

# Godtagbart i ett demokratiskt samhälle? De hemliga tvångsmedlen och rätten till personlig integritet.

Av fil. dr LUDVIG BECKMAN

*På senare år har myndigheterna fått ökade befogenheter att använda sig av hemliga tvångsmedel för att utreda och bemöta grov brottslighet och hot mot rikets säkerhet. Förslag om ytterligare befogenheter föreligger redan och fler lagförslag är att vänta de kommande åren. Därmed befinner sig skyddet för den personliga integriteten inför en stor utmaning. För vilka syften är det rimligt att begränsa den personliga integriteten? I artikeln görs ett försök att precisera när inskränkningar av integriteten är acceptabla ur både principiell synpunkt och med hänsyn till de villkor som återfinns i RF 2:12. Från dessa utgångspunkter genomförs därefter en kritisk granskning av de resonemang om "avvägningen" mellan samhällets intressen och den enskildes integritet som förekommer i förarbeten och aktuella lagförslag.*

## 1. Inledning

Skyddet för den personliga integriteten har stor betydelse för individens trygghet och välbefinnande men även för möjligheten att utan fruktan uttrycka sin mening och att engagera sig politiskt. Värnet för den personliga integriteten är på så vis av stor betydelse för den demokratiska rättstaten. Integritetsskyddet i den svenska lagstiftningen skyddar förtroliga samtal, försändelser och annan kommunikation från att avlyssnas, öppnas eller registreras av myndigheterna. Rätten till ett skydd i det avseendet garanteras främst av regeringsformen (2:6) och återfinns även i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (Artikel 8) vilken sedan 1995 är en del av svensk rätt.

Den förändrade hotbilden mot "rikets säkerhet" och enskilda har medfört att begränsningar av integritetsskyddet och andra rättigheter anses vara mer befogade än tidigare.<sup>1</sup> Den svenska regeringen föreslog redan 1998 att hemlig avlyssning (s.k. buggning) borde tillåtas och ett nytt lagförslag är att vänta inom kort.<sup>2</sup> Under tiden har polisen och säkerhetspolisen givits utökade befogenheter att tillgripa hemlig teleavlyssning.<sup>3</sup> Justitiedepartementet har även föreslagit förändring-

<sup>1</sup> Se t.ex. Utvecklingsplan för Säkerhetspolisen 2004 s. 8. Jfr Lagrådsremissen till Buggningsutredningen där det hävdas att hotet mot rikets säkerhet "torde ha minskat" (Se prop. 2002/03:74, s 92).

<sup>2</sup> Justitieminister Thomas Bodström har uttalat (se SvD 22/5 2005) sin avsikt att komma med ett lagförslag under 2006.

<sup>3</sup> Se t.ex. prop. 2002/03:74. I maj 2005 presenterades regeringen även en utredning med ett förslag om införandet av ett nytt hemligt tvångsmedel "hemlig

ar som gör det möjligt för bland annat säkerhetspolisen att nyttja hemliga tvångsmedel i rent förebyggande syften, dvs. även när ingen misstanke om brott föreligger.<sup>4</sup> Grundlagens skydd mot hemlig avlyssning (RF 2:6) tycks därmed alltmer begränsat.

Möjligheterna till inskränkningar är sanktionerade av regeringsformen eftersom delar av integritetsskyddet får "begränsas genom lag" (RF 2:12).<sup>5</sup> Även Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (Artikel 12 och 15) ger statsmakterna rätt till vissa intrång i privatlivet om det anses nödvändigt för att främja exempelvis den allmänna säkerheten och ordningen.

Den svåra frågan är dock hur en avvägning mellan individens rättigheter och rikets säkerhet bör göras ur principiell synpunkt. Omfattningen av de lidanden och kostnader som terroristaktioner och grova brott åstadkommer kan givetvis synas väga tyngre än de förhållandevis begränsade inskränkningar av den privata sfären som nya metoder för avlyssning och informationsinsamling skulle innebära. En av statsmakternas primära skyldigheter är, trots allt, att skydda de egna medborgarnas liv — *salus populi primus lex!*<sup>6</sup>

Samtidigt finns det en stor risk att behovet att tillåta effektiva metoder i kampen mot brottslighet och terrorism ges alltför stor tyngd i förhållande till medborgarnas rättigheter. En sådan kritik har blivit alltmer relevant efter den 11/9 2001 med anledning av de åtgärder som olika länder vidtagit för att motverka den internationella terrorismen.

För vilka ändamål inskränkningar i den personliga integriteten skall anses vara försvarliga är således en för demokratin principiellt central fråga. Om vi önskar att utveckla vår förståelse för när sådana inskränkningar kan vara motiverade torde därför en kritisk granskning av lagstiftarens motiv för föreslagna eller redan beslutade begränsningar vara angelägen. De ställningstaganden som förekommer i svensk politisk debatt och lagstiftningsarbete om den personliga integriteten kan tjäna som utgångspunkt för att belysa den mer generella frågan om hur rättighetsinskränkningar kan försvaras i en demokratisk rättsstat.<sup>7</sup>

dataavläsning" (SOU 2005:38). Detta förslag kommer dock i stort sett att lämnas utanför diskussionen i den följande framställningen.

<sup>4</sup> Ds 2005:21.

<sup>5</sup> Enligt den fyrgradiga skala av rättighetsskyddets styrka som Karl-Göran Algotsson presenterat skulle därmed integritetsskyddet befinna sig på den fjärde och därmed lägsta nivån. Se Karl-Göran Algotsson, *Medborgarrätten och regeringsformen*, Stockholm 1987, s. 14.

<sup>6</sup> "Folkets säkerhet är den främsta lagen". En sådan skyldighet anges i de flesta internationella rättighetskonventioner liksom i deklARATIONEN om de mänskliga rättigheterna. Den bekräftas av Europarådet i de riktlinjer om mänskliga rättigheter i kampen mot terrorismen som antogs vid det 804 ministermötet. Se Council of Europe, *Human rights and the fight against terrorism*, Strasbourg 2005, s. 7.

