

Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet
Juridiska Institutionen
Examensarbete, 30 hp
VT 2015

TALA ÄR SILVER, TIGA ÄR GULD

EN ANALYS AV HUR SVENSKA DOMSTOLAR BÖR HANTERA UPPGIFTER SOM DEN
MISSTÄNKTE LÄMNAT UNDER FÖRUNTERSÖKNINGEN UTAN NÄRVARO AV EN
FÖRSVARARE.

Alexandra Brunosson



Handledare: Sebastian Wejedal
Examinator: Marie Karlsson

GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

SUMMARY

Since 1995 the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) is part of Swedish law and therefore Sweden has agreed to comply with the requirements stated in the ECHR. One of these requirements is the right to legal assistance, in accordance to article 6 of the ECHR regarding the right to a fair trial. To ensure that the accused gets a fair trial it is not sufficient that the accused of a criminal offence is only assisted by a lawyer in court. Furthermore access to a lawyer should be given at the pre-trial proceedings as this is when the evidence is being collected.

The European Court of Human Rights has in a number of cases emphasized the importance of legal assistance early in the proceedings and the court means that access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police. According to the case law the rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction. Due to this The European Court of Human Rights is gradually moving towards how the US Supreme Courts deal with the same issue by developing what can be seen as the European equivalent to the Miranda Warning.

The compliance of the Swedish Code of Judicial Procedure (1942:740) is questionable in light of the Court's case law. The Swedish law do not state at what time access to a lawyer should be provided and it is not uncommon that the accused get to consult with a lawyer first after a number of police interrogations already have occurred. If the accused during these interrogations have plead guilty this could, according to the Swedish law, be used as evidence in a later trial. In this case, if the accused do not hold on to the statements in the interrogations the court is up for a challenge. On one hand the court is not obliged to any legal rules regarding the valuation of the information given by the accused, on the other hand this would contradict the right to a fair trial according to the ECHR.

The Swedish law appears not be in coherence with the case law of the European Court of Human Rights developed in recent years. To ensure that the accused in Sweden is guaranteed a fair trial in line with the ECHR some amendments may be required. The author to this thesis suggest an increased obligation of information from the government agencies, earlier access to a lawyer and the right for the court to reject incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer.

SAMMANFATTNING

Sedan 1995 är Europakonventionen en del av svensk rätt och vi har därigenom förbundit oss att följa de krav som uppställs enligt konventionen. Ett sådant krav är en rätt för den som anklagas för brott att biträdas av en försvarare, vilket följer av Europakonventionens artikel 6 om rätten till en rättvis rättegång.

För att säkerställa att den anklagade får en rättvis rättegång i detta avseende är det inte tillräckligt med försvararens biträde under rättegången. Tillgång till försvarare ska ges redan under den förundersökning som föregår åtalet, eftersom det är vid detta skede som bevisinsamlingen sker.

Vid vilken tidpunkt försvararinträdet ska ske har prövats av Europadomstolen i ett antal fall och utifrån domstolens senare praxis följer en rätt för den som anklagas för brott att få tillgång till försvarare vid första polisförhören. Om den anklagades rätt till försvarare enligt konventionen inte åtnjuts och vederbörande erkänner i förhör, får erkännandet inte användas som stöd för en fällande dom. Detta skulle nämligen innebära en oåterkallelig kränkning av den anklagades rätt till försvar. På så vis har Europadomstolen successivt närmat sig US Supreme Courts hantering av samma fråga genom att utveckla vad som närmast kan beskrivas som en europeisk motsvarighet till den klassiska Miranda-regeln.

För svenskt vidkommande stadgar inte rättegångsbalken vid vilken tidpunkt försvararinträdet ska ske och inte sällan är det först vid häktesförhandlingen som den misstänkte får överlägga med sin försvarare för första gången. Vid det laget har ofta flera polisförhör med den misstänkte redan hållits. Om den misstänkte under ett sådant förhör erkänt brott eller lämnat belastande uppgifter får dessa, enligt principen om fri bevisföring, åberopas som bevisning mot vederbörande under en senare rättegång. För det fall då den misstänkte inte vidhåller sina uppgifter står rätten inför en utmaning. Å ena sidan är domstolen mot bakgrund av principen om den fria bevisvärderingen inte bunden av några legala regler vad gäller värderingen av den misstänktes lämnade uppgifter, å andra sidan skulle det innebära en kränkning av den misstänktes konventionsrättigheter att använda uppgifterna som stöd för en fällande dom.

Rättegångsbalkens bestämmelser tycks inte vara helt förenliga den praxis som Europadomstolen utvecklat på senare år. För att säkerställa att misstänkta i Sverige verkligen garanteras en rättvis rättegång såsom Europakonventionen ska tolkas, kan vissa anpassningar vara nödvändiga att göra. Författaren föreslår en ökad informationsskyldighet från myndigheternas sida, ett tidigare försvararinträde och en möjlighet för rätten att avvisa sådan bevisning som tillkommit under förhållanden då den misstänktes konventionsrättigheter i detta avseende kränkts.

FÖRORD

– Jaså, sade K, och nickade, böckerna är väl lagböcker, och det hör väl till detta rättsväsens natur att man ska dömas inte bara oskyldig utan också ovetande.¹

– Franz Kafka –

Med förväntansfulla steg och en lagom dos naivitet lämnar jag nu universitetets dörrar bakom mig. Efter fem år på avbytarbänken är det äntligen min tur att få spela. Jag vill härmed tacka:

Min familj som under hela utbildningens gång stöttat mig och funnits vid min sida. Särskilt tack till min enastående mamma som redan i tidig ålder fick mig att inse vikten av att aldrig sluta lära sig. "Kunskap är makt" sa Du. Jag trodde Dig då och jag tror Dig idag.

Mina fantastiska vänner som sprider positiv energi och alltid uppmuntrar mig i mina projekt. Allt man vill kan man, men när vägen till målet känns krokig underlättar det att omge sig av ja-sägare.

Advokatbyrån Advokaterna Hurtig & Partners som lät mig göra praktik på sitt Göteborgskontor. Att få bevittna hur noggrant förarbete och juridiskt finlir ger resultat i rättssalen fick valet att läsa juridik att kännas helt rätt. Tack för mycket inspiration och en ovärderlig erfarenhet.

Slutligen vill jag ge mitt allra största och varmaste tack till min handledare Sebastian Wejedal som varit min hjälte under skrivprocessen. Tack för Ditt stora engagemang i mitt skrivande, alla värdefulla råd som Du delat med Dig av och för att Du agerat GPS när jag hamnat på villovägar.

Göteborg, 17 maj 2015

Alexandra Brunosson

¹ Franz Kafka, *Processen*

FÖRKORTNINGAR

CPT	Europarådets anti-tortyrkommitté
Dnr	Diarienummer
EU	Europeiska unionen
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FUK	Förundersökningskungörelsen (1947:948)
HD	Högsta domstolen
JO	Justitieombudsmannen
NJA	Nytt juridiska arkiv
Prop	Proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
RåR	Riksåklagarens riktlinjer
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1 INLEDNING	7
1.1 UTGÅNGSPUNKTER	7
1.2 PROBLEMFÖRMULERING	11
1.3 SYFTE	11
1.4 METOD	12
1.5 AVGRÄNSNINGAR	13
1.6 DISPOSITION	14
2 EUROPAKONVENTIONEN	15
2.1 INLEDANDE ANMÄRKNINGAR	15
2.2 NÄR INTRÄDER RÄTTEN TILL FÖRSVARARE?	16
2.2.1 FÖRSVARARENS NÄRVARO UNDER FÖRHÖR	22
2.3 POLISENS MÖJLIGHET ATT HÅLLA VITTNESFÖRHÖR ISTÄLLET FÖR POLISFÖRHÖR	23
2.4 DEN BROTTSSANKLAGADES MÖJLIGHET ATT AVSTÅ FRÅN SIN RÄTT TILL FÖRSVARARE	24
2.5 HANTERING AV FÖRHÖRSUTSAGOR UR BEVISHÄNSEENDE	27
2.5.1 INTRODUKTION	27
2.5.2 HUR FÖRHÖRSUTSAGOR SKA HANTERAS UR ETT BEVISHÄNSEENDE FÖR ATT INTE STRIDA MOT RÄTTEN TILL EN RÄTTVIS RÄTTEGÅNG	27
2.6 SAMMANFATTNING	29
3 INHEMSK RÄTT	31
3.1 INLEDANDE ANMÄRKNINGAR	31
3.2 NÄR INTRÄDER RÄTTEN TILL FÖRSVARARE?	31
3.2.1 FÖRSVARARENS NÄRVARO VID FÖRHÖR	33
3.3 POLISENS MÖJLIGHET ATT HÅLLA VITTNESFÖRHÖR ISTÄLLET FÖR POLISFÖRHÖR	34
3.4 DEN MISSTÄNKTES MÖJLIGHET ATT AVSTÅ FRÅN SIN RÄTT TILL FÖRSVARARE	36
3.5 HANTERING AV FÖRHÖRSUTSAGOR UR BEVISHÄNSEENDE	38
3.5.1 INTRODUKTION	38
3.5.2 MÖJLIGHETEN ATT ÅBEROPA DEN MISSTÄNKTES FÖRHÖRSUTSAGA SOM BEVISNING	39
3.5.3 ÅBEROPANDE AV FÖRHÖRSUTSAGOR	40
3.5.4 NÅGOT OM DOMSTOLENS BEVISVÄRDERING	41
3.5.5 BEVISVÄRDERING AV FÖRHÖRSUTSAGOR DÄR DEN MISSTÄNKTE INTE HAFT TILLGÅNG TILL FÖRSVARARE	43
3.6 SAMMANFATTNING	46
4 SLUTSATS	48
4.1 INLEDANDE ANMÄRKNINGAR	48
4.2 FÖRSLAG PÅ HUR SVERIGE SKA KUNNA LEVA UPP TILL DEN STANDARD SOM EUROPAKONVENTIONEN KRÄVER	49
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	52
AVGÖRANDE	54

1. INLEDNING

1.1 UTGÅNGSPUNKTER

You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a court of law. You have the right to an attorney. If you cannot afford an attorney, one will be provided for you.

I otaliga amerikanska actionrullar kan vi se hur polisen i samband med varje gripande rabblar upp den gripnes rättigheter. Upplysningen är inte ett filmtrick utan ett resultat av US Supreme Courts avgörande i målet *Miranda mot Arizona*² år 1966. Sedan dess har polisen i USA en konstitutionellt grundad skyldighet att upplysa den misstänkte om dennes rättigheter. Om så inte sker får ett erkännande som den misstänkte lämnat i förhör inte användas som bevisning i en senare rättegång.

Bakgrunden till fallet var att en ung kvinna i Arizona blivit kidnappad och våldtagen. Kvinnans signalement på gärningsmannen ledde till att Ernesto Miranda greps misstänkt för brottet. Miranda förhördes därefter av polisen och efter flera timmars förhör erkände han till slut brottet, ett erkännande som han också formulerade skriftligt. Vid den efterföljande rättegången var Mirandas erkännande det enda bevis som åklagarsidan åberopade och på grundval av detta dömdes han till ett mångårigt fängelsestraff. Miranda som inte kände till sina konstitutionella rättigheter hävdade att han provocerats att erkänna brottet och överklagade därför domen. Till saken hör att polisen i samband med förhören varken upplyste Miranda om hans skydd mot s k "self-incrimination" enligt femte tillägget till konstitutionen eller hans rätt att sammanträda med en advokat enligt sjätte tillägget. Efter att Arizonas Högsta domstol fastställt domen beslöt US Supreme Court att ta upp fallet, tillsammans med en handfull andra fall, i syfte att ta ställning till vilken roll polisen har i att den anklagades rättigheter enligt femte och sjätte tillägget kan garanteras. Resultatet av prövningen blev att den fällande domen mot Miranda upphävdes. I sitt avgörande gav domstolen klara förskrifter om att polisen i samband med gripande måste upplysa den misstänkte om dennes rättigheter. Uttalandet gav upphov till vad som senare blivit känt som "the Miranda Warning" vilken består av fyra moment:

- (1) att den misstänkte har rätt att tåga,
- (2) att allt som den misstänkte säger kan användas som bevis mot vederbörande i en kommande rättegång,
- (3) att den misstänkte har rätt att få tillgång till en försvarare inför och under alla förhör, samt
- (4) att den misstänkte har rätt att få en försvarare förordnad, om vederbörande saknar egna medel att bekosta en sådan.

² Miranda mot Arizona, meddelad 1966-06-13.

Tilläggas kan att Miranda dömdes på nytt i en efterföljande rättegång, men då på grundval av annan bevisning i form av vittnesuppgifter. Avgörandet fick alltså en vidare betydelse än polisens upplysningskyldigt, det fick jämväl rättsverkningar för domstolens bevisprövning. Om den misstänktes rättigheter till försvar kränks leder det till att bevis som erhållits till följd härav inte får användas mot vederbörande vid en senare rättegång.

Någon liknande uppläsning av den misstänktes rättigheter följer inte uttryckligen av Europakonventionen och än mindre av svensk rätt. Dels föreligger inte någon lagstadgad informationsplikt från myndigheternas sida i den bemärkelsen, dels är det inte helt tydligt vilka rättigheter man som misstänkt i Sverige faktiskt har. Om man leker med tanken att polisen vid varje gripande i Sverige skulle ha en upplysningsplikt på samma sätt som ovan – vad skulle de då säga? Förutom att den gripne under vissa i rättegångsbalken angivna förhållande eventuellt kan ha rätt till en offentlig försvarare, är det inte en helt lätt fråga att besvara.

För europeiskt vidkommande följer bestämmelser om domstolsprövningen och dess inrymmande av rättssäkerhetsgarantier av Europakonventionens artikel 6 om rätt till en rättvis rättegång. I artikel 6.1 stadgas inledningsvis att var och en vid anklagelse för brott är berättigad till en rättvis förhandling inför en oavhängig och opartisk domstol. Därefter uppställs i artikel 6.3 ett antal minimirättigheter för den brottsanklagade och av artikel 6.3 c) följer att var och en ska ha rätt att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde som han själv utsett eller att, när han saknar tillräckliga medel för att betala ett rättegångsbiträde, erhålla ett sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar. Förutom dessa garantier gäller som allmän princip att den som anklagas för brott ska betraktas som oskyldig fram tills dess att det finns en fällande dom mot vederbörande. Den s k oskyldighetspresumtionen framgår av artikel 6.2. Artikeln uttrycker dock inte när under förundersökningen någon är att anse som brottsanklagad, vid vilken tidpunkt försvararinträdet ska ske eller hur uppgifter som lämnats under polisförhör utan att rätten till försvarare tillgodosetts ska hanteras i bevishänseende. Istället har detta blivit frågor för Europadomstolen att ta ställning till.

År 1993 prövade Europadomstolen frågan om artikel 6 var tillämplig redan under förundersökningen i *Imbrioscia mot Schweiz*³. I målet hade polisen hållit ett flertal förhör med Imbrioscia, som gripits misstänkt för inblandning i narkotikasmuggling, utan att någon försvarare varit närvarande. Först efter att Imbrioscias försvarare klagat på att denne inte kallats till förhör tilläts han närvara på ett avslutande förhör innan rättegången, vilket han också deltog i. Imbrioscia hävdade att hans rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 härigenom blivit kränkt. Mot detta invände den schweiziska staten dels att artikel 6 endast omfattar huvudförhandlingen och inte förundersökningen, dels

³ Imbrioscia mot Schweiz, meddelad 1993-11-24.

att schweizisk lag inte garanterar att en försvarare har rätt att närvara under polisförhör.⁴

Vid sin prövning konstaterade Europadomstolen inledningsvis att artikel 6 inte bara gäller rättegången utan även förundersökningen och att rätten att biträdas av försvarare därför var tillämplig även under de förhör och den förundersökning som föregått åtalet. Att höra Imbrioscia utan tillgång till försvarare innebar enligt Europadomstolen att han i detta avseende inte hade åtnjutit det rättsliga biträde som var nödvändigt enligt artikeln. Europadomstolen framhöll dock att Imbrioscias försvarare tillåtits att närvara vid det sista förhöret samt under rättegången och därigenom haft tillfälle att låta förhöra såväl Imbrioscia som vittnena samt bemöta åklagarens påståenden. Mot bakgrund av detta fann domstolen att rättegången, sett som en helhet, var rättvis och att något brott mot konventionen därför inte förelåg.⁵

Tre av domaren i målet var emellertid skiljaktiga och menade att frånvaron av en försvarare under de inledande polisförhören inte kan kompenseras av att den brottsanklagade företräds av en försvarare senare i processen. En av de skiljaktiga, domare De Meyer, hänvisade till *Miranda* och anförde att:

...[h]e must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the right to the presence of an attorney, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires. Opportunity to exercise these rights must be afforded to him throughout the interrogation. After such warnings have been given, and such opportunity afforded him, the individual may knowingly and intelligently waive these rights and agree to answer questions or make a statement. But unless and until such warnings and waiver are demonstrated by the prosecution at trial, no evidence obtained as a result of interrogation can be used against him.⁶

De Meyer framhöll vidare att det i *Miranda* konstaterades att inga frågor ska ställas om den misstänkte indikerar att denne vill samråda med en försvarare innan den yttrar sig eller om vederbörande inte vill bli hörd utan närvaro av en sådan. De Meyer uttalade att dessa principer som US Supreme Court så tydligt definierat utgör kärnan till vad som är en rättvis rättegång. Genom att i *Imbrioscia* inte erkänna dessa principer menade De Meyer att man fastslog en lägre standard i Europa än vad som sedan lång tid tillbaka existerat i USA:

These principles, then clearly defined, belong to the very essence of fair trial. Therefore I cannot agree with the present judgment, in which our Court fails to recognise and apply them.⁷

Trots att Europadomstolen inte fann att det förelåg konventionsbrott i *Imbrioscia* tycks domstolen därefter övergått mer åt den uppfattning som

⁴ Imbrioscia mot Schweiz, p 18-19, 32-34.

