  - ii. 20–50 or
  - iii. 50+
- f. In what percentage of your cases have challenges to the admissibility of evidence been made?

### 3. Admissibility of evidence

- a. What are your primary considerations when reviewing the admissibility of evidence?
- b. Do you specifically verify that the procedural safeguards of the accused person (e.g. information about rights in police custody) were upheld?
- c. Do you consider that the information provided in the case file is sufficient to enable you to assess the legality of the evidence?
- d. What further information would you need to be in a position to assess the admissibility of the evidence presented to you?
- e. What is your approach to the representations made by the prosecutor? And to the representations by the defence lawyer?
- f. How should the burden of proof be split between the parties in case defence argues a violation of defendant's procedural rights?
- g. Could you describe any specific cases in which you rejected evidence?
- h. What specific difficulties do you face when assessing evidence gathered abroad?
- i. In your view, how much time is typically spent during a trial discussing the admissibility of evidence?

### 4. Remedies

- a. What are the available remedies in the event of a successful challenge?
- b. What considerations do you have when determining which remedy is necessary?
- c. In practice, to what extent do violations of procedural safeguards during the pre-trial proceedings lead to challenges of evidentiary admissibility?
- d. Where you consider that a procedural safeguard has been violated, do you apply an evidentiary remedy in the form of exclusion of evidence?

### 5. General questions

- a. Have you recently received specific training on evidentiary procedures?
- b. To what extent do the jurisprudence of the European Court of Human Rights and other regional/ international human rights standards inform your decision-making? How much training do you receive on such standards?
- c. If you could make changes to the law or practice governing the admissibility of evidence, what change or changes would you like to see?

### 10.3 FRÅGOR TILL ÅKLAGARE

#### 1. Information about interview

- a. Date of interview
- b. Identity of interview
- c. Name/code of interviewee

#### 2. Information about interviewee

- a. What is your designation as a prosecutor (e.g. senior prosecutor, federal, district)?
- b. In what region or city do you practice?
- c. Length of experience as a prosecutor?
- d. Length of experience in other previous legal professions?
- e. Does your practice consist of:
  - i. only (100%)
  - ii. mainly (over 50%)
  - iii. some (under 50%) or
  - iv. no criminal cases?
- f. How many criminal cases have you personally dealt with in the past year?
  - i. up to 20
  - ii. 20–50 or
  - iii. 50+
- g. In what percentage of your cases do you face challenges regarding the admissibility of evidence?

#### 3. Evidence-gathering procedures

- a. What are your primary considerations when seeking to collect evidence in an impartial way?
- b. Do you think that the involvement of a lawyer at pre-trial stage is useful to assist in the investigation?
- c. What are your primary concerns in respect of the legality of the evidence gathering? Do you apply specific guidelines to ensure the legality of the evidence collection?
- d. If you supervise the investigation phase of the criminal procedure, is legality of evidence gathering and admissibility of evidence part of that supervision?
- e. Do you specifically verify that the procedural safeguards of the accused person (e.g. information about rights in police custody) are upheld? In cases of violations, what approach do you take?
- f. What specific difficulties do you face when assessing the legality of the evidence gathered abroad?

#### 4. Procedure: evidence admissibility

- a. In your view, how much time is typically spent during a trial discussing the admissibility of evidence?
- b. What is your approach to the representations by the defence lawyer regarding admissibility of evidence? And in your view, are defence lawyers given sufficient information about the evidence to challenge its legality?
- c. In practice, to what extent can violations of procedural safeguards give rise to challenges of evidentiary admissibility?
- d. What are the available remedies in the event of a successful challenge?
- e. Where a procedural safeguard has been violated (e.g. during police custody), do you think that a remedy in the form of exclusion of evidence is appropriate?

#### 5. Substance: judges' assessment and decision-making

- a. In your view, do courts make an adequate assessment of the legality of the evidence gathered pre-trial?
- b. How do judges tend to receive arguments about violations of procedural rights?
- c. How do you think judges approach representations made by you? And by the defence?
- d. What remedies are applied or other consequences are drawn from violations? Can you give practical examples?

#### 6. General questions

- a. Have you recently received specific training on evidentiary procedures?
- b. To what extent do the jurisprudence of the European Court of Human Rights and other regional/international human rights standards inform your decision-making? How much training do you receive on such standards?
- c. If you could make changes to the law or practice governing the admissibility of evidence, what change or changes would you like to see?





Östgötagatan 90  
116 64 Stockholm  
Tel: +46 8 545 277 30  
info@crd.org  
[www.crd.org](http://www.crd.org)