<sup>7</sup> I det följande betecknar "inskränkning" och "begränsning" de fall där en rättighet faktiskt begränsats oavsett om detta kan anses vara försvarligt eller inte. När en inskränkning på goda grunder kan anses vara oriktig kan den i stället be-

## 2. Rättighetsinskränkningar i demokratin

Inte sällan har kritik riktats mot användningen av hemliga tvångsmedel. De synpunkter som framförts har oftast haft rättsstatens värden som sin utgångspunkt.<sup>8</sup> Men det kan heller inte förglömmas att den personliga integriteten har stor betydelse för den demokratiska processen.<sup>9</sup> Ambitionen i det följande är därför att anta en bredare utgångspunkt, som utgår från att demokratin som sådan medför särskilda krav på hur integritetsskyddet — liksom andra delar av rättighetsskyddet — utformas. Att en sådan utgångspunkt även är relevant i en svensk kontext framgår av de villkor som anges i regeringsformen för begränsningar av den personliga integriteten och andra fri- och rättigheter. Förbehållet som regeringsformen anger är att ett ingrepp får ske ”endast för att tillgodose ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle” (RF 2:12).<sup>10</sup> Frågan vi inledningsvis bör ställa oss är därför hur ett sådant krav närmare kan preciseras.<sup>11</sup>

### 2.1 Hur kan demokratiskt godtagbara ändamål avgöras?

Svaret på frågan vilka ändamål som är ”godtagbara” i ett demokratiskt samhälle kan ses *proceduriellt*. Det innebär att vi är mer intresserade av hur besluten om användningen av hemliga tvångsmedel fattas, än av deras substantiella innebörd. I den ofta kritiska diskussion som förts om säkerhetstjänsternas beslut och arbetsmetoder har de proceduriella kriterierna vanligen åberopats. Inte sällan förmodas till exempel en mer fullständig extern kontroll, exempelvis av ett organ med parlamentariska representanter, erbjuda en garanti för att säkerhetspolisen och andra myndigheter inte kränker medborgarnas rättigheter.<sup>12</sup> Det finns flera tecken på att statsmakterna under senare år tagit in-

skrivs som en ”kränkning”. Se vidare Judit Jarvis Thomson, *The realm of rights*, Cambridge MA 1990, s. 122.

<sup>8</sup> Se t.ex. Janne Flyghed, *Brottsbekämpning — mellan effektivitet och integritet*, Lund 2000, Svenska Helsingforskommittén för Mänskliga Rättigheter, *Buggning och hemliga tvångsmedel. Statliga ingrepp i privatlivet*, Stockholm 2000, och Ulf Bjereld, ”Övervakningen av den svenska Palestinarörelsen 1965–1980”, SOU 2002:95.

<sup>9</sup> Se t.ex. Ludvig Beckman, ”Demokrati och genetisk integritet”, SvJT 2004 s. 487 och Ludvig Beckman, ”Democracy and genetic privacy. The value of Bodily integrity”, 8 *Medicine, Health Care and Philosophy* (2005).

<sup>10</sup> Det kan dock tilläggas att Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna tycks ge förbehållet en striktare tolkning i samband med användandet av hemliga tvångsmedel. De får enligt domstolen nyttjas endast om de är ”necessary for safeguarding the democratic institutions”. Ian Cameron, *National security and the European convention of human rights*, Dordrecht 2000, s. 126.

<sup>11</sup> I förarbetena förekommer ett resonemang som omedelbart torde kunna avfärdas som o tillräckligt. Det är att myndigheterna ”inte bör ges sådana befogenheter att medborgarnas tilltro [till dem] påverkas negativt” (se t.ex. Ds 2005:21, s. 166 och SOU 1990:51, s. 130). Givetvis är det fullt möjligt att en viss befogenhet kan vara rimlig trots att den ökar misstron bland medborgarna, liksom att en befogenhet som inte ökar misstron trots allt kan vara oacceptabel.

<sup>12</sup> Se t.ex. Jakob Gustavsson, ”Hemliga tjänster och det öppna samhället”, SOU 2002:96 och Laurence Lustgarten, ”Accountability of security services in western democracies”, Dennis Töllborg (red.) *National security and the rule of law*, Göteborg 1997.

tryck av den kritiken. Ett exempel är den omfattande granskning av säkerhetspolisens användning av de hemliga tvångsmedlen som *Säkerhetstjänstkommissionen* genomförde. Ett annat exempel är den nya lag som infördes hösten 2004 enligt vilken "offentliga ombud" skall närvara vid beslut om hemliga tvångsmedel.<sup>13</sup>

Det finns trots allt anledning att inte se den ökade öppenheten som en tillräcklig garanti för den personliga integriteten. De åtgärder som vidtagits har främst som avsikt att kontrollera *tillämpningen* av lagstiftningen på området. Åtgärderna har syftat till att stävja missbruk och att hantera vad Carl Lidbom i en utredning om säkerhetspolisen beskrev som den "uppluckrade moralen" om hur dessa tvångsmedel får användas.<sup>14</sup> Men att säkerställa en mer korrekt tillämpning av lagstiftningen är givetvis inte detsamma som att respektera den personliga integriteten. De rent proceduriella lösningar som genomförts är med andra ord otillräckliga för att bedöma rimligheten av de avvägningar som gjorts i lagstiftningen med avseende på skyddet för den personliga integriteten.

Ett mer lovande angreppssätt vore kanske att precisera de *substantiella* värden som kan anses vara oskiljaktiga från demokratin. Med dem som utgångspunkt skulle sedan statsmakternas agerande kunna utvärderas. Men att på förhand precisera vilka värden som demokratin bör respektera förutsätter samtidigt ett svar på frågan vilka inskränkningar av medborgarnas rättigheter som är försvarbara. Givet att de hot och problem som statsmakterna har att hantera är både varierande och oförutsägbara ter det sig osannolikt att vi besitter säkra svar på den frågan. När brottsligheten, terrorismen eller den tekniska utvecklingen ändrar karaktär riskerar tidigare bedömningar om gränserna för statsmakternas befogenheter att framstå som obsoleta. Snarlika överväganden har spelat en viss roll i de diskussioner som förts om rättighetskatalogen i den svenska regeringsformen. I regeringens kommentar till 1973 års fri- och rättighetsutredning konstaterades att "det inte är möjligt att ange alla de syften för vilka rättigheter kan inskränkas".<sup>15</sup> Om vi accepterar den synpunkten blir det väsentligt att lagstiftaren och uttolkarna av medborgarnas rättigheter istället tillgriper en rimlig *metod* i bedömningen av rättighetsskyddets styrka och omfång.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Prop. 2002/03:74.

<sup>14</sup> SOU 1989:18, s. 86.

<sup>15</sup> Prop. 1975/76:209, s. 58. Se även Algotsson (s. 149) som noterar att Justitiedepartementet under arbetet med Fri- och Rättighetsutredningen hävdade att "det ligger i sakens natur att alla framtida legitima inskränkingsbehov inte kan förutses".