⁵ Imbrioscia mot Schweiz, p 36, 42-44.

⁶ IMBRIOSCIA v. SWITZERLAND, DISSENTING OPINION OF JUDGE DE MEYER.

⁷ IMBRIOSCIA v. SWITZERLAND, DISSENTING OPINION OF JUDGE DE MEYER.

framfördes av De Meyer och de andra skiljaktiga domarna, nämligen att frånvaron av försvarare under de inledande polisförhören i princip leder till en irreparabel kränkning av konventionen, om uppgifter som den misstänkte lämnar under förhöret sedermera används emot vederbörande i rättegången.

Utifrån den praxis som finns på området idag kan man utläsa att artikel 6 – under vissa närmare förutsättningar – innefattar en rätt för den som anklagas för brott att få tillgång till försvarare redan vid det inledande polisförhöret. Om så inte sker och den brottsanklagade erkänner i förhör, utan att först ha informerats om sina rättigheter enligt konventionen och medvetet avstått från dessa, får erkännandet inte användas till stöd för en fällande dom. Precis som enligt principerna i *Miranda* leder brister under förundersökningen till konsekvenser ur bevishänseende.

Europadomstolens praxis på området har lett till debatter och lagförslag i flera av våra europeiska grannländer. I Sverige har dock ingen anpassning skett. Enligt den svenska rättsordningen kan ett förordnande av en offentlig försvarare först ske när misstankegraden uppgått till "skäligen misstanke" och begäran om sådan gjorts. Innan dess kan alltså, helt i enlighet med rättegångsbalkens bestämmelser, flera förhör hållas med den misstänkte utan att denne först har haft möjlighet att sammanträda med en försvarare. Därutöver har den som ännu inte är formligen misstänkt ingen lagstadgad rätt att upplysas om sina rättigheter, såsom till försvarare eller rätten att inte yttra sig över misstanken. Även för det fall en sådan upplysningsskyldighet hade förelegat kan man ifrågasätta vilken reell betydelse dessa rättigheter har för den misstänkte. Då den svenska bevisrätten präglas av principen om fri bevisföring får nämligen som regel all bevisning, oavsett förhållandena vid dess tillkomst, åberopas under huvudförhandlingen. Det faktum att en misstänkt, som inte fått sina rättigheter tillgodosedda, erkänner i förhör hindrar således inte att uppgifterna kommer till rättens kännedom.

Även om det inte är helt tydligt vad Europadomstolen menar med att erkännanden inte "får användas" som stöd för en fällande dom är detta något som kolliderar med rättegångsbalkens principer om fri bevisföring och fri bevisvärdering. Trots att Europadomstolens avgöranden börjat smyga sig in i rättstillämpningen råder ingen klarhet i hur bevishantering av uppgifter som lämnats under konventionsstridiga förhör ska gå till. Hur väl svensk verklighet korresponderar med det vi hör på amerikansk film och nu även kan utläsa ur Europadomstolens praxis är alltså ovisst.

1.2 PROBLEMFÖRMULERING

Målet *Imbrioscia* blev startskottet för den utveckling i Europadomstolens praxis beträffande brottsanklagades rättigheter i samband med polisförhör som allt mer kommit att likna vad US Supreme Court fastslog i *Miranda*. För svenskt vidkommande saknas dock alltså lagregler avseende tidpunkt för försvararinträdet och vår grundläggande princip om fri bevisprövning innebär att uppgifter från förhørsprotokoll, oavsett rådande förhållanden under förhöret, till syvende och sist blir en fråga för domstolen att värdera. Eftersom Europakonventionen sedan 1995 är en del av svensk rätt finns det skäl att undersöka hur väl vårt svenska förfarande i detta avseende korresponderar med Europadomstolens praxis om rätten till en rättvis rättegång. Lagstiftaren har nämligen vid flera tillfällen uttalat att Sverige "givetvis" ska leva upp till kraven i konventionen, exempelvis genom att anföra följande:

När Sverige tillträdde konventionen utgick vi från att svensk lag uppfyllde dess krav och att Sverige således – bortsett från vissa frågor där förbehåll gjordes – kunde ta på sig konventionens förpliktelser utan att ändra sin lagstiftning. Om emellertid den europeiska konventionen tolkar konventionen på ett annat sätt, bör Sverige *givetvis se till att svensk lag med minsta möjliga eftersläpning motsvarar våra internationella förpliktelser*.⁸

Att vi tillåter att uppgifter som lämnats under förhållanden som inte lever upp till Europakonventionens krav åberopas som bevisning för att sedan hanteras inom ramen för domstolens bevisvärdering kan ifrågasättas ur ett EKMR-perspektiv, och kommer därför att studeras närmare inom ramen för denna uppsats.

1.3 SYFTE

Syftet med framställningen är att analysera hur svenska domstolar bör hantera sådana uppgifter som den misstänkte lämnat under förundersökningen utan närvaro av en försvarare givet Europadomstolens praxis. Vad som framförallt intresserar mig är under vilka närmare förutsättningar sådana uppgifter kan läggas till grund för en fällande dom.

För att möjliggöra detta har jag valt att dela upp frågeställningen i två delar. Inledningsvis kommer tidpunkten för försvararinträdet hanteras vilket även ger upphov till frågan om vilka möjligheter den misstänkte har att avstå från sin rätt till juridiskt biträde. Därefter kommer rättegången som helhet behandlas med fokus på vilka intressen som domstolen har att beakta vid sin bevisvärdering.

⁸ Prop 1987/88:69 s 16, min kursivering.

1.4 METOD

Vid undersökningen av den del som rör inhemsk rätt har en klassisk rättsdogmatisk metod använts, innefattande studier av lagtext, förarbeten, doktrin och praxis. Lagtext och förarbeten har framförallt varit användbart i syfte att besvara vilka grundläggande bestämmelser och principer som tillämparna har att beakta på området. Avsaknaden av lagregler i vissa avseenden, såsom tidpunkt för försvararinträdet och vad domstolen har att förhålla sig till vid sin bevisvärdering, har inneburit att vägledning hämtats i doktrin. Framförallt har författarna Bring, Diesen och Ekelöf varit till stor hjälp. Eftersom Europadomstolens senare avgöranden på området uppmärksammats i en högst begränsad omfattning av domstolarna i Sverige har endast ett fåtal rättsfall varit av betydelse för min framställning. Däremot har JO genom åren gjort en hel del uttalanden av relevans.

I den del som behandlar Europakonventionen och tolkningen av de för framställningen relevanta punkterna i artikel 6 har huvudsakligen Europadomstolens praxis varit av avgörande betydelse. Jag har så långt som möjligt använt mig av förstahandskällor men med hänsyn till mina bristande franskakunskaper har jag beträffande de avgöranden som inte översatts till engelska varit tvungen att använda andrahandskällor.

I min genomgång av Europadomstolens praxis har jag valt att ta utgångspunkt i *Imbrioscia* eftersom det var här Europadomstolen först fastslog att artikel 6 är tillämplig redan under förundersökningen. Därefter presenteras ett urval av relevanta avgöranden i kronologisk ordning i takt med att praxis utvecklats. De senare avgörandena såsom *Salduz mot Turkiet*⁹ och *Panovits mot Cypern*¹⁰, är de som framförallt speglar rättsläget så som det ser ut idag. Jag har under arbetets gång iakttagit stor medvetenhet om att artikel 6 lämnar ett betydande utrymme för tolkning och att det urval av avgöranden från Europadomstolen som jag gjort inte på något sätt kan vara heltäckande som "gällande rätt". Jag är vidare medveten om att det kan vara omständigheter i det enskilda fallet som ligger bakom Europadomstolens bedömning, varför generella slutsatser av ett avgörande sällan går att dra. I såväl fallet *Salduz* som *Panovits* var den brottsanklagade underårig, varför det vid tolkningen av dessa avgöranden varit nödvändigt att beakta i vilken mån domstolen tagit hänsyn till deras ålder. Detta för att bedöma om domstolens slutsats går att tillämpa på liknande situationer, oavsett den anklagades ålder. För ökad förståelse kring tolkningen av artikel 6 och dess centrala begrepp såsom "anklagelse för brott" har vägledning hämtats i doktrin.

Uppdelningen mellan svenskt rätt och Europakonventionen har i viss mån varit problematiskt att göra eftersom den sistnämnda är en del av svensk rätt. Att områdena på många sätt flyter samman har inneburit att en helt stringent

⁹ *Salduz mot Turkiet*, meddelad 2008-11-27.

¹⁰ *Panovits mot Cypern*, meddelad 2008-12-11.

uppdelning inte har varit möjlig. Exempelvis redogör man i doktrin i mångt och mycket för hur rättegångsbalkens bestämmelser ska tolkas och tillämpas för att vara förenliga med just artikel 6. Vidare hänvisar den svenska domstolen till Europadomstolens avgöranden i de rättsfall och domar jag refererar och i de JO-beslut som jag har använt mig av prövas just frågan om den misstänkt fått en rättvis rättegång. Orsaken till att jag ändå valt att göra en uppdelning mellan svensk rätt och Europakonventionen är att teori och praktik inte riktigt tycks gå hand i hand. Trots att vi har förbundet oss att följa artikel 6 och dess tillhörande praxis verkar det i många fall vara rättegångsbalkens, i mångt och mycket knapphändiga, bestämmelser som tillämparna faller tillbaka på vid fråga om den misstänktes rättigheter. Uppdelningen syftar därför till att utreda hur väl vårt svenska förfarande i praktiken lever upp till Europakonventionens krav.

1.5 AVGRÄNSNINGAR

Syftet med framställningen, att analysera hur domstolen bör hantera uppgifter som lämnats vid förhör utan närvaro av en försvarare, väcker en rad underfrågor av olika omfattning. Det finns många olika aspekter att ta hänsyn till och vissa skulle bli så omfattande att redogöra för att de skulle tjäna bättre som ett eget ämne att behandla. För att uppnå mitt syfte utan att hamna på alltför många sidospår har en del avgränsningar därför blivit nödvändiga att göra.

Vem som över huvud taget har rätt till en offentlig försvarare regleras i 21 kap 3 a § RB. Även om rätten till försvarare i sig är av grundläggande betydelse för min framställning, har jag valt att inte redogöra närmare för vem och i vilka situationer sådan rätt föreligger. Framställningen tar istället utgångspunkt i situationer där rekvisiten i detta avseende är uppfyllda, d v s när en rätt till offentlig försvarare föreligger.

Att många förhör hålls utan närvaro av försvarare behöver inte bero på att förordnande ännu inte skett eller på grund av brister från myndigheternas sida, det kan likväl vara försvararen som helt enkelt inte kan eller vill närvara. Det är nämligen inte alla försvarare som anser att deras närvaro är till gagn för den misstänkte eftersom de genom sin närvaro kan sägas bekräfta vad som sagts under förhöret och därigenom får svårt att i efterhand ifrågasätta riktigheten av förhørsprotokollet. Oavsett vad den bakomliggande orsaken till att förhör hålls utan försvarare är har jag valt att inte göra någon skillnad på dessa fall. Framställning har istället ett rättssäkerhetsperspektiv där samma rättigheter ska gälla för alla misstänkta, varför ett eventuellt processtaktiskt agerande från försvararens sida inte ska ha någon betydelse. Att framställningen helt tar utgångspunkt i den misstänktes rättigheter innebär också att försvararens rättigheter och skyldigheter lämnas därhän.

Vidare kommer rent praktiska problem såsom att få tag på en försvarare med kort varsel inte behandlas inom ramen för denna framställning. Inte heller

kommer någon hänsyn tas till intressekonflikten mellan att ha försvarare närvarande och att inte frihetsberövande ska ske längre än nödvändigt. Samma sak gäller de kostnadsaspekter som finns kring försvararens närvaro vid polisförhör.

Avslutningsvis ska tilläggas att min framställning genomgående präglas av oskyldighetspresumtionen som bland annat kommer till uttryck i Europakonventionens artikel 6.2, d v s att var och en som blivit anklagad för brott ska betraktas som oskyldig tills dess att hans skuld lagligen fastställts. Olika typer av invändningar i stil med att man inte ska försvåra lagföring av brottslingar kommer därför inte bemötas.

1.6 DISPOSITION

Även om Europakonventionen är en del av svenskt rätt är framställningen, så långt som möjligt, uppdelad utifrån å ena sidan Europakonventionen med dess praxis i kapitel 2, å andra sidan inhemsk rätt i kapitel 3. I såväl kapitel 2 som kapitel 3 behandlas huvudsakligen samma frågeställningar: tidpunkten för försvararinträdet, den misstänktes möjlighet att avstå från sin rätt till försvarare och hur uppgifter som den misstänkte lämnat under förundersökningen utan tillgång till försvarare bör behandlas ur ett bevishänseende.

Under kapitel 2 är det framförallt Europadomstolens praxis som ligger till grund för framställningen. I syfte att se hur praxis förändrats och vilka ställningstaganden Europadomstolen gjort genom åren presenteras avgörandena i kronologisk ordning med utgångspunkt i målet *Imbrioscia* som avgjordes 1993. Det är således framförallt de avgöranden som presenteras på slutet som tydligast redogör för hur rättigheterna i Europakonventionens artikel 6 bör tolkas idag.

Beträffande den inhemska rätten i kapitel 3 har svar framförallt hämtats från rättegångsbalkens regler – och i förekommande fall även avsaknaden av sådana.

Uppdelningen har gjorts för att slutligen, i kapitel 4, kunna bedöma huruvida vårt svenska förfarande uppnår de krav på en rättvis rättegång som vi sedan inkorporeringen av Europakonventionen förbundit oss att följa. I detta sista kapitel återfinns även förslag på anpassningar, i första hand beträffande förundersökningsstadiet och i andra hand beträffande rättegångsförfarandet, som kan vara nödvändiga för att säkerställa att misstänkta konventionsrättigheter verkligen garanteras.

2. EUROPAKONVENTIONEN

2.1 INLEDANDE ANMÄRKNINGAR

För att Europakonventionen ska kunna etablera en sådan europeisk minimistandard den är avsedd för krävs att konventionen tolkas på så sätt att den får samma materiella innehåll för alla stater. Skyddsnivån ska således vara i princip enhetlig för alla medlemsstater genom att den inte får underskridas av någon stat. För att detta ska vara möjligt måste de begrepp som förekommer i konventionen tolkas autonomt, vilket innebär att det ska tolkas oberoende av vilken innebörd motsvarande begrepp har i medlemsstaternas nationella rättssystem.¹¹

Ett sådant begrepp är "anklagelse för brott" ("criminal charge"), vilket är en förutsättning för att man ska vara tillförsäkrad de rättigheter som följer av artikel 6. De förfaranden som åsyftas är framförallt rättegångar i brottmål som leder till ett avgörande av om en anklagad person är skyldig till brott och i fastställandet av påföljden för brottet.¹² Europadomstolen har vid sin tolkning av begreppet anklagelse för brott etablerat ett antal enhetliga kriterier.¹³ Av betydelse för bedömningen är hur gärningen klassificeras i inhemsk rätt, gärningens art samt vilken påföljd som vederbörande riskerar att dömas till. En frihetsberövande påföljd innebär i allmänhet att gärningen hänförs till artikel 6, medan typiska disciplinstraff talar för motsatsen.¹⁴

Av intresse för den framställning som följer nedan är vid vilken tidpunkt någon är att anse som anklagad för brott och därmed har rätt att åtnjuta de rättigheter som följer av artikeln. En generell tolkning av "charge" är enligt Europadomstolens praxis "the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence".¹⁵ Anklagelse för brott anses alltså föreligga när en person blir officiellt underrättad om att han är misstänkt för brott. Detta kan exempelvis ske genom att personen ifråga anhålls, häktas eller att en förundersökning inleds mot honom, eftersom det är vid denna tidpunkt personens situation väsentligen påverkas.¹⁶ Även om någon officiell underrättelse inte skett kan det vara tillräckligt med annan åtgärd från myndigheternas sida som leder till personens situation på liknande sätt påverkas.¹⁷ Exempel på sådana åtgärder har i praxis varit husrannsakan¹⁸ eller utfärdandet av en arresteringsorder¹⁹. Garantierna enligt artikel 6 gäller följaktligen redan på förundersökningsstadiet.

¹¹ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 51.

¹² Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 163.

¹³ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 51.

¹⁴ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 164-165.

¹⁵ Se t ex Deweer mot Belgien p 35, Eckle mot Tyskland nr 51 och Corigliano mot Italien p 57.

¹⁶ Se t ex Neumeister mot Österrike p 8 och Eckle mot Tyskland p 73.

¹⁷ Corigliano mot Italien p 34.

¹⁸ Eckle mot Tyskland p 75.

¹⁹ Boddaert mot Belgien p 35.

2.2 NÄR INTRÄDER RÄTTEN TILL FÖRSVARARE?

Vid vilken tidpunkt försvararinträdet ska ske för att rätten till försvarare enligt artikel 6.3 c) ska anses uppfyllt framgår inte uttryckligen av artikeln. Det har istället blivit en fråga för Europadomstolen att ta ställning till.