<sup>16</sup> Eftersom vi därmed ställer krav på lagstiftarens resonemang gäller frågan hur rätten bör utformas — de lege ferata. Att avgränsa sig till frågan hur rättsläget ser ut inom området — de lege lata — är för det syftet till ingen eller begränsad nytta. Jfr Joakim Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd*, Stockholm 1996, kapitel 17–19.

## 2.2 *Precisering av kravet på offentlig försvarbarhet*

En utgångspunkt för en sådan metod är att de åtgärder som vidtas skall vara försvarbara inför alla medborgarna. Enligt en inflytelserik uppfattning är också kravet på *offentlig försvarbarhet* det mest grundläggande i den liberala demokratin.<sup>17</sup> I förarbetena påpekas inte sällan att en inskränkning av medborgarnas rättigheter endast bör ske om "medborgarna i stort kan antas vara beredda att godta ingreppet".<sup>18</sup> Därmed tycks kravet på offentlig försvarbarhet i princip vara vägledande för lagstiftaren. En sådan allmänt formulerad norm kan dock tolkas och preciseras på flera olika sätt. Enligt den så kallade kontraktsteorin bör den emellertid förstås som kravet att våra handlingar och principerna för dem *inte rimligen skulle kunna förkastas av någon*. Som Brian Barry påpekat ställer kontraktstanken därmed höga krav på begränsningar av medborgarnas rättigheter: "the necessity of truncating the rights of some must be so compelling that even the victims should not be able reasonably to withhold their consent".<sup>19</sup> För att vara försvarbar måste med andra ord även de vars rättigheter begränsas kunna acceptera åtgärden som rimlig.<sup>20</sup>

Utgångspunkten för kontraktargumentet är en idé om jämlikhet, dvs. att vi måste ta hänsyn till alla som påverkas av våra handlingar. Om hänsyn endast tas till vissa gruppers intressen, samtidigt som konsekvenserna för andra helt ignoreras, kan det inte hävdas att beslutet har beaktat alla människors intressen på ett jämlikt vis. Anser vi att det finns en skyldighet att ta hänsyn till alla människors intressen synes det följaktligen naturligt att beakta de invändningar som var och en skulle kunna tänkas resa.

Att den principen inte alltid respekterats under de senaste årens intensifierade "krig mot terrorismen" står klart. Från många håll har det till exempel riktats kritik mot tendensen att sätta säkerheten för det egna landets invånare "absolut främst".<sup>21</sup> Det innebär att även marginellt effektiva säkerhetsåtgärder anses försvarbara oavsett vilka lidanden de förorsakar hos andra människor.

Men kan vi någonsin förvänta oss att ingen reser invändningar mot försämringar av rättighetsskyddet? Avgörande för förståelsen av kon-

<sup>17</sup> Jeremy Waldron, "Theoretical foundations of liberalism", 37 *Philosophical quarterly* (1987) och John Rawls, *Political liberalism*, New York 1993. För en diskussion av idén om offentlig försvarbarhet som direkt anknyter till vår tids terrorhot se Michael Ignatieff, "Human rights, the laws of war and terrorism", 69 *Social research* (2002).

<sup>18</sup> Ds 2005:21, s. 169. Se även SOU 2005:38 s. 369, prop. 1988/89:124 s. 57. Jfr Nergelius (s. 576) som pekar på "avsaknaden av principdiskussion beträffande framtida rättighetsbegränsningar" i svensk rättspraxis.

<sup>19</sup> Brian Barry, *Justice as impartiality*, Oxford 1995, s. 71.

<sup>20</sup> Den moderna formuleringen av den tanken har sitt ursprung i de moralfilosofiska resonemang som förs av Thomas Scanlon, *What we owe to each other*, Cambridge Mass. 1998.

<sup>21</sup> Ronald Dworkin, "Terror and the attack on civil liberties", *New York review of books* (2002). Se även Jeremy Waldron, "Security and liberty: The image of balance", 11 *The journal of political philosophy* (2003) s. 203.

traktstanken är att frågan gäller vad någon *rimligen* inte kan ha invändningar mot. Det är med andra ord inte huruvida det överhuvudtaget finns invändningar som bestämmer vad som är acceptabla beslut. De som till exempel har för avsikt att diskriminera eller på andra sätt skada människor på grund av deras hudfärg, sexuella läggning, religiösa eller politiska åskådning, kommer givetvis att ha invändningar mot lagstiftning som förbjuder ett sådant agerande. Men deras invändningar skulle inte vara "rimliga" eftersom de vilar på antaganden som strider mot jämlikhetstanken, dvs. att alla människor, oavsett åskådning och tillhörighet, skall behandlas med lika omsorg och respekt. På motsvarande sätt kan det vara orimligt att inte acceptera försämringar för en själv — om de är nödvändiga för att tillgodose andra människors grundläggande rättigheter och behov. Det är den sortens resonemang som är utgångspunkten för att bedöma rättighetsinskränkningar i allmänhet. Kontraktstanken kan alltså användas för att bedöma hur den svenska lagstiftaren sökt försvara begränsningar av skyddet för den personliga integriteten.

### 3. Balansargumentet och integritetsskyddet

En vanlig uppfattning är att individens rättigheter och samhällets olika behov måste balanseras mot varandra. När det uppstår en konflikt måste vi därför noga överväga vilka intressen som väger tyngst. När hoten mot medborgarnas säkerhet upplevs öka tilltar givetvis även intresset av effektiva åtgärder för att möta dessa hot. I den utsträckning som ett starkt rättighetsskydd förmodas vara en hämsko på statsmakternas förmåga att agera effektivt blir följaktligen sådana begränsningar svårare att försvara. Därför utgör hotet från den internationella terrorismen en anledning att "justera" balansen mellan de åtgärder som rikets säkerhet kräver och respekten för individens rättigheter. Den under år 2005 avlidne ordföranden för den amerikanska Högsta domstolen, William Rehnquist, har i linje med en sådan tankegång hävdad att balansen mellan säkerhet och frihet nu måste justeras i riktning mot säkerhet.<sup>22</sup>

Balanstanken har en särskild attraktionskraft eftersom den tycks ta hänsyn till att respekten för en rättighet i vissa fall kan orsaka långt större lidanden än vad en inskränkning av densamma skulle medföra. Även FN:s särskilde sändebud för de Mänskliga rättigheterna, Mary Robinson, erkänner det riktiga med en sådan tanke. Avgörande är enligt Robinson att finna en rimlig "balans mellan legitima strävanden att värna rikets säkerhet och fundamentala fri- och rättigheter".<sup>23</sup>

En sådan jämförelse kan dock göras på olika sätt, beroende på hur de värden som står på spel *viktas*. Enligt vad som kan kallas det *enkla*

<sup>22</sup> Citerad i Jon Gould, "Playing with fire: The civil liberties implications of September 11th", 62 Public administration review (2002) s. 75.

<sup>23</sup> Mary Robinson, "Introductory statement", Commission on human rights, 58<sup>th</sup> session (2002).

*balansargumentet* sker ingen viktning alls av de lidanden som står på spel. Avgörande för om en inskränkning skall anses befogad eller inte är helt enkelt om den kan förväntas leda till större fördelar än nackdelar — även om dessa bara är marginella. Enligt vad som kan benämnas det *sofistikerade balansargumentet* sker emellertid en viss viktning. Det anses då inte tillräckligt att ett intrång leder till en om än aldrig så liten fördel. Vad som krävs är istället att fördelarna är betydande. Att ställa ett sådant krav innebär alltså att de lidanden som en rättighetsinskränkning ger upphov till ges en större vikt än de lidanden som eventuellt uppstår om inskränkningen inte genomförs (t.ex. genom att en brottsling inte kan lagföras eller en terrorhandling inte förhindras). Både det enkla och det sofistikerade balansargumentet utgår dock från att konflikter bör avgöras genom avvägningar mellan de intressen som står på spel.

### 3.1 *Balansargumentet i olika skepnader*

Inte sällan följer resonemangen logiken bakom det sofistikerade balansargumentet. De tvångsmedel som diskussionen gäller, hemlig teleavlyssning och hemlig avlyssning (buggning), har i samtliga fall diskuterats bara i anknytning till särskilt allvarliga typer av brott. Det kunde antyda att den skada som förknippas med ett integritetsintrång bara kan uppvägas om fördelarna är synnerligen omfattande. *Säpo-kommittén* tycks också ha resonerat just på det sättet i sitt förordande av en lagändring som ger säkerhetspolisen rätt att använda buggning.

I sina överväganden påpekas att de värden som står på spel i kampen mot terrorismen är mycket stora. När rikets säkerhet hotas är det i själva verket ”grundvalarna för vårt demokratiska samhälle” som är i farozonen. Slutsatsen är att det ”inte känns rimligt” att samhället i sådana fall avstår från att tillgripa metoder som liksom hemlig avlyssning gör intrång i den personliga integriteten.<sup>24</sup> Ett integritetsintrång framställs således som befogat eftersom fördelarna med detsamma i detta fall anses vara synnerligen stora. Och att fördelarna är stora när demokratis grundvalar står på spel torde vara klart.

Klarheten i kommitténs resonemang grumlas dock något när den avslutningsvis formulerar sig på ett sätt som blir svårt att skilja från det enkla balansargumentet. Där sägs det nu att en avvägning måste ske mellan ”den betydelse som ingreppet har [och] den olägenhet och skada som ingreppet är förbundet med”.<sup>25</sup> Det kunde läsas som att det vore tillräckligt om ingreppet medförde större fördelar än nackdelar för att ingreppet skall vara försvarligt. Men av vad utredningen tidigare hävdade framgår att det inte kan vara tillräckligt. Fördelarna måste inte bara vara större, men avsevärt mycket större, för att det intrång i

<sup>24</sup> SOU 1990:51, s. 164.

<sup>25</sup> SOU 1990:51, s. 165.

den personliga integriteten som buggning medför skall vara acceptabelt.

Den något oklara inställningen till hur avvägningen mellan de intressen som står på spel skall ske visar sig även i den senaste *Buggningsutredningen*. Också här förordas en legalisering av buggning och dessutom att metoden skall få användas vid utredning av andra brott än de mot rikets säkerhet. Motiven tycks också likna dem som framkom i *Säpo-kommitténs* betänkande. Ty de förhållanden som anses vara avgörande är att buggningen medför synnerliga fördelar. Buggningens användning i brottsutredningar kan medföra "sådana vinster för det allmänna att integritetsintresset inte bör hindra att metoden införs".<sup>26</sup>

Om betoningen läggs vid "sådana" förmedlas ett intryck av att vinsterna är betydande och att de med god marginal uppväger de kostnader som följer av intrånget i den personliga integriteten. Därmed skulle resonemanget motsvara det sofistikerade balansargumentets logik. Det är dock högst osäkert om det är så avvägningen är tänkt att göras. Den formulering som utredningen i de flesta fall begagnar sig av antyder att marginalerna inte behöver vara särskilt omfattande. Buggning skall vara tillåtet "om åtgärden är av synnerlig vikt för utredningen samt om skälen för åtgärden uppväger det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär för den misstänkte".<sup>27</sup> Här sägs det visserligen att åtgärden måste vara av "synnerlig vikt" för att vara motiverad. Det kunde kanske tolkas som att buggningen endast bör användas i särskilt allvarliga fall. Men så skall nu inte orden förstås. Vad som sägs är endast att buggningen bör vara särskilt betydelsefull "för utredningen". Det innebär inte mer än ett krav på att åtgärden faktiskt är behövlig på så vis att den leder utredningen framåt. Den information som avlyssningen ger får inte vara "obetydliga detaljer, som man kan både ha och mista".<sup>28</sup> Det är med andra ord tillräckligt att intrånget är förknippat med fördelar som sammantaget är större än de lidanden som det leder till. Formuleringen framstår som ett typiskt uttryck för det enkla balansargumentet.

Att en sådan argumentation kan betraktas som bristfällig framgår av lagrådets bedömning av utredningens förslag. Lagrådet ansåg i likhet med utredningen att frågan om huruvida hemlig avlyssning borde tillåtas eller inte måste avgöras efter en "avvägning mellan behovet av en effektiv brottsbekämpning och integritetsskyddsintresset".<sup>29</sup> Vilken vikt dessa intressen skall ges när de balanseras mot varandra är som vi nu vet inte självklart. Möjligen menade lagrådet att det enkla balansargumentet inte gav skyddet för integriteten tillräckligt stor vikt. Förslaget kritiserades på flera punkter och slutsatsen var att buggning

<sup>26</sup> SOU 1998:54, s. 14.

<sup>27</sup> SOU 1998:54, s. 14.

<sup>28</sup> Se SOU 1998:54, s. 61.