Som inledningsvis nämnts fastslog Europadomstolen i *Imbrioscia* att artikel 6 inte bara är tillämplig under huvudförhandlingen, utan att rätten att biträddas av en försvarare i princip också gäller under de polisförhör och den förundersökning som föregår åtalet. Domstolen anförde att eftersom förundersökningen utgör grunden för den senare domstolsprocessen kan rätten till en rättvis rättegång kränkas om den brottsanklagade inte får tillgång till försvarare under polisförhör.²⁰ Att förhöra Imbrioscia utan tillgång till försvarare ansågs därför i sig inte förenligt med artikel 6. I det aktuella fallet gick dock inte domstolen hela vägen och dömde Schweiz för brott mot konventionen. Mot bakgrund av att försvararen senare i processen fått möjlighet att närvara fann man istället att rättegången, betraktat som en helhet, varit rättvis.²¹

I ett par fall har Storbritannien blivit föremål för Europadomstolens prövning när det varit fråga om personer, gripna misstänkta för terroristbrott, som inledningsvis vägrats tillgång till försvarare på grund av särskilda restriktioner vid just sådana brott. I *Murray mot Storbritannien*²² hade Murray som var misstänkt för att tillhöra den provisoriska irländska armén (IRA) i enlighet med gällande terroristlagstiftning vägrats att samråda med en advokat under de första 48 timmarna. Vid gripandet informerades han om sina rättigheter enligt följande:

You do not have to say anything unless you wish to do so but I must warn you that if you fail to mention any fact which you rely on in your defence in court, your failure to take this opportunity to mention it may be treated in court as supporting any relevant evidence against you. If you do wish to say anything, what you say may be given in evidence.²³

Murray förhördes vid tolv tillfällen under vilka han vägrade att besvara polisens frågor. Till Europadomstolen klagade Murray över att en kränkning skett av hans rätt att tiga och att inte belasta sig samt att det stod i strid med hans rätt enligt artikel 6.1 och 6.3 c) att neka honom tillgång till advokat.²⁴ Europadomstolen uttalade med hänvisning till *Imbrioscia* att artikel 6 normalt kräver att den brottsanklagade ska biträddas av en försvarare redan under de inledande polisförhören. Emellertid kan det i undantagsfall, såsom vid terroristmisstankar, vara acceptabelt att inskränka denna rätt under förutsättning att processen som helhet är rättvis. I förevarande fall konstaterade

²⁰ *Imbrioscia mot Schweiz* p 36-37.

²¹ *Imbrioscia mot Schweiz* p 41-44.

²² *Murray mot Storbritannien*, meddelad 1996-02-08.

²³ *Murray mot Storbritannien* p 11.

²⁴ *Murray mot Storbritannien* p 11-16, 40.

man dock att den nationella lagstiftningen ställde Murray inför ett dilemma; väljer han att tiga kan hans tystnad tolkas till hans nackdel och om han istället väljer att besvara polisens frågor kan det han säger vändas emot honom. Mot bakgrund härav ansåg domstolen det vara av särskild betydelse hur Murray valde att lägga upp sitt försvar och konstaterade att artikel 6 krävt att han haft tillgång till försvarare redan vid det inledande skedet av polisförhören ("initial stages of the police interrogation"). Att vägra Murray försvarare under de 48 första timmarna var därför ett brott mot konventionen.²⁵

Liknande omständigheter förelåg i *Magee mot Storbritannien*²⁶. Magee som var misstänkt för inblandning i ett bombförsök mot brittiska soldater på Nordirland valde inledningsvis att inte besvara polisens frågor men under det sjätte förhöret bröt han till slut tystnaden och gjorde vissa medgivanden. Vid det efterföljande förhöret undertecknade han dessutom en utförlig beskrivning av hans del i planeringen av bombattentatet. Trots att han senare tog tillbaka sina lämnade uppgifter och hävdade att han pressats att erkänna av polisen, kom uppgifterna att användas som ett viktigt bevis mot honom. På grundval av dessa uppgifter dömdes Magee till 20 års fängelse.²⁷ Vid sin bedömning konstaterade Europadomstolen att för att processen som helhet skulle anses rättvis borde Magee fått tillgång till en försvarare redan under det initiala skedet av polisförhören eftersom detta hade varit en motvikt till den under förhören tvingande atmosfären som skulle trötta ut honom och få honom att erkänna. Under dessa förhållanden ansågs brott mot konventionen föreligga.²⁸

Även i *Averill mot Storbritannien*²⁹ hade Averill, som var misstänkt för två mord, vägrats försvarare under det första dygnet efter gripandet, under vilka flera förhör hållits med honom. Europadomstolen hänvisade till *Murray* och underströk att det var av yttersta vikt för rätten till försvar att den brottsanklagde får tillgång till en försvarare i det inledande skedet av ett polisförhör.³⁰ Om man ställs inför ett sådant dilemma att oavsett om man väljer att tiga eller att svara på polisens frågor kommer det att vändas emot en, menade Europadomstolen att ens försvar oåterkalleligen skadas om man vägras försvarare under det första dygnet. Domstolen konstaterade att Averill borde fått tillgång till en försvarare innan första förhöret börjat, varför brott mot konventionen förelåg.³¹

Av ovanstående avgöranden har det visserligen förelagat brott mot konventionen att vägra den brottsanklagde tillgång till en försvarare i samband med de inledande polisförhören, men det har inte varit på grund av bristen som sådan utan för att rättegången sedd som en helhet inte ansetts rättvis.

²⁵ Murray mot Storbritannien p 59-70.

²⁶ Magee mot Storbritannien, meddelad 2000-09-06.

²⁷ Magee mot Storbritannien p 8-11, 23.

²⁸ Magee mot Storbritannien p 39-46.

²⁹ Averill mot Storbritannien, meddelad 2000-09-06.

³⁰ Averill mot Storbritannien p 59.

³¹ Averill mot Storbritannien p 60-61.

Framförallt verkar det problematiska ha varit hur den nationella lagstiftningen systematiskt försvårat den anklagades möjligheter att försvara sig, i synnerhet att även tystnaden tillmättes ett bevisvärde. Att någon absolut rättighet till försvarare vid denna tidpunkt inte går att utläsa av Europadomstolens avgörande bekräftas också av att Europadomstolen kommit till en motsatt slutsats i mål där man funnit att avsaknaden av en försvarare under den första tiden efter gripandet inte skadat den gripnes möjligheter att försvara sig effektivt mot en anklagelse.³²

I *Kolu mot Turkiet*³³ som avgjordes några år senare hade Kolu, som gripits misstänkt för inbrott, gjort vissa medgivanden i förhör utan att han hade haft tillgång till försvarare. Efter ett dygn i arresten hade han även undertecknat en skriftlig berättelse i vilken han erkände att han brutit sig in i två kvinnors hem där han hotat dem och bestulit dem. När han sedan ställdes inför rätta förnekade han anklagelserna mot honom och hävdade att han tvingats erkänna under tortyr. Kulus lämnade uppgifter kom dock att användas som bevisning mot honom och han dömdes till ett långt fängelsestraff. Vid Europadomstolen klagade Kolu att hans rätt enligt artikel 6 kränkts genom att han varken informerats om sin rätt att tala eller sin rätt till försvarare. Europadomstolen anförde att även om omständigheterna vid förhören var oklara fanns det inget som talade för att Kolu skulle gjort sina medgivanden i närvaro av en försvarare eller om han blivit upplyst om sin rätt till en sådan. Inte heller fanns det något som antydde att Kolu vid förfrågan skulle avböjt att biträdas av en försvarare. Under rättegången hade Kolu i praktiken nekats såväl möjligheten att ifrågasätta de påståenden som gjorts mot honom som åberopandet av hans erkännande som erhållits utan tillgång till försvarare och under isolering i polisens arrest. Mot bakgrund av det anförda fann domstolen enhälligt att en kränkning av artikel 6 skett.³⁴

Även om Europadomstolen vid det här laget konstaterat att det av artikel 6 följer en rätt för den brottsanklagade att biträdas av en försvarare under förundersökningen och att det är angeläget att personen ifråga får tillgång till försvararen i så tidigt skede som möjligt, har avsaknaden av en sådan varit möjlig att kompensera under förutsättning att processen i övrigt varit att betrakta som rättvis. Därefter har en ytterligare utveckling skett i praxis och två mål från 2008 som kommit att få stor betydelse för tidpunkten för försvararinträdet är *Salduz mot Turkiet*³⁵ och *Panovits mot Cypern*³⁶.

I målet *Salduz* hade 17-åriga Salduz gripits av polisen misstänkt för att ha deltagit i en olaglig demonstration till stöd för den illegala organisationen PKK och för att ha hängt en banderoll från en bro. Utan att ha fått träffa någon

³² Se t ex Brennan mot Storbritannien, meddelad 2001-10-16.

³³ *Kolu mot Turkiet*, meddelad 2005-08-02 (domen finns endast på franska).

³⁴ Målet återgivet på www.domstol.se, Nytt från Europadomstolen 8 2005.

³⁵ *Salduz mot Turkiet*, meddelad 2008-11-27.

³⁶ *Panovits mot Cypern*, meddelad 2008-12-11.

försvarare erkände Salduz under förhör sin inblandning i demonstrationen samt medgav att det var han som skrivit på banderollen. Salduz medgivande föranledde att polisen tog prov på Salduz handstil som skickades på analys.³⁷ När han sedan åtalades för brott återtog han sina lämnade uppgifter och nekade till brott och först därefter tilläts Salduz tillgång till en försvarare.³⁸ Trots att Salduz återtagit sina lämnade uppgifter och att analysen på handstilen varken kunde bevisa för eller emot att det varit Salduz som skrivit slagorden på banderollen dömdes han för brott.³⁹ Salduz klagade vid Europadomstolen att hans rätt till försvar i enlighet med artikel 6.3 c) kränkts i och med att han nekats tillgång till försvarare när han hållits i polisens förvar. Europadomstolen avgjorde målet först i vanlig kammare där man anförde att Salduz erkännande inte var det enda beviset mot honom samt att han under rättegången haft tillgång till en försvarare. Salduz rätt till en rättvis rättegång ansågs därför inte lidit skada genom bristen på försvarare under hans polisförvar.⁴⁰ När målet sedan tog upp på nytt i stor kammare kom domstolen till en motsatt bedömning. I sin bedömning konstaterade domstolen, som också anförts i tidigare avgöranden, att artikel 6 normalt kräver att den brottsanklagade får tillgång till en advokat redan i det inledande skedet av polisförhör. Man utvecklade vidare att detta dock hittills varit möjligt att inskränka under vissa särskilda förhållanden⁴¹, under förutsättning att processen som helhet varit rättvis.⁴² Därefter framhöll domstolen att rätten att biträddas av en försvarare under det inledande skedet av ett polisförhör är i linje med de erkända internationella normer för mänskliga rättigheter som är kärnan i begreppet rättvis rättegång, som särskilt syftar till skydd av den brottsanklagade mot övergrepp från myndigheterna. Man konstaterade också att det bidrar till att förebygga felaktiga domar samt ökar jämlikheten mellan de utredande myndigheterna och den anklagade.⁴³ Vidare betonade domstolen vikten av att förundersökningen genomförs korrekt eftersom det är vid denna tidpunkt som bevisinsamlingen sker samt att den brottsanklagade är i en särskilt utsatt situation. Beträffande denna utsatthet uttalade domstolen:

In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task it is, among other things, to help ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself.⁴⁴

Domstolen framhöll även att tidig tillgång till en försvarare är en del av de rättssäkerhetsgarantier som domstolen kommer ta särskild hänsyn till vid

³⁷ Salduz mot Turkiet p 12-15.

³⁸ Salduz mot Turkiet p 17.

³⁹ Salduz mot Turkiet p 23.

⁴⁰ Salduz mot Turkiet p 45-46.

⁴¹ Se t ex Murray mot Storbritannien och Magee mot Storbritannien.

⁴² Salduz mot Turkiet p 52.

⁴³ Salduz mot Turkiet p 53.

⁴⁴ Salduz mot Turkiet p 54.

prövningen "whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination". Dessutom hänvisade domstolen till att CPT upprepade gånger påtalat att tillgång till försvarare för den som frihetsberövats är ett grundläggande skydd mot kränkningar. Man menade att undantag från denna rättighet därför tydligt ska begränsas och dess tillämpning strikt tidsbegränsas.⁴⁵

Avslutningsvis konstaterade Europadomstolen att för att rätten till en rättvis rättegång ska vara "praktisk och effektiv" kräver i regel artikel 6.1 att tillgång till försvarare bör ges från och med det första polisförhör som hålls med den misstänkte ("access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police"). Endast om det i det enskilda fallet finns tvingande skäl ("compelling reasons") kan denna rätt begränsas, under förutsättning att det inte kränker den brottsanklagades rätt till en rättvis rättegång.⁴⁶ Därefter fastslog man att rätten till försvar i princip oåterkalleligen kränks när den brottsanklagade som inte fått tillgång till försvarare gjort uttalanden i förhör av belastande karaktär, vilka under huvudförhandlingen kommit att användas som bevisning för en fällande dom.⁴⁷

Mot denna bakgrund kunde Europadomstolen konstatera att trots det faktum att Salduz haft möjlighet att bemöta bevis mot honom vid rättegången hade avsaknaden av en försvarare när han var i polisens försvar oåterkalleligen påverkats hans rätt till försvar. Brott mot artikel 6.3 c) och 6.1 förelåg därför.⁴⁸

Från att Europadomstolen tidigare uttalat att rätten till försvarare inträder vid det inledande skedet av ett polisförhör tydliggjorde man alltså i *Salduz* att denne rätt inträder från och med det första polisförhöret. I två av de s k "concurring opinions" som följde med domen höll man dock inte med om detta utan ansåg att denna rätt inträder ännu tidigare. Istället menade man att artikel 6 som regel borde kräva att den brottsanklagade ges tillgång till juridisk rådgivning redan från det ögonblick han tas i polisförvar eller häktas.⁴⁹

I målet *Panovits* hade 17-åriga Panovits och dennes far kallats till polisen med anledning av en pågående utredning av ett mord och ett rån. Väl på plats informerades polisen Panovits och dennes far om brottet som begåtts och att det fanns bevis mot Panovits. Panovits som hävdade sin oskuld greps och under förhör som hölls utan att han fått tillgång till försvarare började han till slut göra vissa medgivanden.⁵⁰ Under tiden då Panovits förhördes rekommenderade man visserligen fadern att ta kontakt med en advokat, men vid denna tidpunkt hade Panovits redan erkänt brott. Trots att Panovits senare tog tillbaka sitt erkännande och hävdade att han hotats av polisen samt att han varit berusad

⁴⁵ Salduz mot Turkiet p 54.

⁴⁶ Salduz mot Turkiet p 55.

⁴⁷ Salduz mot Turkiet p 55.

⁴⁸ Salduz mot Turkiet p 62-63.

⁴⁹ Se de s k "concurring opinions" av domare Bratza och domare Zagrebelsky m fl.

⁵⁰ Panovits mot Cypern p 7-9.

vid förhörstillfället dömdes han för dråp respektive rån.⁵¹ Panovits klagade vid Europadomstolen över att han inte informerats om sin rätt att anlita en försvarare före polisförhören samt att han inte tillräckligt informerats om sin rätt att tåga.⁵² I sin bedömning poängterade Europadomstolen att rätten att tåga och rätten att inte belasta sig själv tillhör kärnan i rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6. Därefter framhöll domstolen, precis som i *Salduz*, att artikel 6 kräver att den brottsanklagade ska få tillgång till en försvarare redan i det inledande skedet av ett polisförhör. Avsaknaden av rättslig hjälp under polisförhör skulle utgöra en begränsning av den brottsanklagades rätt till försvar såvida det inte beror på sådana tvingande skäl ("compelling reasons") som gör att en inskränkning kan accepteras.⁵³ Även om Cypern inte hindrat Panovits från att anlita en försvarare fann domstolen att man inte gjort tillräckligt för att informera honom om hans rättigheter, såsom rätten att överlägga med en försvarare innan han uttalade sig till polisen ("his right to consult a lawyer before proceeding to make any statement").⁵⁴ Detta inte minst med tanke på att Panovits var underårig.⁵⁵ Frågan Europadomstolen därefter hade att ta ställning till var ifall denna brist kunde anses kompenseras senare i processen. Även om den nationella domstolen i en egen process prövat huruvida Panovits erkännande var frivilligt samt att den fällande domen mot Panovits även grundats på annan bevisning poängterade Europadomstolen att Panovits erkännande under förhör varit av avgörande betydelse för hans möjligheter att försvara sig. Europadomstolen fann därmed att bristen på juridisk hjälp i det inledande skedet av polisförhören utgjorde ett brott mot konventionen.⁵⁶

Genom *Salduz* och *Panovits* synes rättsläget ha förändrats något vad gäller tidpunkten för försvararinträdet. I *Salduz* uttryckte domstolen att rätten till försvarare tillkommer den brottsanklagade från och med det första polisförhöret, för att sedan i *Panovitz* uttrycka en rätt att överlägga med en försvarare före första det polisförhöret. Man kan också av dessa avgöranden utläsa en omfattande skyldighet för myndigheterna att innan förhör hålls informerade den brottsanklagade om dennes rättigheter enligt konventionen.

Såväl *Salduz* som *Panovitz* var vid tiden för polisförhören 17 år, varför det kan tänkas att utgången i avgörandena kan varit beroende av den omständighet att de var underåriga. Emellertid har Europadomstolen gjort liknande bedömning i efterföljande mål där den anklagade inte varit underårig. I *Pishchalnikov mot Ryssland*⁵⁷ uttalade Europadomstolen på samma sätt som i

⁵¹ Panovits mot Cypern p 11.

⁵² Panovits mot Cypern p 50.

⁵³ Panovits mot Cypern p 65-66.

⁵⁴ I samma avgörande talar domstolen även om "right to legal representation before questioning" och "see a lawyer before saying anything to the police".

⁵⁵ Panovits mot Cypern p 70-74.

⁵⁶ Panovits mot Cypern p 76-77.

⁵⁷ Pishalinikov mot Ryssland, meddelad 2009-09-24 (domen finns endast på franska).