<sup>29</sup> Lagrådets yttrande, prop. 2002/03:74, s. 92.

endast borde tillåtas om "behovet är reellt och starkt" vilket ännu inte ansågs klarlagt.<sup>30</sup>

Även i den efterföljande riksdagsdebatten framträder olika uppfattningar om hur balansargumentet skall förstås. Moderaterna framförde genom Beatrice Ask viss kritik mot förslaget men accepterade ändå att frågan handlar om att "noga väga skyddet för medborgarnas fri- och rättigheter mot samhällsintresset".<sup>31</sup> Kristdemokraternas Peter Althin ville dock att en legalisering av hemlig avlyssning borde vara förknippat med strängare krav. "En eventuell liten vinst för brottsbekämpningen uppväger inte alltid det intrång som kan uppstå i den enskildes integritet", hävdade Althin.<sup>32</sup> Därmed torde Althins ståndpunkt ha likheter med det sofistikerade balansargumentet som ger integritetskränkningen en särskild vikt i jämförelse med samhällets intressen. Som mer lakoniskt framstår Centerpartiets Johan Lindanders inlägg i riksdagsdebatten. Han påpekade att en effektiv brottsbekämpning kräver "moderna metoder" och att de "faktiskt i undantagsfall kan innebära en viss integritetskränkning". Anförandet avslutades med ett förmodligen uppriktigt "tyvärr!".<sup>33</sup>

### 3.2 Skyddar proportionalitetsprincipen den personliga integriteten?

Hemlig teleövervakning och avlyssning av telefonkommunikation används dagligen inom det svenska rättsväsendet.<sup>34</sup> Inför den nya lag om dessa tvångsmedel som infördes 1989 klargjorde regeringen de begränsningar som bör gälla vid deras användning av hänsyn till den personliga integriteten. Det påpekades att den allmänna utgångspunkten är att ett tvångsmedel får användas endast när skälen för att tillgripa dem "uppväger det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär".<sup>35</sup> Vidare sades ambitionen vara att "åstadkomma en ändamålsenlig avvägning mellan samhällets behov [...] och den personliga integriteten".<sup>36</sup> I de här fallen är det uppenbart att det enkla balansargumentet tillämpas. Det anses vara fullt tillräckligt att de positiva konsekvenserna av en åtgärd "uppväger" de negativa.

I propositionen förordades även införandet av en "proportionalitetsprincip" som skall tillämpas vid alla överväganden om att tillgripa tvångsmedel. Principen infördes 1989 och är utan tvekan ämnad att stärka skyddet för den personliga integriteten och andra enskilda intressen. Samtliga skrivelser, utskottsutlåtanden eller utredningar som

<sup>30</sup> Lagrådets yttrande, prop. 2002/03:74, s. 98.

<sup>31</sup> Protokoll 2003/04:49.

<sup>32</sup> Protokoll 2003/04:49. Som mindre slagkraftigt framstår Althins krav att "det [aldrig] får bli ett alltför stort intrång i den enskildes integritet" (ibid.). Det är inte svårt att hålla med om att intrånget i den personliga integriteten inte bör bli "alltför stort".

<sup>33</sup> Protokoll 2003/04:49.

<sup>34</sup> Enligt regeringens senaste redogörelse (se regeringens skrivelse 2004/05:36) har tillstånd till användning av hemlig teleavlyssning under föregående år medgivits i 631 fall och till hemlig teleövervakning i 645 fall.

<sup>35</sup> Prop. 1988/89:124, s. 1.

<sup>36</sup> Prop. 1988/89:124, s. 23.

därefter diskuterat de hemliga tvångsmedlen har följaktligen beaktat proportionalitetsprincipen.<sup>37</sup>

En grundsats i proportionalitetsprincipen är att offentliga ingripanden i den enskildes liv måste grundas på "avvägningar mellan skada och nytta". Avgörande är om fördelarna med ett ingrepp står i proportion till de nackdelar som ingreppet medför. Uppenbarligen är det balanstanken som återspeglas i dessa formuleringar. Den avvägning som därmed förordas beskrivs inte sällan som "proportionalitet i strikt mening".<sup>38</sup> Men principen rymmer ytterligare två innebörder. Vid sidan av att vara proportionell i strikt mening ställs även kravet att de åtgärder som myndigheterna vidtar skall vara *lämpliga*. För att det skall vara fallet måste det vara klarlagt att ingreppet är ett effektivt redskap för att uppnå sina syften. En ytterligare precisering är att de åtgärder som vidtas skall vara *nödvändiga*. Det tolkas allmänt som ett krav på att ingripandet skall medföra "minsta besvär eller skada" för den enskilde.<sup>39</sup> Bestämmelserna anses knyta an till regeringsformens stadgande att en begränsning av en rättighet aldrig får "gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den" (RF 2:12).<sup>40</sup>

Det är inte alltid klart på vilket sätt proportionalitetsprincipens olika element skiljer sig från varandra. I en diskussion om polislagen skriver Ingrid Helmius att en åtgärd betraktas som "nödvändig" bara om det medel som används innebär "minsta möjliga intrång".<sup>41</sup> Av hennes analys framgår även att en "åtgärd betraktas som nödvändig bara om syftet med den inte kan nås på något annat sätt".<sup>42</sup> Med andra ord är kravet på "minsta möjliga intrång" inte absolut i den meningen att det förordar det intrång som faktiskt är minst. Snarare skall kravet förstås som relativt till de syften som intrånget avser. Endast det "minsta intrång" som krävs för att uppnå syftet med intrånget är med andra ord "nödvändigt". Detta har vissa implikationer som vi snart skall återkomma till.

Låt oss emellertid börja med att se hur nödvändighetskravet förhåller sig till tanken att endast "lämpliga" åtgärder får vidtas. En åtgärd är som sagt lämplig endast om den kan anses vara anpassad för det som ingripandet syftar till. Nu kan det emellertid konstateras att det knappast är möjligt att ifrågasätta åtgärdernas "lämplighet" om en åtgärd visat sig vara "nödvändig". Finns det ett syfte som inte kan förverkligas med annat än nyttjandet av exempelvis telefonavlyssning måste det också vara sant att telefonavlyssningen är en effektiv metod

<sup>37</sup> Se t.ex. Justitieutskottets bet. 1999/2000:JuU08.

<sup>38</sup> Ingrid Helmius, "Proportionalitetsprincipen", Lena Marcusson (red.), Offentlighetsrättsliga principer, Uppsala 2005, s. 111.

<sup>39</sup> Se Cecilia Gydal, "Proportionalitetsprincipen, en europeisk rättsprincip och dess betydelse för svensk rätt", Förvaltningsrättslig tidskrift (1997) s. 223.

<sup>40</sup> Helmius s. 108 och 111.

<sup>41</sup> Helmius s. 117.

<sup>42</sup> Helmius s. 117 (min kursiv.).

för att uppnå dessa syften. Att telefonavlyssning är en ”nödvändig” åtgärd implicerar så att säga att den även är ”lämplig”. Alla nödvändiga ingrepp torde således vara lämpliga. Kravet att en åtgärd skall vara lämplig framstår därför som överflödigt, om vi redan accepterat kravet att det skall vara nödvändigt.

Därav följer givetvis att ingen åtgärd som är olämplig heller kan vara nödvändig. Om ett ingripande inte är lämpligt för att uppnå syftet med detsamma kan det heller inte vara fallet att ingripandet är sådant att det medför minsta möjliga skada för att uppnå sina syften. Och för att vara olämpligt är nu inte heller kravet särskilt högt. Endast ett ingrepp som är ”synnerligen oklokt” är olämpligt i den meningen som proportionalitetsprincipen stadgar.<sup>43</sup>

Enligt den tolkningen som här gjorts framstår kravet på ”lämplighet” som fullständigt tandlöst.<sup>44</sup> Att en sådan slutsats inte är en ren nidbild kan illustreras med de slutsatser som förekommer i den aktuella propositionen. Departementschefens slutsats om lämplighetsprincipens innebörd var helt enkelt att hemlig telefonavlyssning borde vara acceptabelt så länge som den faktiskt är till nytta: ”[ä]r avlyssningen av ringa värde bör den icke heller i sådana fall tillåtas”.<sup>45</sup> Ett svagare krav är svårt att föreställa sig.

Ändå kunde väl regeln att ett ingrepp bör vara *nödvändigt* vara värdefull? Principen innebär att ”det i varje enskilt fall” måste prövas om ”tvångsmedlet över huvud taget måste tillgripas” eller om mindre ingripande åtgärder vore tillräckliga.<sup>46</sup> Det innebär som sagt att endast de *minst* ingripande åtgärderna får vidtas av myndigheterna. Om syftet med telefonavlyssningen lika väl kan uppnås med någon annan, mindre integritetsinskränkande, åtgärd så måste den senare följaktligen föredras.

Frågan är emellertid om ens nödvändighetskravet har mycket att erbjuda i termer av integritetsskydd. Anledning till dessa tvivel är att en åtgärd måste betraktas som nödvändig — oavsett hur ingripande den är — så länge som den är det enda sättet att uppnå ett givet syfte. Kravet på minsta möjliga intrång är, som påpekats ovan, relativt till ett bestämt syfte. En åtgärd som är mindre frihetsberövande bör därför väljas endast om den åtminstone är *lika* effektiv för att uppnå samma syfte. Om den tolkningen tillåts kan det förstås även vara fallet att den åtgärd som är *mer* effektiv samtidigt är den som skulle medföra ett större intrång. I sådana fall blir kravet på nödvändighet utan betydel-

<sup>43</sup> Gydal s. 223.

<sup>44</sup> I remissvaren till Buggningsutredningen ifrågasattes också betydelsen av proportionalitetsprincipen. Juridiska fakultetsstyrelsen vid Uppsala universitet påpekade till exempel i en syrligt formulerad kommentar att ”det inte tycks finnas några begränsningar för vad denna veritabla guldgruva [proportionalitetsprincipen] kan klara av” (SOU 1998:46, Remissammanställning, s. 22).

<sup>45</sup> Prop. 1988/89:124, s. 37. Se även *Beredningen för rättsväsendets utveckling* (SOU 2005:38, s. 381) som med hänvisning till proportionalitetsprincipen understryker att hemlig dataavläsning ”inte i onödan” bör tillåtas komma till användning.

<sup>46</sup> Prop. 1988/89:124, s. 23 och 27.

se. I valet mellan två åtgärder (A och B) varav den förra innebär ett mindre intrång än den senare, fordrar proportionalitetsprincipens stadgande om nödvändighet att den förra väljs endast "om syftet med den inte kan nås på något annat sätt".

Om det emellertid skulle vara fallet att det som kan uppnås med åtgärd B inte är möjligt att förverkliga med A måste slutsatsen vara att B, som innebär ett större ingrepp, är att föredra. Att det är så principen skall förstås följer av regeringens resonemang där det framgår att "proportionalitetsprincipen innebär [...] att utredningen skall ha nått ett stadium där det förefaller omöjligt att komma längre med *mindre ingripande metoder*".<sup>47</sup> Innebörden är att *mer* ingripande metoder är acceptabla om de kan föra utredningen framåt. Kravet att ingripandet är "nödvändigt" leder med andra ord inte nödvändigtvis till att den minst ingripande åtgärden kommer att väljas. Principen framstår följaktligen som verkningslös i skyddet av den enskildes intressen.

Nu kunde det invändas att vi bortsett från avvägningen mellan fördelar och nackdelar (den proportionalitet i strikt mening som proportionalitetsprincipen också påbjuder). Givetvis skulle balansargumentet förorda A framför B eftersom det alternativet är mest fördelaktigt totalt sett. Märkligt nog visar det att kravet på strikt proportionalitet, som har samma innebörd som balansargumentet, leder till en strängare bedömning än kravet att ett ingripande skall vara nödvändigt. Frågan är därför om inte kravet på strikt proportionalitet vore tillräckligt?

Utifrån den bedömning som här har genomförts kan proportionalitetsprincipen näppeligen anses utgöra en garant för den enskildes intressen. Förutom att den slår fast anslutningen till balansargumentet är det svårt att se vilket värde principen tjänar. De krav som formuleras i termer av "lämplighet" och "nödvändighet" medför ingen ökad hänsyn till den enskildes intressen utöver dem som den "strikt" proportionaliteten påkallar.

### 3.3 Vilken integritet är skyddsvärd?

En omdebatterad fråga under senare år har varit hur myndigheterna skall hantera så kallad "överskottsinformation" som registreras exempelvis vid hemlig teleavlysning eller hemlig avlyssning. Risker har ansetts vara att avlyssningen kommer att användas för syften som den inte var ämnad för. Kanske leder en avlyssning som riktar sig mot personer misstänkta för brott mot rikets säkerhet till att det framkommer misstankar om mindre allvarliga brott. För att kunna utreda dem skulle den informationen behöva vidarebefordras till andra myndigheter.<sup>48</sup> Om det skall vara tillåtet har länge varit oklart. Men i mars 2005

<sup>47</sup> Prop. 1988/89:124, s. 66 (min kursiv.).