Salduz att artikel 6 som regel kräver att den misstänkte får biträde av försvarare i och med det första polisförhören. I *Dayanan mot Turkiet*⁵⁸ gick domstolen ännu längre och uttalade att artikel 6 i regel kräver att en brottsanklagad ges tillgång till juridiskt rådgivning från det ögonblick han tas i polisförvar eller blir frihetsberövad. *Dayanan* som gripits misstänkt för att tillhöra en illegal beväpnad organisation hade visserligen utövat sin rätt att tala, men att Turkiet nekade honom rätt till juridiskt biträde med hänvisning till nationell lagstiftning utgjorde en sådan systematisk begränsning som innebar att en kränkning av artikel 6 ansågs föreligga.⁵⁹ Även *Bornik mot Ukraina*⁶⁰ uttalade Europadomstolen återigen att artikel 6 i regel kräver att tillgång till en försvarare bör ges från det första polisförhören. Man upprepade även här att rätten till försvar i princip oåterkalleligen skadas när uttalanden som gjorts under polisförhör utan tillgång till försvarare används för en fällande dom.⁶¹

Av Europadomstolens praxis kring frågan om tidpunkten för försvararinträdet kan man sammanfattningsvis dra slutsatsen att det av artikel 6 följer en rätt för den brottsanklagade att åtminstone biträdas av en försvarare från och med det första polisförhören. Som längst gick Europadomstolen i *Panovits* där man kan utläsa en rätt för den brottsanklagade att överlägga med en försvarare före första polisförhören och i *Dayanan* där man uttalade en rätt att få juridiskt biträde redan från den tidpunkt man tas i polisförvar eller blir frihetsberövad. Man kan dock ha i åtanke att domstolen inte närmare redovisat skälen för dessa slutsatser och att det finns omständigheter, så som att *Panovits* vid tillfället för förhören var underårig, som kan haft inverkan. Mot bakgrund av att Europadomstolen efter *Panovits* och *Dayanan* återgår till att tala om en rätt till försvarare från och med det första polisförhören anser jag att man inte kan dra några generella slutsatser av dessa avgöranden.

Endast i rena undantagsfall, då tvingande skäl ("compelling reasons") föreligger är det möjligt att begränsa den brottsanklagades rätt till försvarare från och med det första polisförhören. Detta under förutsättning att rättegången som helhet är att betrakta som rättvis. I praktiken torde denna möjlighet vara av ytterst liten betydelse.

2.2.1 FÖRSVARARENS NÄRVARO UNDER FÖRHÖR

Som ovan redogjorts för inträder rätten till försvarare för den som anklagas för brott åtminstone från och med det första polisförhören. I ovanstående mål har den anklagade över huvud taget inte haft någon försvarare tillgänglig när förhören hållits och än mindre närvarande under förhör. Det som domstolen tagit ställning till i samtliga mål har varit vid vilken tidpunkt försvararinträdet

⁵⁸ *Dayanan mot Turkiet*, meddelad 2010-01-13.

⁵⁹ *Dayanan mot Turkiet* p 30-33.

⁶⁰ *Bornik mot Ukraina*, meddelad 2011-04-27.

⁶¹ *Bornik mot Ukraina* p 39.

ska ske, frågan huruvida den anklagade ska tillåtas ha sin försvarare närvarande under förhör har däremot inte specifikt behandlats.

Någon uttrycklig rätt för den brottsanklagade att ha sin försvarare närvarande under själva polisförhören går därför inte att utläsa av Europadomstolens avgöranden. Emellertid indikerar domstolens uttalanden angående rätten att biträdas av en försvarare under förundersökningen på en rätt att ha försvararen närvarande även under förhör.⁶² Mot bakgrund av det stora antal mål som behandlar försvarartillgången under förundersökningen och att den anklagades klagomål handlat just om att vederbörande hörts utan att ha någon försvarare närvarande kan det tyckas märkligt att domstolen inte uttalat sig tydligare i frågan. Avsaknaden av riktlinjer härav skulle kunna tolkas som att domstolen medvetet undvikit att behandla frågan och helt enkelt överlåter till bestämmandet till de nationella systemen. Under förutsättning att den anklagade fått tillgång till försvarare i tid enligt artikel 6 och rättegången som helhet varit rättvis torde försvararens närvaro under själva förhöret vara av mindre betydelse.

2.3 POLISENS MÖJLIGHET ATT HÅLLA VITNESFÖRHÖR ISTÄLLET FÖR POLISFÖRHÖR

Som nämnts i avsnitt 2.1 är en förutsättning för att man ska ha rätt att åtnjuta de rättigheter som följer av artikel 6 att man är att anse som brottsanklagad. Artikeln skyddar således inte den som är ett vittne till ett brott. I vilken egenskap en person hörs har därför stor betydelse för vilka rättigheter vederbörande har rätt att kräva. Hur Europadomstolen ställer sig till att polisen väljer att hålla vittnesförhör istället för polisförhör med en person som kan antas vara inblandad i brott har prövats i målen *Brusco mot Frankrike*⁶³ och *Stojkovic mot Frankrike och Belgien*⁶⁴

I målet *Brusco* hade polisen i Frankrike efter en attack mot en person hållit vittnesförhör med Brusco och låtit honom avlägga vittnesed trots att han blivit utpekad som personen bakom brottet. Under vittnesförhöret erkände Brusco sin inblandning i brottet och hans uppgifter kom sedan att ligga till grund för en fällande dom. I sin bedömning anförde Europadomstolen att rätten för en brottsanklagad att inte behöva yttra sig eller anklaga sig själv är viktiga element i rätten till en rättvis rättegång. Genom att ålägga Brusco att avlägga ed, trots att han vid denna tidpunkt borde varit att betrakta som brottsanklag, iakttogs inte dessa rättigheter. Argumentet att Brusco enbart hörs som vittne ansågs därigenom som formalistiskt och ohållbart. Mot bakgrund härav och att Brusco

⁶² Se t ex *Dayanan mot Turkiet* p 32 där domstolen uttalade att ”...an accused person is entitled, as soon as he och she is taken into custody, to be assisted by a lawyer, and not only while being questioned.”

⁶³ *Brusco mot Frankrike*, meddelad 2010-10-14 (domen finns endast på franska).

⁶⁴ *Stojkovic mot Frankrike och Belgien*, meddelad 2011-10-27 (domen finns endast på franska).

dömdes på grundval av de uppgifter han lämnat under ed fann Europadomstolen att hans rätt enligt artikel 6.1 och 6.3 hade kränkts.⁶⁵

I *Stojkovic* hade Stojkovic som var misstänkt för inblandning i ett väpnat rån i Frankrike på uppdrag av de franska myndigheterna hörts som vittne i Belgien där han befunnit sig. Under förhören som hållits utan närvaro av en försvarare, trots att Stojkovic begärt biträde av en sådan, erkände han dels inblandning i det aktuella rånet, dels inblandning i två andra rån. I den efterföljande rättegången där Stojkovic dömdes för alla tre rånen användes bland annat hans uppgifter som bevisning. Europadomstolen framhöll inledningsvis att en person som är anklagad för brott enligt artikel 6 ska få tillgång till försvarare redan vid inledande polisförhör. Trots att de franska myndigheterna begärt att höra Stojkovic som vittne framgick det av framställningen att han var misstänkt för inblandning i rånet och därför var att betrakta som anklagad för brott. Europadomstolen konstaterade att det ålegat de franska myndigheterna att se till att förhören genomfördes i enlighet med garantierna i artikel 6. Eftersom Stojkovic inte informerats om sin rätt att tga eller åtnjuta det bistånd av en försvarare som han hade rätt till förelåg brott mot konventionen.⁶⁶

Av såväl *Brusco* som *Stojkovic* framgår tydligt att så fort det finns omständigheter som talar för misstanke om brott ska personen ifråga höras i egenskap av brottsanklagad och inte som vittne. Medlemsstaterna måste därför särskilt iaktta att anklagelse för brott är ett autonomt begrepp. Det är således inte möjligt att tänja på den nationella definitionen av personens roll i brottet i syfte att kunna höra personen som vittne och därigenom frånta dennes rättigheter enligt artikel 6. Så snart någon i konventionens mening är att anse som anklagad för brott är det alltså ett brott mot konventionen att inte tillförsäkra vederbörande de rättigheter som följer av artikel 6.

2.4 DEN BROTTSSANKLAGADES MÖJLIGHET ATT AVSTÅ FRÅN SIN RÄTT TILL FÖRSVARARE

Även om den brottsanklagade själv inte vill ha någon försvarare kan det ändå vara nödvändigt att en sådan förordnas för att vederbörandes rätt till en rättvis rättegång ska anses uppfylld. I målet *Padolov mot Bulgarien*⁶⁷ hade Padolov, som var misstänkt för ett väpnat rån, förklarat att han inte önskat någon försvarare. Utan biträde av en försvarare, varken under förundersökningen eller rättegången, dömdes han sedan till ett långt fängelsestraff. Europadomstolen konstaterade att med hänsyn till det allvarliga brott Padolov var misstänkt för, det stränga straff han riskerade att dömas till och de svåra rättsliga frågor som fanns i målet borde en försvarare förordnats för honom.⁶⁸

⁶⁵ Målet återgivet av Danelius i SvJT 2011, s 217.

⁶⁶ Målet återgivet av Danelius i SvJT 2012, s 156.

⁶⁷ *Padalov mot Bulgarien*, meddelad 2006-08-10 (domen finns endast på franska).

⁶⁸ Målet återgivet av Danelius i SvJT 2006, s 951.

Europadomstolen har dock vid flera tillfällen uttalat att varken ordalydelsen eller andemeningen i artikel 6 hindrar en brottsanklagad från att frivilligt, antingen uttryckligen eller underförstått, avstå från de rättigheter som följer av artikeln.⁶⁹ Det finns därför en möjlighet för den brottsanklagade att avstå från biträde av försvarare utan att avsaknaden av en sådan står i strid med artikel 6.3 c).

Under vilka förhållanden en brottsanklagad kan sägas ha avstått sina rättigheter enligt konventionen att biträdas av en försvarare har prövats av Europadomstolen i ett antal fall. För att rätten till försvarare ska ha en praktisk betydelse har Europadomstolen uttalat att ett avstående måste framställas på ett otvetydigt sätt och omgärdas av vissa minimigarantier.⁷⁰ Avståendet måste givetvis ske frivilligt och av Europadomstolens praxis framgår vikten av att det rör sig om ett genomtänkt beslut. I flertalet fall har Europadomstolen poängterat att innan en brottsanklagad kan sägas ha avstått en så viktig rättighet i artikel 6 måste det visas att vederbörande rimligen kunnat förutse konsekvenserna av sitt handlande.⁷¹ I målet *Salduz* hade Salduz som hördes utan tillgång till försvarare undertecknat ett dokument där hans rättigheter framgick. Europadomstolen fann att detta inte var tillräckligt för att betraktas som ett avstående.⁷² Såväl Salduz som Panovits var som tidigare nämnts underåriga, varför det är möjligt att domstolen ställde extra höga krav på ett avståendes utformning i dessa fall. I *Panovits* anförde Europadomstolen att beträffande underåriga kan ett avstående endast accepteras om det uttrycks på ett otvetydigt sätt efter att myndigheterna vidtagit alla rimliga åtgärder för att säkerställa att vederbörande är fullt medveten om sin rätt till försvar och så långt som möjligt förstår konsekvenserna av sitt agerande. Eftersom varken Panovits eller hans far informerats på ett godtagbart sätt och därmed inte kände till rätten att överlägga med en försvarare innan polisförhøret konstaterade domstolen att Panovits sannolikt inte heller kunde förutse konsekvenserna av att fortsätta förhöras utan att företrädas av en försvarare. Panovits eller dennes far kunde därför inte anses ha avstått från rätten till juridiskt biträde.⁷³

Frågan om avstående prövades även i *Pishchalnikov mot Ryssland* där den brottsanklagade Pishchalnikov ursprungligen begärt att få tala med en försvarare, men efter första polisförhøret ändrat sig. Europadomstolen uttalade att det faktum att en brottsanklagad, som önskat en försvarare, börjar svara på polisens frågor i sig inte kan innebära ett giltigt avstående. Europadomstolen anförde vidare att en brottsanklagad som begärt att träffa en försvarare inte ska höras mer före dess att personen fått träffa sin försvarare. Man konstaterade på samma sätt som i *Panovits* att för att den anklagade ska anses avstått från en

⁶⁹ Se t ex *Salduz mot Turkiet* p 59 och *Kwiatkowska mot Italien*.

⁷⁰ Se t ex *Kolu mot Turkiet*.

⁷¹ Se t ex *Talat Tunc mot Turkiet*.

⁷² *Salduz mot Turkiet* p 59.

⁷³ *Panovits mot Cypern* p 68, 70-71, 73.

rättighet enligt artikel 6 måste det gå att visa att denne kunnat förutse vilka konsekvenser avståendet kan få. Med tanke på bristen av juridiskt biträde ansåg domstolen att det kunde ifrågasättas om Pishchalnikov kunde förutse konsekvenserna av sitt agerande. Den omständighet att Pishchalnikov accepterade att höras utan tillgång till försvarare ansågs därför inte som ett giltigt avstående.⁷⁴

Ett mål där domstolen däremot ansåg att den brottsanklagade gjort ett giltigt avstående är *Yoldas mot Turkiet*⁷⁵. Yoldas som var misstänkt för att tillhöra en illegal organisation hade innan förhör informerats om sina rättigheter och undertecknat ett dokument där hans rätt att få en försvarare förordnad framgick och att denne kunde närvara under förhör. Yoldas uppgav att han förstått sina rättigheter men nekade hjälp av en försvarare. Efter att ha tillämpat de kriterier från ovan nämnda avgöranden konstaterade Europadomstolen att Yoldas avstående varit frivilligt, entydigt och omgärdat av en minimigaranti. Yoldas ansågs därför inte berövats sin rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6.1 och 6.3 c).⁷⁶

I *Bortnik mot Ukraina* var den brottsanklagades hälsotillstånd av betydelse för Europadomstolens bedömning. I målet hade Bortnik först uppgett att han "would defend his rights himself". Bortnik som erkänt brott i förhör återtog sedan sitt erkännande och begärde biträde av försvarare till rättegången. Mot bakgrund av att Bortnik hade ett fysiskt handikapp, var alkoholiserad och tillhörde en socialt missgynnad grupp kunde detta enligt Europadomstolen innebära att han var särskilt utsatt och mottagligt för påverkan utifrån. Med hänsyn till detta fann Europadomstolen att Bortniks avstående i inledningsskedet inte var att betrakta som giltigt. Att Bortnik inte haft tillgång till försvarare från och med det första polisförhöret utgjorde enligt Europadomstolen en kränkning av artikel 6.3 c).⁷⁷

Utifrån ovanstående avgöranden är det ingen tvekan om att artikel 6 i sig inte hindrar den person som artikeln avser att skydda från att avstå från sina rättigheter. Som huvudregel är det således möjligt att avstå från sin rätt att biträdas av en försvarare under förundersökningen utan att avsaknaden av försvarare innebär ett konventionsbrott. Undantag från detta görs dock för sådana särskilt komplicerade fall där rättvisans intresse kräver att den brottsanklagade biträds av en advokat.⁷⁸ Av Europadomstolens praxis kan man dock utläsa att det ställs höga krav på ett avstående för att det ska betraktas som giltigt. Förutom att avståendet måste vara entydigt och ske frivilligt måste den brottsanklagade kunnat förutse konsekvenserna av sitt handlande. För att det ska vara möjligt att förutse konsekvenserna av ett avstående måste man

⁷⁴ Pishchalnikov mot Ryssland, p 78-80.

⁷⁵ Yoldas mot Turkiet, meddelad 2010-02-23 (domen finns endast på franska).

⁷⁶ Målet återgivet på www.legalaidreform.org, European Court of Human Rights

⁷⁷ Bortnik mot Ukraina, p 42-44.

⁷⁸ Se t ex Padalov mot Bulgarien.

alltså vara väl informerad om vad man avstår från. I *Yoldas* räckte det visserligen med tydlig information till den brottsanklagade om dennes rättigheter enligt artikel 6 men framförallt när det gäller anklagade som är underåriga tycks det vara mycket svårt att göra ett giltigt avstående. I praktiken kan därför möjligheten till avstående sägas ha liten betydelse. Först sedan den brottsanklagade fått sammanträda med en försvarare borde det vara möjligt för vederbörande att ta ett genomtänkt och medvetet beslut.

2.5 HANTERING AV FÖRHÖRSUTSAGOR UR BEVISHÄNSEENDE

2.5.1 INTRODUKTION

Inledningsvis ska framhållas att Europakonventionen inte uttryckligen innehåller några bevisregler som medlemsstaterna måste rätta sig efter. Tillåtligheten av bevis är i regel en fråga som Europadomstolen överlämnar åt medlemsstaternas nationella lagstiftning. Hur bevisvärderingen ska gå till är helt enkelt upp till de nationella domstolarna. Europadomstolens uppgift är, som tidigare nämnts, att pröva om klaganden genom förfarandet betraktat som en helhet fått en rättvis rättegång.⁷⁹

I nästan samtliga av avgörandena under avsnitt 2.1 har den anklagades rätt till försvar ansetts kränkt genom att vederbörande dömts på grundval av uppgifter som lämnats under förhör utan någon tillgång till försvarare. Även om man genom Europadomstolens uttalanden i dessa avgöranden kunnat konstatera att konventionsbrott förelegat redan på den grunden att försvararinträdet inte skett i tid har domstolen i ett par fall uttalat sig särskilt beträffande bevisning som erhållits i strid med artikel 6.

2.5.2 HUR FÖRHÖRSUTSAGOR SKA HANTERAS UR ETT BEVISHÄNSEENDE FÖR ATT INTE STRIDA MOT RÄTTEN TILL EN RÄTTVIS RÄTTEGÅNG

Ett mål där Europadomstolen specifikt haft att ta ställning hur uppgifter från förhørsutsagor ska hanteras utan att artikel 6 kränks är *Saunders mot Storbritannien*⁸⁰. I målet hade polisen förhört Saunders i egenskap av ställföreträdare för ett av flera stora bolag som var föremål för en utredning rörande manipulerade aktiekurser. Enligt nationell lagstiftning var Saunders skyldig att bidra till utredningen och besvara de frågor som ställdes. Vid den senare rättegången kom de uppgifter som han lämnat under utredningen att användas som bevis mot honom och han fälldes för brott. Saunders klagade vid Europadomstolen att han inte fått en rättvis rättegång eftersom åklagaren som bevisning mot honom åberopat uppgifter han lämnat under tvång.