<sup>48</sup> I ett nyligen uppmärksammat fall lämnades information om en person vars telefon Säpo avlyssnat ut till Försäkringskassan. Avlyssningen syftade till att utreda misstankar om terroristbrott men den information som lämnades vidare gällde i

presenterade regeringen en proposition i frågan som i många stycken innebär att överskottsinformation — med vissa begränsningar — får användas.<sup>49</sup>

Av intresse för oss är hur integritetsintresset beaktas. Regeringens allmänna uppfattning om hur hemliga tvångsmedel skall nyttjas sägs nu vara att de skall användas med ”stor försiktighet”. Framförallt är det viktigt att den enskilde ”inte utsätts för *onödig* skada eller olägenhet”.<sup>50</sup> Återigen är det behovet av de uppgifter som kan inhämtas med exempelvis hemlig teleavlyssning som är avgörande. Att ”onödig skada” skall undvikas torde inte betyda mer än att skada som inte varit nödvändig för uppgifternas inhämtande skall undvikas. Den skada som följer av andra och mer ”nödvändiga” intrång kommer därför knappast att kunna utgöra skäl för att avstå från sådana åtgärder.

När det gäller hur den avlyssnade informationen skall få användas menar regeringen att den personliga integritet som står på spel inte är ”skyddsvärd”. Anledningen är att intresset ”att inte avslöjas som brottsling” knappast kan ”räknas”.<sup>51</sup> Med andra ord menar regeringen att det vore orimligt att begränsa tillgången till information om ”brottslingars” förehavanden även när den framkommit vid hemlig teleavlyssning. Den synpunkten kan framstå som tilltalande. Varför skulle uppgifter som ger vid handen att den avlyssnade personen begår andra brott vara så känsliga att de inte borde komma lämpliga myndigheter tillkänna?

En sådan formulering tycks emellertid förutsätta vad som skulle bevisas, nämligen att informationen gäller en ”brottsling”. Varken det faktum att en person avlyssnas eller den information som framkommer vid avlyssningen utgör skäl för att betrakta personen i fråga som en brottsling. Det är givetvis något som kan avgöras först när misstankarna lett vidare till ett åtal som avgjorts i domstol.<sup>52</sup> Det är därför uppenbart förhastat att som regeringen hävda att överskottsinformation gäller brottslingar och att den avlyssnades integritet därför inte är ”skyddsvärd”.

En osannolik men ändå möjlig tolkning av regeringens resonemang vore att de med ”brottsling” förstår var och en mot vilken en brottsmisstanke riktas. Att en misstanke föreligger är dessutom ett villkor för att överhuvudtaget få tillgripa hemliga tvångsmedel. Men det skulle förstås vara oacceptabelt om regeringen inte tydligt skiljde

stället misstänkt bidragsfusk. Se DN 17/3 2005. Andra exempel diskuteras i Gösta Westerlund, *Straffprocessuella tvångsmedel*, Stockholm 2005, s. 111.

<sup>49</sup> I en mening innebär dock lagförslaget en skärpning genom att det vid ”mindre allvarliga brott” blir förbjudet att som bevisning i domstol använda överskottsinformation. Prop. 2004/05:143, s. 36 ff. Mot en sådan begränsning har därefter motionärer från Moderata Samlingspartiet reserverat sig i utskottet emedan bland andra Peter Althin från Kristdemokraterna ytterligare velat skärpa densamma (2005/05:JuU28).

<sup>50</sup> Prop. 2004/05:143, s. 35 (min kursiv.).

<sup>51</sup> Prop. 2004/05:143, s. 35.

<sup>52</sup> SOU 2002:87, s. 375 f.

på brottslingar och de som är misstänkta för brott.<sup>53</sup> Dessutom skulle en sådan tolkning inte förklara varför de misstänkta personliga integritet saknar skyddsvärde. Den mer allmänna slutsatsen är emellertid att integritetsintresset tycks tillmätas mycket liten — om alls någon — vikt i regeringens förslag. Inte ens det enkla balansargumentet är längre aktuellt.

#### 4. Är prioritering en bättre metod?

Av det som hittills sagts framgår det att integritetsintresset och samhällsintresset kan balanseras på många olika sätt. Det är i sig ett problem eftersom det skapar en osäkerhet om vilket betydelse som den personliga integriteten egentligen ges av regeringen och lagstiftaren. Samtidigt utgör inte inkonsekvens i tillämpningen av en metod en invändning mot den som sådan. En substantiell invändning mot balansargumentet är emellertid att det inte alls tycks erkänna den särskilda betydelse som tillkommer rättigheter. Om det verkligen funnes en *rätt* till personlig integritet borde den tillmätas en betydelse i sig. Men utifrån det enkla balansargumentet har inte intrånget i den personliga integriteten större betydelse än andra kostnader som ingreppet kan innebära. Är det i så fall alls rimligt att tala om en rätt till personlig integritet?

Ett alternativ till föreställningen om en "balans" mellan samhällets och individens intressen är tanken att vissa värden har "prioritet". Den idén har formulerats på många olika sätt, ett av de mer inflytelserika torde vara Ronald Dworkins argument att rättigheter kan betraktas som ett slags "trumf".<sup>54</sup> En snarlik tanke formuleras även av John Rawls när han hävdar att individens politiska och civila rättigheter har "lexikal prioritet" framför strävanden att skapa en mer jämlik fördelning av samhällets nyttigheter. Innebörden av den uppfattningen är att det aldrig är försvarbart att inskränka exempelvis de politiska rättigheterna för att bättre tillgodose de sociala rättigheterna. Enligt en sådan tolkning förutsätter "rättighetspratet" att vi betraktar personer som *okränkbara* i vissa avseenden.<sup>55</sup> Det som kan kallas prioritetsargumentet innebär följaktligen att rättigheter har prioritet framför andra värden i den starka meningen att de inte alls får inskränkas eller begränsas.

Idén om okränkbarhet framskymtar också i delar av det institutionaliserade rättighetsskyddet. Utmärkande för åtminstone en del av de rättigheter som finns uttryckta i lagar och konventioner är just

<sup>53</sup> Till det skall läggas att det inom en snar framtid kan bli tillåtet att tillgripa hemlig teleavlyssning till och med när brottsmisstanke *saknas*. Det är innebörden av den utredning om "preventiva tvångsmedel" som presenterades i maj 2005 (Ds 2005:21). Om förslaget genomfördes skulle det givetvis vara än mer orimligt att inte anse den avlyssnades integritet som "skyddsvärd" — de behöver ju inte längre vara misstänkta för brott för att avlyssnas.