⁷⁹ Se t ex *Schenk mot Schweiz* p 46.

⁸⁰ *Saunders mot Storbritannien*, meddelad 1996-12-17.

Europadomstolen kunde konstatera att Saunders varit tvungen att bidra till att han fälldes för brott och anförde att återopande av bevis som erhållits i strid med rätten att inte yttra sig stred mot rätten till en rättvis rättegång.⁸¹

Det mål som troligtvis är av störst betydelse på området är *Salduz*. I målet konstaterade Europadomstolen vid sitt första avgörande i vanlig kammare att *Salduz* erkännande inte varit det enda beviset mot honom varför man ansåg att han fått en rättvis rättegång. När målet sedan tog upp i stor kammare fastslog domstolen att erkännanden som tillkommit i strid med rätten till försvar inte får användas till stöd för en fällande dom genom att anföras:

The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.⁸²

Denna slutsats har sedan kommit att upprepas i ett flertal avgöranden efter *Salduz*.⁸³

Att det även finns ytterligare bevisning i målet som talar för den brottsanklagades skuld verkar inte ha någon betydelse. I målet *Panovits* grundades den fällande domen inte bara på *Panovits* erkännande utan även annan bevisning. Europadomstolen ansåg emellertid att detta inte kunde anses tillräckligt kompensera faktumet att *Panovits* inte informerats om sina rättigheter då erkännandet likväl var avgöranden för möjligheterna att försvara sig mot anklagelserna samt användes som ett viktigt bevis mot honom, även om det inte var det enda.⁸⁴

Enligt ovanstående kan man konstatera att det är problematiskt att som bevisning återropa uppgifter från förhör med en anklagade som vid tidpunkten för förhöret inte fått sin rätt till försvar tillgodosedd. Vi kan också konstatera att det efter Europadomstolens uttalanden i *Salduz* alltid innebär en kränkning av konventionen att använda uppgifter som den brottsanklagade lämnat i förhör utan tillgång till försvarare som grund till en fällande dom. Frågan är dock vad detta i praktiken innebär för medlemsstaternas bevishantering. Att uppgifterna "inte får användas" lämnar nämligen en hel del utrymme för tolkning och Europadomstolen har dessvärre inte utvecklat sitt resonemang närmare. Det finns medlemsländer (ge ex) som tolkat Europadomstolens uttalande på så sätt att uttalanden som gjorts utan att den anklagade haft tillgång till försvarare helt ska avvisas från processen. En sådan tolkning, dvs att det är fråga om ett bevisförbud som innebär att uppgifterna helt enkelt inte får återropas som bevisning, är möjlig att göra men framgår alltså inte uttryckligen av Europadomstolens praxis. Det skulle likväl kunna vara fråga om en

⁸¹ Saunders mot Storbritannien p 14-18, 59-60, 72-76

⁸² *Salduz* mot Turkiet p 55.

⁸³ Se t ex *Panovits* mot Cypern p 86, *Bortnik* mot Ukraina p 39 och *Aleksandr Saichenko* mot Ryssland p 37.

⁸⁴ *Panovits* mot Cypern p 76, 84-86.

inskränkning i domstolens bevisvärdering, vilken innebär att domstolen helt enkelt inte får ta hänsyn till de åberopade uppgifterna vid sin bevisvärdering.

2.6 SAMMANFATTNING

Av min studie av Europadomstolens avgörande kan man tydligt se att en utvecklig skett beträffande den anklagades rättigheter i straffprocessen. Från att Europadomstolen i *Imbrioscia* menade att rätten till försvarare visserligen inträder under förundersökningen, men att en brist i detta avseende kan läkas av att processen i övrigt är att anse som rättvis, övergick man till rätten till försvarare inträder redan i det initiala skedet av polisförhört i t ex *Murray*, *Magee* och *Averill*. Vid denna tidpunkt var det fortfarande möjligt, om goda skäl fanns, att inskränka den anklagades rätt att biträdas av försvarare under förutsättning att rättegången som helhet var rättvis. Därefter övergick domstolen i *Salduz* till uppfattningen att artikel 6 i regel kräver att den anklagade ges tillgång till försvarare från och med det första polisförhört. I de s k "concurring opinions" som följde med domen ansåg flera av domarna att artikel 6 borde innefatta en rätt till försvarare redan i samband med gripandet. Som längst gick Europadomstolen i *Panovits* där man uttalande en rätt för den anklagade att överlägga med en försvarare redan före det första polisförhört.

En inskränkning av den anklagades rätt till försvarare är enligt Europadomstolen endast möjlig om s k "compelling reasons" föreligger, under förutsättning att rättegången som helhet är rättvis. Mot bakgrund av att en vägran att ge den anklagade tillgång till försvarare inte tycks vara möjlig att läka senare under processen torde denna möjlighet till inskränkning främst vara teoretisk.

I flertalet avgörande påtalar Europadomstolen just vikten av att artikel 6 ska vara "praktisk och effektiv". Att rättigheterna i artikeln inte endast är av formell natur tydliggörs av de höga krav domstolen ställer upp för att ett avstående av försvarare ska vara giltigt. Först om avståendet sker frivilligt, är entydigt och det kan visas att den anklagade kunnat förutse konsekvenserna av sitt handlande är det att betrakta som giltigt. I praktiken har myndigheterna en mycket omfattande upplysningsplikt för att invändningen att den anklagade avstått sina rättigheter ska hålla.

Den utveckling som skett i Europadomstolens praxis på senare år har i sin tur fått stor betydelse för hur de uppgifter som en brottsanklagad lämnat i förhör, utan att vederbörande haft tillgång till försvarare enligt ovan, ska betraktas ur ett bevishänseende. Som konstaterats av Europadomstolen i *Salduz* och sedan flertalet efterföljande avgöranden får ett erkännande som den anklagade lämnat i förhör, utan att ha åtnjutit den rätt till försvar som artikel 6 stadgar, inte användas som grund för en fällande dom. Även om vi inte säkert vet vad Europadomstolen åsyftar med att uppgifterna "inte får användas" kan man konstatera att det borde föranleda att de nationella domstolarna iakttar en

mycket stor försiktighet. Även om man inte kan dra slutsatsen att sådana uppgifter måste avvisas så får domstolen över huvud taget inte lägga någon vikt vid dem vid sin bevisvärdering. Det räcker således inte att det finns annan bevisning som tillsammans med den brottsanklagades lämnade uppgifter enligt domstolen skulle vara tillräckligt för en fällande dom. Den andra bevisningen måste ensam vara tillräcklig för en fällande dom.

3. INHEMSK RÄTT

3.1 INLEDANDE ANMÄRKNINGAR

Under kapitel 2 har vi kunnat se hur Europadomstolen ställer sig till tidpunkten för försvararinträdet och hur uppgifter som den anklagade lämnat under polisförhör utan att få sin rätt till försvarare tillgodosedd bör hanteras ur ett bevishänseende. Under kapitel 3 kommer jag redogöra för regleringen i rättegångsbalken och undersöka vad våra svenska regler och principer stadgar på området.

För svenskt vidkommande följer reglerna om förordnande av offentlig försvarare av 21 kap 3 a § RB. Istället för att som i Europakonventionen tala om den som är anklagad för brott riktar sig den svenska regleringen till "den misstänkte". Trots formuleringen anges i motiven till rättegångsbalken att rätten att anlita försvarare tillkommer den misstänkte först när vederbörande är att betrakta som skäligen misstänkt.⁸⁵ Rätten till försvarare är dock inte direkt kopplad till misstankegraden som sådan, utan snarare till delgivningen av misstanken, vilket i praktiken betyder att en person kan vara skäligen misstänkt under en lång tid utan att förordnas en offentlig försvarare. Det sagda ska utvecklas närmare i nästa avsnitt.

3.2 NÄR INTRÄDER RÄTTEN TILL FÖRSVARARE?

Av 12 § FUK följer en rätt för den som är att betrakta som skäligen misstänkt för brott att i samband med delgivningen av misstanken underrättas om sin rätt att få en offentlig försvarare förordnad. Denna underrättelseskyldighet infaller alltså inte vid tidpunkten då misstankegraden uppstår utan först när vederbörande ska höras i egenskap av skäligen misstänkt enligt 23 kap 18 § 1 st RB. Att så sker är ett resultat av en avvägning som gjorts mellan den misstänktes intresse av information och intresset av en effektiv spaningsverksamhet.⁸⁶ Det kan därför förflyta en tid från den tidpunkt då misstankegraden når upp till skäligen misstanke till dess att ett sådant förhör hålls där den misstänkte underrättas om misstanken och sin rätt att biträdas av försvarare. Under denna tid är det möjligt för polisen hålla förhör med den som "bara" är misstänkt, eller i varje fall inte officiellt skäligen misstänkt, utan att vederbörande får tillgång till försvarare eller informeras om sina möjligheter att få en sådan förordnad. För det fall det är fråga om ett gripande eller anhållande enligt 24 kap 9 § RB förutsätts dock att misstankens styrka nått upp till nivån "skäligen", varför den gripne eller anhållne enligt 12 § FUK alltid ska underrättas om sin rätt att få en offentlig försvarare förordnad.⁸⁷ Den formella

⁸⁵ SOU 1926:32 s 49.

⁸⁶ Fitger Särtryck ur Rättegångsbalken s 23:63 och SOU 1938:44 s 293 f.

⁸⁷ SOU 2003:74 s 225.

underrättelseskyldigheten om rätten att anlita försvarare inträder alltså först i samband med delgivningen av misstanken eller vid frihetsberövandet.

Själva förordnandet av en offentlig försvarare sker enligt 21 kap 4 § RB på beslut av rätten som ska ta upp frågan till prövning så snart begäran skett eller då rätten på eget initiativ anser att behov av försvarare finns. Den misstänkte kan när som helst framställa en sådan begäran, vilken förundersökningsledaren enligt 23 kap 5 § RB är skyldig att anmäla till rätten. Detta gäller enligt JO även om polis eller åklagare finner att den misstänkte saknar behov av offentlig försvarare.⁸⁸ Den som ännu inte är skäligen misstänkt har således alltid möjlighet att begära en försvarare, men i praktiken kommer en sådan alltså inte att förordnas.⁸⁹ Förundersökningsledaren får givetvis inte påverka den misstänkte beträffande behovet av försvarare genom upplysning om att det kan dröja innan en sådan inställer sig eller på annat sätt förmå den misstänkte att inte begära biträde.⁹⁰ Att den misstänkte accepterar att höras utan att först få en försvarare förordnad fritar inte förundersökningsledaren från att göra en självständig och objektiv bedömning om ett försvararbehov finns.⁹¹ Det följer även av 21 kap 3 a § 2 st RB som stadgar att försvarare under vissa angivna förhållanden ska förordnas även om den misstänkte inte begärt en sådan. Det är följaktligen inte enbart upp till den misstänkte att göra denna bedömning.

Beträffande tidpunkten för försvararinträdet har processkommissionen uttalat att det för ett riktigt utförande av den tilltalades talan ofta är av vikt att så sker på ett tidigt stadium.⁹² Vidare menar man att så snart en förundersökning blivit riktad mot en viss person såsom misstänkt för brottet, bör vederbörande få tillgång till försvarare.⁹³ Någon exakt tidpunkt när försvararinträdet ska ske uttalas dock inte och följer inte heller av rättegångsbalkens regler. I kommentaren till rättegångsbalken uttrycks att "försvararbehovet är inte mindre starkt vid det första förhøret som hålls med en misstänkt person utan snarare tvärtom"⁹⁴, vilket återigen betonar vikten av ett tidigt försvararinträde men också antyder att så inte alltid är fallet.

Trots att gängse uppfattningen tycks vara att den misstänkte bör ha biträde av en försvarare på ett tidigt skede under förundersökningen finns inga klara bestämmelser att förhålla sig till, istället verkar det vara de specifika omständigheterna i det enskilda fallet som avgör när begäran om försvarare framställs och när en sådan förordnas.

⁸⁸ JO 2002/03 s 76.

⁸⁹ Se RH 1981:172 och NJA 2001 s 344.

⁹⁰ Se t ex JO 2008/09 s 92 och JO 2011/12 s 77.

⁹¹ Se t ex JO 2008/09s 92, JO-beslut 2007-12-03, dnr 1548-2006 och JO-beslut 2010-04-09, dnr 3741-2008.

⁹² SOU 1926:32 s 49.

⁹³ SOU 1926:32 s 69.

⁹⁴ Fitger, Särtryck ur Rättegångsbalken s 23:34 a.

3.2.1 FÖRSVARARENS NÄRVARO VID FÖRHÖR

Att en offentlig försvarare förordnats innebär inte i sig någon absolut rätt för den misstänkte att ha försvararen närvarande vid förhör. Processkommisionen menade att även om den misstänkte så snart förundersökningen inletts ska få tillgång till en försvarare innebär inte detta att försvararen ska få närvara vid varje förhör, detta är istället en fråga för förundersökningsledaren att ta ställning till.⁹⁵ Av rättegångsbalkens 23 kap 10 § 4 st följer vidare att vid förhör som hålls med den misstänkte på polisens initiativ har försvararen rätt att närvara om det kan ske utan men för utredningen. Huruvida försvararens närvaro är till men för utredning ska enligt JO:s uttalanden i frågan bedömas efter omständigheterna i det särskilda fallet. Enligt JO torde lagstiftarens intention med bestämmelsen varit att hindra att sådana förhållanden som den misstänkte och dennes försvarare med hänsyn till undersökningens fortsatta bedrivande ännu inte borde ha kännedom om skulle röjas. Sådan risk kan föreligga vid förhör med vittnen och målsäganden, men vid förhör med den misstänkte kan försvararen enligt JO knappast avvisas på denna grund. Möjligheterna att vägra försvararen att närvara vid förhör med den misstänkte är därför ytterst begränsade.⁹⁶ Liknande resonemang har också framförts i doktrin, där exempelvis Ekelöf framhållit att rätten för försvararen att närvara vid förhör i praktiken är att anse som ovillkorlig.⁹⁷

Beträffande den misstänktes behov av att ha en försvarare närvarande under förhör har JO i ett beslut anfört att: "När en misstänkt redan inför ett första förhör bedöms vara i behov av en försvarare torde det normalt även föreligga ett behov av att en sådan närvarar vid detta förhör". JO fortsatte sitt resonemang med om det dessutom kan förutses att det som framkommer vid förhör kan komma att åberopas som bevis under en senare rättegång "är det av särskild vikt – även från allmän synpunkt – att de avges under rättssäkra former".⁹⁸ Med rättssäkra former åsyftas att en försvarare närvarar.

Även om en försvarare med största sannolikhet inte skulle nekas närvaro under förhör kan flera förhör hållas med den misstänkte, helt i enlighet med rättegångsbalkens bestämmelser, utan att någon försvarare är närvarande eller att sådan över huvud taget ens förordnats. Detta blir inte minst tydligt av det faktum att en förhørsledare inte har någon skyldighet att skjuta på ett förhör i en sådan situation där den förordnade försvararen inte är på plats vid tiden för förhörets början. En misstänkt kan i och med sin rätt att inte yttra sig givetvis vägra att besvara förhørsledarens frågor i väntan på försvararen, men det finns alltså inget som hindrar att förhöret hålls ändå.

⁹⁵ SOU 1926:32 s 69.

⁹⁶ JO 1956 s 117.

⁹⁷ Ekelöf, Rättegång V s 133.

⁹⁸ JO-beslut 2011-10-28, dnr 4608-2010.

3.3 POLISENS MÖJLIGHET ATT HÅLLA VITNESFÖRHÖR ISTÄLLET FÖR POLISFÖRHÖR

Enligt bestämmelsen i 23 kap 6 § RB är det en allmän skyldighet att underkasta sig förhör, såväl som misstänkt som annan. Att man även som misstänkt är skyldig att låta sig förhöras under förundersökningens bottnar i att man under förarbetena till rättegångsbalken ansåg att man inte kan underlåta att använda den källa till upplysning som ligger i den misstänktes utsaga.⁹⁹

Den som ska höras har rätt att få reda på anledningen till förhöret och det är inte tillräckligt med en allmän upplysning om att det är fråga om ett brott.¹⁰⁰ Däremot finns ingen bestämmelse som anger att den som hörs ska upplysas om i vilken egenskap vederbörande hörs.¹⁰¹ Endast när förundersökningen kommit så långt att någon skäligen kan misstänkas för brottet ska, som nämnts under avsnitt 3.1.1, sådan upplysning ske. När den misstänkte hörs i egenskap av skäligen misstänkt övergår utredningen från ett spaningsstadium till ett utredningsstadium, vilket medger den misstänkte vissa partsrättigheter och även utökar möjligheterna att använda tvångsmedel mot den misstänkte.¹⁰² Om det däremot föreligger en misstanke mot en person som ännu inte nått skäligen nivå är vederbörande enligt förarbetena att betrakta som vem som helst.¹⁰³ Den misstänkte kan då höras enligt de allmänna reglerna som gäller kring förhör, förhöret sker sk upplysningsvis.

Enligt rättegångsbalkens bestämmelser är det alltså misstankegraden som avgör hur den misstänkte kan höras. Relativt svaga misstankar mot en person skulle alltså kunna göra det möjligt för polisen att under en längre tid höra personen upplysningsvis och därigenom utnyttja förhållandet att någon formell misstanke inte föreligger. Möjligheten att höra en misstänkt upplysningsvis innebär dels att personen ifråga kan behöva leva i ovisshet om sin roll fram till dess att förundersökningsledaren anser att skäligen misstanke föreligger; dels att man beskär vederbörandes rätt att under denna tid få en offentlig försvarare förordnad.¹⁰⁴

Frågan om var gränsen går för att det ska vara acceptabelt att höra någon upplysningsvis var föremål för domstolens prövning i NJA 2001 s 344. I målet hade JE, som arbetade som behandlingsassistent på ett barnhem, kallats till polisen för att höras upplysningsvis efter att det gjorts en anmälan mot honom för misshandel av en femårig elev på hemmet. Beslutet om att förordna JE en offentlig försvarare överklagades av domstolsverket mot bakgrund av att JE inte

⁹⁹ SOU 1926:32 s 67.

¹⁰⁰ Fitger, Särtryck ur Rättegångsbalken s 23:34 d och JO 1982/83 s 56.

¹⁰¹ JO har dock menat att det är lämpligt att förhørsledaren i samband med att han eller hon informerar förhörspersonen om anledningen till förhöret också upplyser vederbörande om att det i utredningsmaterialet finns uppgifter som är besvärande men att nivån skäligen misstanke inte har uppnåtts, se JO 2000/01 s 106.

¹⁰² Bring, Diesen, Wahren, Förhör s 46

¹⁰³ SOU 1926:32 s 67.

¹⁰⁴ Bring, Diesen, Förundersökning s 71

formligen var misstänkt för brott och att det förhållande att han skulle höras upplysningsvis inte grundade rätt till offentlig försvarare. I sin bedömning framhöll Högsta domstolen att det är först då en person är skäligen misstänkt för brott och underrättas om denna misstanke som offentlig försvarare får förordnas. Domstolen fortsatte sitt resonemang med att konstatera att eftersom JE inte blivit delgiven misstanke för brott ska han därigenom inte heller ha rätt till offentlig försvarare. Därefter ifrågasatte man om denna ordning står i överrensstämmelse med Europakonventionens artikel 6.3 c), vilket föranledde en prövning av om JE var att betrakta som anklagad för brott i Europakonventionens mening. Högsta domstolen anförde att: "Den omständigheten att JE kallats till polisen för att höras upplysningsvis i anledning av att det gjorts en anmälan mot honom för misshandel kan inte i sig anses innebära att han i Europakonventionens mening blivit anklagad för brott." Eftersom det inte heller i övrigt framkommit uppgifter som innebär att han skulle vara att anse som brottsanklag ansåg domstolen honom därmed inte heller tillförsäkrad de rättigheter som följer av artikel 6. JE:s begäran om offentlig försvarare avslogs därför.

Även om det enligt rättegångsbalkens bestämmelser är tillåtet att höra en person som kan misstänkas vara inblandad i viss brottslighet upplysningsvis har kritik framförts från flera håll mot ett sådant förfarande. Dels kan förhållandet att ett vittne inför rätta har skyldighet att tala medan en åtalad har rätt att tala lämna utrymme för att bestämmelserna kan utnyttjas på ett otillbörligt sätt.¹⁰⁵ Även Europarådets Anti-tortyrkommitté (CPT) har kritiserat den svenska ordningen och menat att alla som är skyldiga att stanna kvar hos polisen – och inte enbart den som blivit delgiven skäligen misstanke – ska ha rätt att anlita juridiskt biträde.¹⁰⁶ CPT:s kritik föranledde att det sedan år 2008 finns en möjlighet i 23 kap 10 § 3 st RB för den som hörs, oavsett misstankegrad, att ha ett sk förhørsbiträde närvarande under förhöret. Däremot ansåg man inte att det fanns skäl att ändra förutsättningarna för att förordna offentlig försvarare, utan menade att det även i fortsättningen ska krävas att personen i fråga är skäligen misstänkt för brott för att ett sådant förfarande ska komma ifråga.¹⁰⁷

Vidare har JO har i flertalet fall uttalat sig om riskerna att den misstänktes rättssäkerhetsintressen kränks om denne hörs upplysningsvis. Ett sådant förfarande anses enligt JO medföra en inte obetydlig risk att den hörde lämnar oförmånliga uppgifter som sedan kan användas mot honom, utan att han fått tillfälle att välja om han vill ha en försvarare. Även om förhöret skulle avbrytas när den misstänkte lämnat sådana uppgifter är skadan redan skedd.¹⁰⁸ I ett

¹⁰⁵ Bring, Diesen, Förundersökning, s 71

¹⁰⁶ SOU 2003:75 s 224.

¹⁰⁷ SOU 2003:74 s 225.

¹⁰⁸ JO 2008/09 s 102, JO-beslut 2010-11-19, dnr 5950-2009, JO 2000/01 s 100 f.

beslut anförde JO att utmärkande för en objektivt genomförd förundersökning är bland annat att:

...[u]ppgifter om det inträffade i största möjliga utsträckning inhämtas från andra källor än en utpekad gärningsman, innan förundersökningsledare tar ställning till exempelvis i vilka former ett förhör med denne skall genomföras. Det får rent allmänt anses vara mindre lämpligt att upplysningsvis höra den som pekats ut som gärningsman innan förhör har hållits med de övriga personer som skulle kunna lämna upplysningar i saken.¹⁰⁹

Att vänta med att hålla förhör till dess att förundersökningen kommit längre skulle visserligen råda bot på att den misstänkte inte fått tillgång till försvarare i tid, men ett sådant förfarande kunna komma på kant med en annan konventionsrättighet, nämligen rätten att förbereda sitt försvar enligt artikel 6.3 b).

Även Anne Ramberg har uttalat sig i frågan och menar att det förhållandet att en person som tas in till förhör för att höras upplysningsvis inte har rätt till offentlig försvarare starkt kan ifrågasättas ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Hon anför vidare att närvaro av en försvarare under alla former av utredningsåtgärder är en grundläggande rättssäkerhetsgaranti, inte minst i ljuset av den internationella regleringen såsom Europakonventionen artikel 6.¹¹⁰

Trots den kritik som framförts är det alltså i enlighet med rättegångsbalkens regler fullt möjligt att hålla vittnesförhör med den som det riktats viss misstanke mot, men som ännu inte är att anse som skäligen misstänkt.

3.4 DEN MISSTÄNKTES MÖJLIGHET ATT AVSTÅ FRÅN SIN RÄTT TILL FÖRSVARARE

En vanlig invändning mot att den misstänkte inte haft tillgång till försvarare i samband med de inledande polisförhören tycks vidare vara att den misstänkte inte begärt en försvarare eller accepterat att höras utan närvaro av en sådan.¹¹¹

Eftersom det inte av rättegångsbalkens bestämmelser följer någon absolut rätt för en misstänkt att biträdas av en försvarare, uppställs heller inga krav på hur ett avstående ska vara utformat för att betraktas som giltigt. Däremot har JO vid flertalet tillfällen uttalat sig i frågan, inte minst mot bakgrund av Europadomstolens praxis på området. Enligt JO måste ett avstående från rättigheten att biträdas av en försvarare vara "frivilligt och otvetydigt". Vidare måste informationen som ska lämnas till den misstänkte i försvararfrågan,

¹⁰⁹ JO-beslut 1999-11-01, dnr 2198-1998.

¹¹⁰ Ramberg, Rättssäkerhet i brottmål – vad är rättssäkerhet?

¹¹¹ Se t ex <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=1316&artikel=4823030>.

lämnas på ett sådant sätt att den inte riskerar att uppfattas som en påtryckning att vederbörande ska avstå från sin rätt till försvarare.¹¹²

Beträffande unga lagöverträdare som avstår från sin rätt att biträdas av försvarare ställs det enligt JO:s uttalandens särskilt höga krav för att ett avstående ska vara att anse som giltigt. Även om en underårig misstänkt uppger att förhör kan genomföras utan närvaro av försvarare åligger det enligt JO förundersökningsledaren att på objektiva grunder bedöma om så är fallet. Man uttalar vidare att ett giltigt avstående måste ske under rättssäkra och väldokumenterade former. I detta avseende hänvisar JO till Riksåklagaren riktlinjer för handläggning av ungdomsärenden¹¹³, där vikten av att förundersökningsledaren förvissar sig om att den misstänkte förstått innebörden 12 § FUK framhålls.¹¹⁴ Vidare har JO beaktat rätten till försvarare enligt Europakonventionen och konstaterat utifrån Europadomstolens praxis i fallet *Panovits* att ett avstående från den som är underårig bara kan godtas om myndigheterna vidtagit alla rimliga åtgärder för att säkerställa att den unge är fullt medveten om sina rättigheter och så långt som möjligt kan bedöma konsekvenserna av sitt handlande.¹¹⁵

Frågan om det avstående från att biträdas av en försvarare som en underårig misstänkt gjort var giltigt var föremål för Hovrätten för Västra Sveriges prövning i mål nr B 1132-10. I målet hade AV, som var skäligen misstänkt för våldtäkt mot barn, avstått från att ha försvarare närvarande under polisens första förhör med honom och därmed hörts utan tillgång av någon sådan. I sina domskäl hänvisade hovrätten till JO:s uttalande om att förundersökningsledaren på objektiva grunder ska bedöma om en misstänkt som är underårig har behov av en offentlig försvarare och detta även om den misstänkte eller dennes vårdnadshavare uppger att så inte är fallet. Man anförde vidare att JO betonat att det så långt som möjligt bör eftersträvas att en försvarare förordnas redan vid det inledande förhöret med den misstänkte.¹¹⁶ I förevarande fall hade förhørsledaren godtagit AV:s uppgift om att förhöret kunde genomföras utan att någon försvarare var närvarande. Hovrätten hänvisade vidare till Europadomstolens praxis i sina domskäl och konstaterade att för att någon ska anses ha av sagt sig en så viktig rättighet som att biträdas av en advokat krävs enligt Europadomstolen att avståendet är entydigt. Man anförde vidare, med hänvisning till *Panovits*, att ett avstående endast kan accepteras om myndigheterna gjort vad som rimligen kunnat krävas av dem för att säkerställa att den underåriga är fullt medveten om sin rätt att försvara sig och så långt som möjligt förstår konsekvenserna av sitt agerande. Mot bakgrund av detta ifrågasatte hovrätten om det varit tillräckligt att förhørsledaren endast

¹¹² JO-beslut 2011-02-08, dnr 5221-2009.

¹¹³ RåR 2006:3, s 23.

¹¹⁴ JO-beslut 2011-10-28 dnr 4608-2010.

¹¹⁵ JO-beslut 2011-10-28, dnr 4608-2010.

¹¹⁶ Se JO 2008/09 s 92.

upplyst AV om hans rätt till försvarare. För att den misstänkte ska förstå konsekvenserna av sitt agerande kan det dessutom, enligt hovrätten, vara nödvändigt att förhørsledaren informerar den misstänkte om att uppgifter som denne väljer att lämna i förhör kan komma att användas för att få den misstänkte fälld för brott. Vidare framhöll hovrätten att:

Särskilt unga personer som förhörs av polisen som misstänkta för brott, kan känna sig tvingade att besvara polisens frågor och därför inte förstår hur de ska göra för att få möjlighet att rådgöra med en advokat innan de bestämmer om de vill lämna uppgifter till polisen eller inte.

Man hänvisar här återigen till *Panovits* där Europadomstolen fastslagit att myndigheterna vid en förundersökning mot en brottsanklagad underårig person särskilt måste försäkra sig om att den underårige förstår sin rätt att inte uttala sig. Med hänsyn till det anförda konstaterade hovrätten slutligen att det kunde ifrågasättas om polisförhöret genomförts på ett sätt som var förenligt med Europakonventionens krav på en rättvis rättegång. AV fälldes dock av hovrätten på grundval av den övriga bevisning som fanns i målet.

Utifrån hovrättens domskäl att döma tycks man, vid bedömningen om AV:s avstående varit tillräckligt för att inte förordna en offentlig försvarare, fästa stor vikt vid hans ålder. Det är därför möjligt att domstolen kommit till en annan slutsats i en situation där den misstänkte inte varit underårig. Över huvud taget verkar det vara just när det gäller underåriga som man uttalat sig i frågan om kravet kring ett giltigt avstående. Med tanke på det stora antal¹¹⁷ polisförhör som faktiskt hålls i Sverige utan att den misstänkte fått tillgång till försvarare tycks det i praktiken inte ställas särskilt höga krav för att ett avstående från försvarare ska accepteras.

3.5 HANTERING AV FÖRHÖRSUTSAGOR UR BEVISHÄNSEENDE

3.5.1 INLEDANDE BESTÄMMELSER

I enlighet med den s k omedelbarhetsprincipen som följer av 30 kap 2 § RB ska dom "grundas på vad som förekommit vid huvudförhandlingen". En konsekvens av omedelbarhetsprincipen är att förhandlingen enligt 46 kap 5 § RB ska vara muntlig, vilket innebär att vittnen och parter som huvudregel ska höras muntligen istället för att skriftliga utsagor ges in eller läses upp. Rätten får följaktligen endast grunda sin dom på sådant processmaterial som lagts fram vid huvudförhandlingen och de slutsatser som rätten kan dra därav, och inte på uppgifter från förundersökningsprotokollet.¹¹⁸

¹¹⁷ Se statistik i Annkatrin Meyerson, Rätten till försvarare vid polisförhör, Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet, Juridiska institutionen, 2008.

¹¹⁸ Ekelöf, Rättegång IV s 28.

I Sverige råder fri bevisföring vilket uttrycks i 35 kap 1 § RB genom att "rätten ska efter en samvetsgrann prövning av allt, som förekommit i målet, avgöra vad i målet bevisat." Detta innebär att såväl fri bevisföring som fri bevisvärdering råder. Det finns i stort sett därför ingen begränsning över vilka bevismedel som är tillåtna att åberopa under huvudförhandlingen och domstolen är vid sin värdering av dessa inte bundna av några legala regler. Vad domstolen däremot har att beakta är strävan efter att ingen ska dömas oriktigt, vilket är en grundval i brottmålsprocessen.¹¹⁹ Det formella beviskrav som domstolarna ska upprätthålla brukar uttryckas så att det ska vara "ställt utom rimligt tvivel" att den misstänkte begått brottet.¹²⁰ I praxis har detta beviskrav också formulerats så att det ska vara praktiskt taget uteslutet att den som misstänkts för brottet är oskyldig. Uppnås inte detta beviskrav ska åtalet ogillas. Det är således inte tillräckligt för en fällande dom att den av åklagaren åberopade bevisning med stor sannolikhet talar för att den tilltalade gjort sig skyldig till brottet, utan bevisningen måste ha sådan styrka att den utesluter andra händelseförlopp. Eventuella brister i utredningen och medföljande osäkerhet av dessa brister ska gå ut över åklagaren och kan då medföra att åtalet inte kan anses styrkt.¹²¹

3.5.2 MÖJLIGHETEN ATT ÅBEROPA DEN MISSTÄNKTES FÖRHÖRSUTSAGA SOM BEVISNING

Huvudregeln är, i enlighet med omedelbarhets- och muntlighetsprincipen som nämnts under avsnitt 3.3.1, att den misstänkte ska höras under huvudförhandlingen. Detta i sig kan sägas begränsa möjligheten att åberopa uppgifter från förhørsutsagor som bevisning. Någon sådan inskränkning i den fria bevisföringen föreligger dock inte utan i 36 kap 16 § 2 st och 37 kap 3 § 1 st RB finns en undantagsbestämmelse av vilken följer att den misstänktes utsaga från polisförhör, under vissa angivna förhållanden, kan få läsas upp inför rätten och åberopas som bevis. Sådant förhållande föreligger om den misstänktes utsaga från förhöret under huvudförhandlingen avviker från vad denne tidigare uppgett eller om den misstänkte under huvudförhandlingen väljer att inte yttra sig.

Orsaken till att det är tillåtet att referera till förhørsutsagor är att rätten – med den materiellt riktiga domen i sikte – vid sin bevisvärdering anses betjänt av denna uppgift. Att avskära rätten från den information som finns i förhørsutsagan anses innebära att rätten har ett sämre underlag att genomföra sin bevisvärdering på. Om den misstänkte under huvudförhandlingen lämnar en avvikande berättelse får rätten genom åberopade bevisuppgifter möjlighet att ta ställning till två utsagor från samma person. Och för det fall den misstänkte

¹¹⁹ Schelin, Bevisvärdering av utsagor i brottmål s 47.

¹²⁰ NJA 1980 s 725.

¹²¹ Lavén, Hur domstolar dömer i brottmål s 77.

förhåller sig passiv, kan brist på svar fyllas ut med de uppgifter som vederbörande lämnat under polisförhör. På så sätt skapas en utsaga som utgör processmaterial.¹²²

Uppgifter som den misstänkte lämnat i polisförhör utan att vederbörande upplysts om sina rättigheter eller fått tillgång till försvarare får enligt denna ordning således alltid lov att åberopas som bevisning, under förutsättning att den misstänktes berättelse inför rätten avviker från uppgifterna. En sådan ordning möjliggörs just av att vi har ett system med fri bevisprövning. I förarbetena till rättegångsbalken förhåller man sig mycket negativt inställd till tillämpande av bevisförbud utan menar att den allmänna uppfattningen är att principen om fri bevisprövning garanterar de bästa materiella resultaten.¹²³ Det finns följaktligen inte någon möjlighet enligt rättegångsbalken att avvisa bevisning på grund av hur det erhållits utan sådana förhållanden som i ett system grundat på legala bevisregler skulle medföra att bevisning var otillåten, blir i svensk rätt istället en fråga för domstolens bevisvärdering.¹²⁴

3.5.3 ÅBEROPANDE AV FÖRHÖRSUTSAGOR

Att åberopande av förhørsutsagor i förhållande till att endast förhör under huvudförhandlingen tillåts har både för- och nackdelar. Ett positivt argument som framförts är att en förhørsutsaga, på grund av dess färskhet i förhållande till brottet, kan anses mer tillförlitlig. Man befarar en risk för att det som framförs under huvudförhandlingen, många gånger lång tid efter polisförhöret, kan vara en uttunnad, tillrättalagd och efterkonstruerad minnesbild. Den utsaga som lämnats under polisförhör anses därför allmänt sett mindre bearbetad och mer direkt.¹²⁵ För att argumentet att en förhørsutsaga är mer tillförlitlig ska vara hållbart krävs naturligtvis att utsagan utgör en korrekt och fullständig uppteckning av de uppgifter som förhörspersonen har lämnat.

Det har också framförts en rad kritiska argument mot åberopandet av förhørsutsagor. Ur reformen "En modernare rättegång" anføres följande.

I likhet med utredningen anser regeringen att möjligheterna att vid ett förhör i domstol hänvisa till uppgifter som har lämnats under förundersökningen inte bör utökas. Ett mer frekvent och omfattande utnyttjande av förundersökningsmaterialet i domstolsprocessen skulle enligt regeringens mening vara betänkligt från rättssäkerhetssynpunkt. Förhör som hålls inför åklagare eller polismyndighet uppfyller generellt sett inte samma krav på rättsäkerhet som de förhör som hålls i en domstol. Förhören tillkommer i princip helt utan offentlighet och situationen vid förhören är delvis okänd för rätten. Dessa nackdelar gör sig i allt väsentligt gällande även om det infördes ett generellt krav på att den misstänktes försvarare närvarar vid förhöret, något som föreslagits av fakultetsnämnden. Att i någon mer väsentlig omfattning tillåta hänvisningar till förundersökningsmaterialet skulle även medföra en risk för att

¹²² Diesen, Bevisprövning i brottmål s 107.

¹²³ Prop 1988/89:124 s 31.

¹²⁴ Nordh, Bevisrätt C, s 38.

¹²⁵ Diesen, Bevisprövning i brottmål s 98.

tyngdpunkten i rättskipningen förskjuts från domstolarna till de brottsutredande instanserna, vilket inte är önskvärt.¹²⁶

Det faktum att polisförhör inte är omgärdade av samma rättssäkerhetsgarantier som de förhör som sker i domstol innebär vidare att ett större utrymme för missuppfattningar uppstår mellan förhørsledaren och den misstänkte. Sådana missuppfattningars kan sedan komma att hamna i förhørsprotokollet. Dessutom har det i doktrin framförts en del risker med själva protokollförandet. Protokollet, som sedan blir den förhørsutsaga som läses upp inför rätten, riskerar nämligen att bli styrt av nedtecknarens "förväntningar" och kan därigenom bli utformat efter dennes egen övertygelse. I en situation där förhørsledaren är tveksam till brottets förekomst skulle denne med största sannolikhet vända sig till åklagaren, som i sin tur kan välja att lägga ned åtalet. Är utredaren däremot övertygad om brottets förekomst finns istället en risk att den del som behandlar den tilltalades inställning präglas av just denna tes. Den misstänktes utsaga kan därför, helt omedvetet, utformas så att skuldtesen bekräftas. Detta gäller inte minst i fall där den misstänkte erkänner. Ytterligare problem med protokollutförandet är att formen på utsagan bestäms av utredaren och förhöret blir en förkortad, redigerad och förenklad version där förhørsledarens frågor inte alltid tydligt framgår. Om den misstänkte vid förhörstillfället själv fått skriva ned sin version av det inträffade hade denna med största sannolikhet sett annorlunda ut. Protokollet är dessutom skrivet för en publik inom rättsapparaten och användandet av begrepp som såsom "den misstänkte" och "gärningsmannen" kan ha en förstärkande effekt på den tes efter vilken polisen arbetat. Härigenom kan sägas att den tilltalades roll därför redan är honom given. Ännu en aspekt att ta hänsyn till beträffande åberopande av förhørsutsagor är att den misstänktes fysiska uppenbarelse inte kan utläsas av protokollet, varför dennes fysiska och psykiska tillstånd vid tiden för förhöret blir okänt för rätten.¹²⁷

3.5.4 NÅGOT OM DOMSTOLENS BEVISVÄRDERING

Bedömningen av huruvida ett åtal är att anse som ställt bortom rimligt tvivel vilar inte på någon vetenskaplig exakthet utan grundprincipen är, som nämnts under avsnitt 3.3.1, att bevisvärderingen är fri.¹²⁸

Även om rätten vid sin värdering inte är bundna av några legala regler finns det emellertid gränser för hur värderingen ska gå till. I motiven anges att bevisvärderingen ska vara objektivt grundad och stödjas på skäl som kan godtas av andra förståndiga personer.¹²⁹ Domaren kan således inte värdera

¹²⁶ Prop 2004/05:131 s 164.

¹²⁷ Diesen, Bevisprövning i brottmål s 98-102 och Schelin, Bevisvärdering av utsagor i brottmål s 423.

¹²⁸ SOU 1938:44 s 377 och NJA II 1943 s 444.

¹²⁹ SOU 1938:44 s 378.

bevisningen godtyckligt och helt fritt utifrån sin egna subjektiva uppfattning och låta egna åsikter och fördomar avgöra. Givetvis får värderingen inte heller ske utifrån vad domaren känner intuitivt angående den tilltalades skuld eller oskuld. Vid bevisvärderingen har rätten vidare att uppskatta de enskilda bevisens bevisvärde, rättens avgöranden får alltså inte grundas på ett intuitivt helhetsintryck av processmaterialet.¹³⁰ Det åligger sedan domaren att i domskälen klarlägga de olika grunder på vilka han stöder sin övertygelse.¹³¹

Av särskild relevans för den här framställningen är hur rättens bevisvärdering går till när det finns ett erkännande med i bilden. Historiskt sett har ett erkännande betraktats som bevisens drottning och oavsett under vilka förhållanden erkännandet tillkommit har de ansetts så högt att det ensamt utgjort full bevisning.¹³² Även om ett erkännande än idag anses ha en stark bevisrättslig ställning stadgar 35 kap 3 § 2 st RB att ett erkännandes verkan som bevis får prövas av rätten med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Ett erkännande kan därför i brottmål aldrig vara bindande för rätten, utan får endast betydelse som bevisfaktum i målet. I strävan efter den materiellt riktiga domen har domstolen ett eget ansvar att pröva riktigheten i parternas beskrivningar av faktiska förhållanden, något som även gäller när parternas uppgifter är samstämmiga. I praktiken kan ett erkännande sägas tillmätas ett bevisvärde i skuldfrågan, vars storlek står i omvänt förhållande till brottets allvar. Ju allvarigare brottslighet desto mer annan bevisning än den tilltalades erkännande och berättelse krävs för en fällande dom.¹³³ Inte bara brottets grovhet utan även erkännandets sannolika verklighetsförankring är av betydelse för hur ingående domstolens prövning ska vara. Först om ett erkännande är klart och understöds av faktiska uppgifter torde mindre krav ställas på prövningen av erkännandets värde.¹³⁴ Även i mål där den tilltalade erkänner gärningen ska bevisningen alltså vara så övertygande att det framstår som praktiskt taget uteslutet att någon annan begått brottet.

Beträffande erkännanden som lämnats av den misstänkte under förundersökningen har Ekelöf anfört att ett sådant visserligen har ett betydande bevisvärde, men att det kan finnas risk för att erkännandet är oriktigt. Enligt Ekelöf finns det flera orsaker till att den misstänkte lämnar ett oriktigt erkännande. Dels kan det ske i syfte att skydda den verkliga gärningsmannen, bero på rena missförstånd eller på att den misstänkte lider av en psykisk sjukdom. Vidare innebär förhörssituationer, inte minst vid frihetsberövande, en pressad situation för den misstänkte vilket kan medföra att uppgifter lämnas som inte är sanna. Förhållanden såsom drogberoende eller klaustrofobi kan leda till att den misstänkte erkänner för att undgå ett plågsamt

¹³⁰ NJA II 1943 s 445 samt Gregow i SvJT 1996 s 511 och Borgström i Ny Juridik 2:98 s 110.

¹³¹ SOU 1938:44 s 378.

¹³² Nordh, Bevisrätt C s 50.

¹³³ Nordh, Bevisrätt C s 52

¹³⁴ Schelin, Bevisvärdering av utsagor i brottmål s 111.

frihetsberövande. Det kan dessutom vara så att den misstänkte är mer lättpåverkad är normalt, kanske som följd av minnesproblematik, dåligt självförtroende eller långvarig isolering under häktetiden. Är det fråga om ett lindrigare brott kan det också vara så att ett oriktigt erkännande lämnas i syfte att helt enkelt få slut på processen.¹³⁵ Risken för att ett oriktigt erkännande lämnas under förundersökningen innebär enligt Ekelöf att det är viktigt att dess riktighet kontrolleras, både under förundersökningen och under huvudförhandlingen. Det ska dessutom poängteras att ett erkännande under förundersökningen endast utgör ett bevisfaktum, vilket senare kan återtas av den misstänkte. I ett fall där den misstänkte erkänt under förhör och sedan återtar sina lämnade uppgifter blir även återtagandet att betrakta som ett bevisfaktum. Rätten har då att bedöma vilket bevisvärde det återtagna erkännandet har.¹³⁶

3.5.5 BEVISVÄRDERING AV FÖRHÖRSUTSAGOR DÄR DEN MISSTÄNKTE INTE HAFT TILLGÅNG TILL FÖRSVARARE

Som tidigare konstaterats är det alltså fullt möjligt för åklagaren att under huvudförhandlingen åberopa sådana uppgifter som den misstänkte lämnat i förhör utan att vederbörande haft tillgång till försvarare. Vilken betydelse dessa uppgifter sedan får för utgången i målet är således helt upp till domstolen att bedöma vid dess värdering.

Även om domstolen inte har några legala regler att förhålla sig till innebär inte det faktum att uppgifter från förundersökningen får åberopas som bevisning per automatik att sådana uppgifter också kan läggas till grund för en fällande dom.¹³⁷ Vid åberopande av förhørsutsagor är det inte bara innehållet i förhørsutsagan som rätten har att värdera, utan även avvikelser i sig blir intressant. Om åberopandet av en förhørsutsaga beror på att den misstänkte under huvudförhandlingen inte vill besvara några frågor, är det vanligen av betydelse för bevisvärderingen att försöka ta reda på varför han inte vill det.¹³⁸ Om den misstänktes utsaga istället avviker mellan polisförhör och förhör inför rätta, står rätten inför att välja vilken utsaga sin ska utgöra bevisning i målet. Om den valda utsagan bedöms ha något bevisvärde kommer den andra vanligen utgöra ett negativt hjälpfaktum för den valda, genom att berättelsen ändrats eller tagits tillbaka är den i regel inte att anse som lika mycket värd som om den hade varit konstant.¹³⁹ Grunden för ett sådant synsätt är det s k konstanskriteriet, vilket innebär att det på empiriska grunder anses att en utsaga som ändras har lägre värde än en utsaga som oförändrad under

¹³⁵ Ekelöf, Rättegång IV s 75-76.

¹³⁶ Ekelöf, Rättegång IV s 75-76.

¹³⁷ Schelin, Bevisvärdering av utsagor i brottmål s 91.

¹³⁸ Diesen, Bevisprövning i brottmål s 109.

¹³⁹ Diesen, Bevisprövning i brottmål s 107.

processens gång. Det har stor betydelse för värderingen när, hur, hur mycket och varför berättelsen ändras. Om det finns godtagbara förklaringar till avvikelserna kanske bevisvärdet inte alls påverkas negativt, men som utgångspunkt anses åtminstone faktaändringar vara ett tecken på bristande tillförlitlighet.¹⁴⁰ Något som alltså slår tillbaka mot den misstänkte.

De felkällor som följer med förhørsutsagor, vilka närmare framgår under avsnitt 3.3.3, såsom brist på offentlighet och att rådande förhållanden vid förhören är okända för rätten, leder enligt Diesen till att förhørsutsagor bör läsas mycket kritiskt. Han framhåller att det ska krävas mycket stor försiktighet för att vid bevisvärderingen tolka den tilltalades egna uppgifter mot honom själv.¹⁴¹

Även om det är vanligt förekommande att förhørsutsagor åberopas på detta sätt är det svårt att utläsa av domskälen hur svenska domstolar i praktiken värderar den här typen av uppgifter. Inte sällan är domskälen för kortfattade och allmänt hållna för att några slutsatser ska gå att dra. I rättsfallet NJA 2001 s 344, vilket referats till under avsnitt 3.2, konstaterade hovrätten kort och gott att om uppgifter från förhör som skett upplysningsvis åberopas mot personen ifråga "kan domstolen i sin bevisvärdering ta hänsyn till att uppgiften lämnats vid ett sådant förhör." Man utvecklar dock inte på vilket sätt eller i vilken utsträckning sådan hänsyn ska tas. Att man dessutom använder ordet "kan" och inte "ska" skulle kunna tolkas som att man inte anser att hänsyn till förhållande vid förhöret nödvändigtvis måste tas.

Hovrätten för Västra Sverige har vidare i två fall uppmärksammat Europadomstolens praxis på området och tagit ställning till frågan hur bevisuppgifter, som inhämtats utan att den misstänkte fått sin rätt till försvarare tillgodosedd, ska hanteras för att förfarandet inte ska strida mot rätten till en rättvis rättegång. I båda fallen har det varit fråga om misstänka som varit underåriga. I det ena fallet B 1132-10, vilket redogjorts för under avsnitt 3.3, hade AV som var misstänkt för våldtäkt mot barn gjort vissa medgivanden i förhör utan närvaro av försvarare eller föregående kontakt med en sådan. Vid ett senare förhör tog AV tillbaka sina lämnade uppgifter och förklarade att han känt sig pressad av förhørsledaren, att han var rädd och bara ville komma därifrån. Trots detta hade tingsrätten lagt AV:S tillbakatagna uppgifter till grund för en fällande dom. I tingsrättens domskäl anförde man att förhørsledaren vittnat om att AV med egna ord berättat det som antecknats i förhöret och att denna varit sammanhängande och detaljerad på ett sådant sätt att det var uteslutet att den var påhittad, varför dessa uppgifter skulle läggas till grund för bedömningen i målet. Tingsrättens slutsats föranledde att hovrätten i sin dom hade att ta ställning till om AV fått en rättvis rättegång i Europakonventionens mening. I sin bedömning kom hovrätten, som tidigare

¹⁴⁰ Schelin, Bevisvärdering av utsagor i brottmål s 166 och 188.

¹⁴¹ Diesen, Bevisprövning i brottmål s 102.

nämnts, inledningsvis fram till att det kunde ha funnits anledning att förordna en försvarare vid förhörstillfället och att det därför kunde ifrågasättas om polisförhöret genomförts på ett sätt som var förenligt med Europadomstolens krav på en rättvis rättegång. Man konstaterade dock vidare att eftersom man i hovrätten inte använt uppgifterna från det ifrågavarande förhöret till stöd för sin fällande dom, kunde domen i sig inte innebära en kränkning av den misstänktes rätt till en rättvis rättegång. AV fälldes således även i hovrätten, men utan att man "använt" sig av AV:s återtagna erkännande. Istället dömdes han på grundval av de uppgifter som målsäganden lämnat. Tilläggas kan att målsäganden själv uppgett att hon varit "så berusad att hon inte minns helt klart vad som hände" och bara har "otydliga minnesbilder över kvällen i stort och bara fragmentiska minnesbilder av de sexuella handlingar hon utsattes för".

Även i nästa fall, B 2111-10¹⁴², ifrågasatte hovrätten om förhören med de tilltalade genomförts på ett sätt som var förenligt med Europakonventionens artikel 6. Genom att hänvisa till målet *Panovits* konstaterade hovrätten att det

...[k]an innebära en kränkning av rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6.1 i Europakonventionen att använda uppgifter som den misstänkte lämnat i polisförhör för en fällande dom, om hans eller hennes rättigheter enligt konventionen inte iakttagits vid förhöret.

Därefter anförde hovrätten att det inte framgått att förhørsledaren försäkrat sig om att respektive tilltalad förstått att de haft rätt att inte uttala sig, varför det kunde "övervägas om förhören med dem genomförts på ett sätt som är förenligt med artikel 6 i Europakonventionen." Med denna slutsats konstaterade hovrätten att uppgifterna skulle ha ett lägre bevisvärde än vad tingsrätten kommit fram till. Detta föranledde en annorlunda bedömning av uppgifterna som lämnats av en utav de misstänkta, JR. I polisförhör som hållits då JR varit frihetsberövad och inte haft tillgång till någon försvarare hade JR erkänt brott. Han återtog senare sina lämnade uppgifter med förklaringen att han blivit pressad och att han därför erkänt så mycket han kunde för att bli frisläppt. Med hänsyn till förhållanden vid förhöret fann hovrätten bevisvärdet av de lämnade uppgifterna lågt och därmed ej tillräckliga för en fällande dom, varför åtalet mot honom i en av åtalspunkterna ogillades.

Av de tre ovanstående avgörandena kan man konstatera att domstolen uppmärksammat det problematiska med att förhörsuppgifterna tillkommit under förhållanden där den misstänkte inte haft tillgång till försvarare. Hur sedan domstolen anser att man ska ta hänsyn till förhållandena vid bevisupptagningen är svårare att utläsa. I NJA 2001 s 244 konstaterade man som sagt bara att hänsyn "kan" tas. I B 1132-10 valde man att inte använda uppgifterna som den misstänkte lämnat som stöd för sin fällande dom för att sedan i B 2111-10 ge uppgifterna "ett lägre bevisvärde". Den enda slutsats som

¹⁴² Hovrätten Västra Sverige, 2010-10-01.

egentligen går att dra av dessa avgöranden är att uppfattningen synes vara att det faktum att den misstänkte under förundersökningen inte fått sin rätt till en rättvis rättegång iakttagen kan kompenseras av att rätten tar någon form av hänsyn till detta vid sin bevisvärdering. Ett sådant förfarande, där det faktum att bevisningen tillkommit på ett icke konventionsenligt sätt blir en fråga för rätten att beakta, är helt förenligt med rättegångsbalken och dess grundprinciper om fri bevisföring och fri bevisvärdering. Av Europadomstolens praxis att döma är det dock inte förenligt med rätten till en rättvis rättegång.

3.6 SAMMANFATTNING

Beträffande den svenska rätten kan konstateras att rättegångsbalken innehåller förhållandevis få bestämmelser både vad gäller den misstänktes tillgång till försvarare under förundersökningen och hur sådana uppgifter som den misstänkte lämnat utan närvaro av en försvarare ska hanteras under rättegången. Det stadgas inte någon tidpunkt när i processen den misstänkte ska ha rätt till en offentlig försvarare och även om det framgår av motiven till lagen att det är av vikt att så sker på ett tidigt stadium tycks det i praktiken många gånger vara först i samband med häktesförhandlingen som den misstänkte för första gången får tillgång till en försvarare. Vid denna tidpunkt har inte sällan flera polisförhör redan hållits med den misstänkte. Att reglerna kring försvararinträdet inte är mer tydliga medför in sin tur att kraven på den misstänktes avstående från att biträdas av en försvarare inte ställs särskilt högt. Visserligen har JO gjort en del uttalanden beträffande kraven på ett avstående, framförallt vad gäller misstänkta som är underåriga, men i praktiken tycks det många gånger vara tillräckligt att den misstänkte helt enkelt inte begär en försvarare eller accepterar att höras utan närvaro av en sådan för att detta ska godtas.

Eftersom det inte enligt rättegångsbalkens bestämmelser följer någon ovillkorlig rätt för den misstänkte att få tillgång till försvarare från och med det första polisförhöret följer heller ingen upplysningsplikt för myndigheterna i detta avseende. I samband med att den misstänkte hörs i egenskap av skäligen misstänkt följer dock en skyldighet att informera vederbörande om dennes rätt att få en offentlig försvarare förordnad och att personen ifråga inte behöver yttra sig.¹⁴³ Innan skäligen misstanke uppstår och delgivning sker föreligger dock ingen sådan skyldighet. Polisens informationsskyldighet innefattar inte heller någon skyldighet att upplysa den misstänkte att allt som sägs i förhör kan komma att åberopas som bevisning.

Att polisförhör kan hållas utan att någon försvarare förordnats eller är närvarande kan sedan få konsekvenser för den misstänkte under en senare rättegång. Enligt våra grundprinciper om fri bevisföring och fri bevisprövning

¹⁴³ 12 § FUK.

tillåts att uppgifter från den misstänktes förhørsutsaga åberopas som bevisning under huvudförhandlingen och det överlämnas sedan helt åt domstolen att bedöma vilket bevisvärde uppgifterna har. Även om det av praxis går att utröna att viss hänsyn tas till att uppgifter lämnats underkonventionsstridiga förhållanden kan man ifrågasätta vilken betydelse i praktiken detta får för den misstänkte. För det fall den misstänkte när han hörs inför rätten avviker från utsagan från polisförhören får detta med största sannolikhet konsekvenser vad gäller den misstänktes trovärdighet.¹⁴⁴ Även om domstolen skulle säga sig bortse eller ge uppgifterna från polisförhören ett lägre bevisvärde är frågan om det verkligen är möjligt att bortse från att den misstänkte tidigare under processen kanske erkänt brott. För det fall domstolen inte tillmäter ett erkännande som lämnats under förhör något positivt bevisvärde för den misstänktes skuld, finns fortfarande en möjlighet att bevisvärdet hos ett senare lämnat bestridande påverkas negativt genom att den misstänktes trovärdighet, på grund av att vederbörande inte varit konsekvent, anses lägre. Ett erkännande kan på så vis "användas" på två sätt och inget av dem borde vara tillåtet enligt Europadomstolens praxis.

¹⁴⁴ Se mer om detta under avsnitt 3.5.5.

4. SLUTSATS

4.1 INLEDANDE ANMÄRKNINGAR

Enligt Europadomstolens praxis får uppgifter som den misstänkte lämnat under förundersökningen utan tillgång till försvarare inte användas som stöd för en fällande dom. För att konventionsbrott ska föreligga i detta avseende förutsätts således att den misstänktes rätt till försvar under förundersökningen inte iakttagits. Med andra ord, så länge den misstänktes rättigheter enligt konventionen tillvaratas under förundersökningen, uppstår följaktligen inget problem om sådana uppgifter som vederbörande lämnat används som bevisning under den efterföljande rättegången.

Utifrån ovanstående studie kan konstateras att vårt svenska förfarande för det första inte riktigt är förenligt med de krav som Europadomstolen ställer upp beträffande tidpunkt för försvararinträde, myndigheternas informationsskyldighet eller den misstänktes möjlighet att avstå från de rättigheter som följer av artikel 6. När det sedan kommer till hur uppgifter som den misstänkte lämnat under förhör utan att vederbörande haft tillgång till försvarare ska hanteras ur bevishänseende framgår det visserligen inte fullt ut vad Europadomstolen menar med att uppgifterna "inte får användas". Oavsett om det ska tolkas som ett förbud att åberopa uppgifterna eller ett förbud för domstolen att ta hänsyn till dem innebär det en utmaning för den svenska bevisrätten så som den ser ut idag. I och med principen om fri bevisföring överlämnas det helt åt rätten att, efter att sådana uppgifter har kommit till dess kännedom, inte använda sig av dem för att en kränkning av konventionen inte ska ske. Att inte använda sig av uppgifterna torde dock vara lättare sagt än gjort. Även om det inte är tillåtet för domaren att värdera bevisning utifrån sin egna subjektiva uppfattning kan man fråga sig om det verkligen är möjligt för en domare att helt bortse från att den misstänkte under förundersökningen erkänt brott. Och efter att rätten kanske fått kännedom om den misstänktes detaljerade beskrivning av hur ett brott begåtts, är det då möjligt att inte få en intuitiv känsla kring den misstänktes skuld som kan komma att stärka den övriga bevisningen? Det finns också en risk att den misstänkte framstår som mindre tillförlitlig om denne erkänt i förhör och sedan ändrar sin version. Även om uppgifterna kanske inte de facto används som grund för en fällande dom kan det faktum att de kommit till rättens kännedom leda till att rätten, omedvetet, värderar övrig bevisning annorlunda. Kanske bedöms målsäganden och vittnens uppgifter som mer tillförlitliga än vad de annars hade gjort. I hovrättens domskäl i B 1132-10 där rätten uppger att man inte har använt sig av de åberopade uppgifterna kunde vi se hur den tilltalade, som i tingsrätten blivit dömd på grundval av de uppgifter han lämnat i förhör, istället dömdes på grundval av målsägandens uppgifter. Endast i de fall där det helt saknas övrig bevisning torde en sådan ordning kunna garantera att den misstänktes rätt till

en rättvis rättegång inte kränks. I målet B 2110-10 där uppgifterna från förhørsutsagan gavs lägre bevisvärde resulterade detta i att hovrätten friade en av de tilltalade på en av åtalspunkterna eftersom det saknades övrig bevisning.

Så fort det finns annan bevisning i målet än de uppgifter som den misstänkte lämnat under polisförhör ställer den ordning vi har idag mycket höga krav på att domstolen i sina domskäl är utförligt förklarar hur bevisvärderingen gått till och vilka överväganden man gjort, för att garantera att den misstänkte inte döms på grundval av sina lämnade uppgifter. Något som tyvärr inte alltid sker idag.

4.2 FÖRSLAG PÅ HUR SVERIGE SKA KUNNA LEVA UPP TILL DEN STANDARD SOM EUROPAKONVENTIONEN KRÄVER

Så som vår svenska lagstiftning är utformad idag och utifrån den knapphändiga praxis som finns på området anser jag att vi inte kan garantera den misstänkte en rättvis rättegång enligt de krav som Europadomstolen på senare år ställt upp. För att lyckas med detta är det troligtvis nödvändigt att anpassa rättegångsbalkens regler så att dessa överensstämmer bättre med de rättigheter som följer av Europakonventionens artikel 6.

Eftersom den misstänktes konventionsrättigheter i dagsläget riskerar att kränkas under såväl förundersökningen, i form av att vederbörande förhörs utan tillgång till försvarare, som under rättegången, då uppgifter som den misstänkte lämnat under förhöret får åberopas mot densamme, förespråkar jag en tvåstegslösning.

I första hand anser jag att det är nödvändigt att se över förfarandet under förundersökningen. Genom att så långt som möjligt undvika att brister sker vid tiden för bevisinsamlingen man säkra att den misstänktes rätt till en rättvis rättegång inte, såsom Europadomstolen uttrycker det, oåterkalleligen kränks under den efterföljande rättegången. För att komma rätta med bristerna på förundersökningen bör enligt min mening följande ses över:

Införande av en Mirandavarning

Att den som är skäligen misstänkt i samband med delgivningen av misstankegraden numera enligt 12 § FUK även informeras om sin rätt att inte yttra sig är visserligen ett steg i rätt riktning. Emellertid anser jag att denna information dessutom, likt "The Miranda-Warning", borde innehålla en upplysning om att de uppgifter den misstänkte lämnar i förhör kan komma att användas som bevisning mot vederbörande under en senare rättegång. Det kan vidare ifrågasättas om informationen borde ges inte bara till den som delges skäligen misstanke utan även till den som hörs utan att misstankegraden uppnått skäligen nivå. En invändning om att "många som hörs har varit med förr och vet precis hur det går till" håller inte. Samma rättigheter bör ges till alla som

riskerar att misstänkas för brott, oavsett om vederbörande varit med förr och är införstådd med vår svenska reglering eller inte. Mot att information ska ges till alla som ska höras av polisen har regeringen tidigare anfört:

Enligt vår bedömning skulle det komma att medföra klart negativa verkningar för effektiviteten i det brottsbekämpande arbetet och i värsta fall även för tilltron till polisen och de andra myndigheterna utan att det samtidigt uppstod några klara fördelar från rättssäkerhetssynpunkt. Det framstår för oss som fullt tillräckligt att den formella informationsskyldigheten gäller just personer som har underrättats om att de är skäligen misstänkta för brott.¹⁴⁵

Så länge vi har en ordning där vi tillåter att uppgifter lämnats i förhör utan att den misstänkte haft tillgång till försvarare anser jag att det i detta avseende är direkt felaktigt att tala i termer om effektiviteten i det brottskämpande arbetet. Sådana personer som hörs under förundersökningen men ännu inte blivit delgivna skäligen misstänke riskerar att falla mellan stolarna i ett system där de inte ges samma information.

Tidigare försvararinträde

För att leva upp till Europadomstolens praxis beträffande tidpunkten för försvararinträdet bör reglerna om förordnandet av offentlig försvarare ses över. Förordnandet borde ske betydligt tidigare än vad det i många fall gör idag. Ett sätt att helt säkerställa att vi lever upp till Europadomstolens praxis skulle givetvis vara att en advokat alltid finns med från och med det första förhöret och att den misstänkte inte ges någon möjlighet att avstå från detta. Vid en sådan lösning skulle problemet med användandet av förhørsutsagor som bevisning under den efterföljande rättegången över huvud taget inte uppstå.

Om det vore för långtgående att kräva att en misstänkt alltid får försvarare från och med det första förhöret måste man istället titta närmare på nästa led, dvs hur uppgifterna som den misstänkte lämnat under förhör hanteras ur bevishänseende.

Bevisförbud

Om vi inte under förundersökningen kan garantera att polisförhören lever upp till Europakonventionens standard för en rättvis rättegång är en möjlig lösning att se över rättens möjligheter att avvisa förhørsutsagor där den misstänktes rättigheter inte tillgodosetts. Som tidigare nämnts kan den ordningen vi har idag, där rätten vid sin bevisvärdering får ta hänsyn till förhållanden vid förhöret, vara problematisk eftersom det torde vara svårt för rätten att bortse från uppgifter beträffande den tilltalades skuld som kommit till dess kännedom. Endast i ett sådant fall där den misstänktes tillbakatagna erkännande under polisförhör är det enda beviset och att detta därför inte anses tillräckligt för en fällande dom kan man garantera att förfarandet inte står i strid med

¹⁴⁵ SOU 2003:74 s 231.

Europadomstolens praxis. Så fort det finns annan bevisning i form av t ex vittnesuppgifter finns en risk att rätten omedvetet låter förhørsutsagan påverka bedömningen om vilken utsaga som är mest tillförlitlig.

Ett bevisförbud vad gäller förhørsutsagor som tillkommit i strid med den misstänktes konventionsrättigheter skulle vidare kunna bidra till att sådana förhör hålls i mindre utsträckning. Eftersom bevisupptagningen sker under förundersökningen skulle naturligtvis polisen bli mer mån om att den bevisning som finns sedan är möjlig att åberopa under huvudförhandlingen. En sådan struktur kan kontrasteras mot dagen system där polisen snarare har ett incitament att höra den misstänkte utan försvarare.

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING

OFFENTLIGT TRYCK

PROPOSITIONER

- Prop 2013/14:157 *Misstänkta s rätt till insyn vid frihetsberövanden*
Prop 2004/05:131 *En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol*
Prop 1988/89:124 *Om vissa tvångsmedelsfrågor*
Prop 1987/88:69 *Om Europakonventionen och rätten till domstolsprövning i Sverige*

STATENS OFFENTLIGA UTREDNINGAR

- SOU 2003:74 *Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen*
SOU 1938:44 *Processberedningens förslag till rättegångsbalk*
SOU 1926:32 *Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning*

LITTERATUR

Blomkvist, Curt, *Försvaren*, Sveriges advokatsamfund, 2003

Bring, Thomas, Diesen, Christian, *Förundersökning*, 4 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2013

Bring, Thomas, Diesen, Christian, Wahren, Alexandra, *Förhör*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2004

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 4 uppl., Norstedts Juridik, AB, Stockholm, 2007

Danielsson, Stig, *Förundersökning i brottmål*, 4 uppl., Bruuns bokförlag, 2011.

Diesen, Christian, *Bevisprövning i brottmål*, uppl 2, Norstedts Juridik AB Stockholm, 2015

Ebervall, Lena, *Försvarens roll: Ideologier och gällande rätt*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars, *Rättegång - Fjärde häftet*, 7 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2009

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Pauli, Mikael, *Rättegång V*, 8 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2011

Fitger, Peter m fl, *Särtryck ur Rättegångsbalken: Kap 19-28, 36*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2012

Lavén, Håkan, *Hur domstolar dömer i brottmål – Om domare, rättegång, bevisning och påföljder*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2013.

Nilsson, Mattias, Lundberg, Jenny, *Europarätten – En introduktion till EU-rätten och Europakonventionen*, 4 uppl., Jure Förlag AB, Stockholm, 2010

Nordh, Peter, *Bevisrätt C: bevisvärdering*, Iustus, Uppsala, 2013

Nowak, Karol, *Oskyldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2003

Petersson, Roger, *Europakonventionen: En praktisk introduktion*, 1 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2001

Schelin, Lotta, *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*, PrintCenter/Universitetsservice US-AB, Stockholms Universitet, 2006

Nowak, Karol, *Oskyldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2003.

ÖVRIGA KÄLLOR

Andersson, Simon, Hopman, Suus, *Rätt till försvarare före polisförhöret: Nya domar från Europadomstolen kräver lagändringar i Sverige*, Juridisk Tidskrift, Nr 4, 2010/11

Meyerson, Annkatrin, *Rätten till försvarare vid polisförhör*, Examensarbete, Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet, Juridiska institutionen, 2008

Ramberg, Anne, *Rättssäkerheten i brottmål – vad är rättssäkerhet?*, Sveriges advokatsamfund

Riksåklagarens riktlinjer 2006:3 Handläggning av ungdomsärenden

AVGÖRANDE

JO

JO 2011/12

JO 2008/09

JO 2002/03

JO 2000/01

JO 1981/82

JO 1982/83

JO 1965

JO 1956

JO 2011-10-28, dnr 4608-2010

JO 2011-02-08, dnr 5221-2009

JO 2010-11-19, dnr 5950-2009

JO 2010-04-09, dnr 3741-2008

JO 2007-12-03, dnr 1548-2006

JO 1999-11-01, dnr 2198-1998

HÖGSTA DOMSTOLEN

NJA 2001 s 344

NJA 1980 s 725

NJA II 1943 s 444

HOVRÄTTEN

RH 1981:17

Hovrätten för Västra Sveriges dom 2010-10-01 i mål nr B 2111-10

Hovrätten för Västra Sveriges dom 2010-03-16 i mål nr B 1132-10

TINGSRÄTTEN

Göteborgs tingsrätts dom i mål nr B 11221-08

AVGÖRANDE FRÅN EUROPADOMSTOLEN

Aleksandr Zaichenko mot Ryssland, 2010-02-18 (39660/02)

Averill mot Storbritannien, 2000-09-06 (36408/97)

Boddaert mot Belgien, 1992-10-12 (12919/87)

Bortnik mot Ukraina, 2011-04-27 (39582/04)

Brennan mot Storbritannien, 2001-10-16 (39846/98)

Brusco mot Frankrike, 2010-10-14 (1466/07)

Corigliano mot Italien, 1982-12-10 (8304/78)

Dayanan mot Turkiet, 2010-01-13 (7377/03)

Deweert mot Belgien, 1980-02-27 (6903/75)

Eckle mot Tyskland, 1982-07-15 (8130/78)

Imbrioscia mot Schweiz, 1993-11-24 (13972/88)
Kolu mot Turkiet, 2005-08-02 (35811/97)
Magee mot Storbritannien, 2000-09-06 (28135/95)
Murray mot Storbritannien, 1996-02-08 (14310/88)
Neumeister mot Österrike, 1968-06-27 (1936/63)
Padalov mot Bulgarien, 2006-08-10 (54784/00)
Panovits mot Cypern, 2008-12-11 (4268/04)
Pishchalnikov mot Ryssland, 2009-09-24 (7025/04)
Salduz mot Turkiet, 2008-11-27 (36391/02)
Saunders mot Storbritannien, 1996-12-17 (19187/91)
Schenk mot Schweiz, 1988-07-12 (10862/84)
Stojkovic mot Frankrike och Belgien, 2011-10-27 (25303/08)
Talat Tunc mot Turkiet, 2007-03-27 (32432/96)
Yoldas mot Turkiet, 2010-02-23 (27503/04)

AVGÖRANDE FRÅN US SUPREME COURT

Miranda v Arizona, 1966-06-13