<sup>54</sup> Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, London, 1977.

<sup>55</sup> Thomas Nagel, "Personal rights and public space", 24 *Philosophy and public affairs* (1995) s. 86.

egenskapen att de inte får begränsas vare sig genom lag eller med hänvisning till andra värden. I den svenska regeringsformen förekommer ett antal så kallade "absoluta" rättigheter vilket innebär att det inte finns något utrymme för att begränsa dem genom vanlig lagstiftning. Förbudet mot dödsstraff och kroppsstraff är exempel på det (RF 2:3 och RF 2:5). Även Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna ger ett antal rättigheter motsvarande "absoluta" skydd. Bland dem förekommer exempelvis förbudet mot tortyr (Artikel 3) och förbudet mot slaveri och tvångsarbete (Artikel 4).

När det gäller integriteten är emellertid det rättsliga skyddet långt ifrån absolut. Regeringsformens skydd mot "påtvungade kroppsliga ingrepp" (RF 2:6) tillhör de rättigheter som enligt den tolfte paragrafen får inskränkas genom lag "för syften som är acceptabla i ett demokratiskt samhälle" (RF 2:12). Bland annat fri- och rättighetsutredningen har också konstaterat att rätten till personlig integritet "aldrig kan vara absolut".<sup>56</sup> Motsvarande förbehåll återfinns i Europakonventionen. Konventionens åttonde artikel erkänner förvisso alla en rätt till "skydd för privat- och familjelivet". Men i samma artikel anges att begränsningar får införas, till exempel "om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet".

Om vi anser att prioriteringsargumentet är riktigt tycks det "relativa" skydd som den personliga integriteten åtnjuter i dessa dokument vara problematiskt. Enligt den tidigare nämnda uppfattningen innebär ju erkännandet av rättigheter att vi betraktar dem som "okränkbara". Begränsningar av den personliga integriteten borde därför antingen vara otillåtna eller ge oss anledning att revidera vår uppfattning om den personliga integriteten som en "rättighet". Den mellanposition som integritetsskyddet idag åtnjuter tycks hursomhelst svår att förena med prioritetsargumentet.

Det finns trots allt exempel på resonemang i riktningen mot prioritetsargumentet. När Integritetsskyddskommittén avlämnade sitt slutbetänkande 1970 ivrade man för ett "absolut skydd" för den personliga integriteten. I den avgörande formuleringen hävdades att "värdet av ett absolut skydd för den personliga integriteten är större än den vinst som kan uppnås genom att en del brott kan utredas".<sup>57</sup> Värt att notera är att resonemanget är uppbyggt på ett sätt som liknar balansargumentet. Det är "värdet" av den personliga integriteten som skall ställas mot den "vinst" som en inskränkning av densamma kan medföra. Ändå är det ett "absolut skydd" som förordas vilket motiverar iakttagelsen att det snarare är prioritetsargumentet som utredningen lutar sig mot. Även i riksdagen har det förekommit snarlika formuleringar, som till exempel att den personliga integriteten "skall garanteras".<sup>58</sup> Det är dock sällan som rätten till personlig integritet anses

<sup>56</sup> SOU 1975:75, s. 168.

<sup>57</sup> Citerad i SOU 1990:51, s. 118.

<sup>58</sup> Motion till riksdagen av Bo Lundgren (m), 1999/2000:T717.

vara en absolut rättighet. Formuleringar som anknyter till balanstanken har dominerat debatten om den personliga integriteten.

Slutsatsen att prioritetsargumentet endast har haft marginell betydelse vilar dock på en förhållandevis ogenerös tolkning av argumentets innebörd. Enligt vad som hittills sagts innebär prioritetsargumentet att rättigheter är okränkbara och att de därför bör ges ett absolut skydd. En sådan uppfattning framstår som tilltalande när det gäller vissa rättigheter, som exempelvis förbudet mot tortyr eller slaveri. För många andra rättigheter vore den uppfattningen emellertid mycket problematisk eftersom den akuta frågan inte sällan är hur *konflikter mellan rättigheter* skall hanteras. Den är problematisk eftersom uppfattningen att alla rättigheter är lika absoluta inte erbjuder någon acceptabel lösning på sådana konflikter. I extrema fall blir statsmakernas alternativ antingen att inskränka medborgarnas rättigheter i syfte att förhindra allvarliga brott eller våldsdåd, eller att stå passiva inför dessa händelser vilket naturligtvis också leder till kränkningar av människors rättigheter. Inget av alternativen tycks kunna försvaras med hänvisning till prioritetsargumentet.

En annan tolkning av prioritetsargumentet är att se det som en metod just för att hantera rättighetskonflikter. Att individens rättigheter har prioritet betyder att inskränkningar endast är försvarbara om syftet är att försvara rättigheterna själva. Det betyder att de inte kan begränsas med hänvisning till andra värden som exempelvis ekonomisk tillväxt eller social rättvisa. ”Liberty can be restricted only for the sake of liberty itself”, som Rawls påpekar.<sup>59</sup> Det betyder dessutom att en rättighet får begränsas endast om det leder till att vi *förbättrar* skyddet för våra rättigheter som helhet. En lagändring som minskar individens skydd för den personliga integriteten är enligt den tanken berättigad om och endast om den medför en vinst i termer av ett förbättrat rättighetskydd. Det innebär en skärpning i jämförelse med balansargumentet som inte ställer något krav på karaktären av de vinster som kan motivera en inskränkning.

Utifrån en sådan tolkning medför inte prioritetsargumentet att någon specifik rättighet ges ett absolut skydd. Det är i stället medborgarnas rättigheter betraktade som en helhet som ges ett absolut skydd i förhållande till andra intressen.<sup>60</sup> Avgörande är följaktligen för vilka *syften* begränsningar av dem föreslås. Vilka värden är det som lagstiftaren och regeringen vill främja genom ett intrång i den personliga integriteten? Är syftet att förbättra skyddet för våra rättigheter eller är syftet snarare att främja olika nyttigheter eller deras fördelning?

<sup>59</sup> John Rawls, *A theory of justice*, Oxford 1971, s. 244.

<sup>60</sup> Jämför här Nergelius uppfattning att det ”inte är klarlagt om ett okränkbart väsensinnehåll för de medborgerliga rättigheterna existerar i Sverige” (s. 722). Nergelius iakttagelse grundar sig uteslutande på en analys av de ”relativa” rättigheterna i svensk rättspraxis men tycks förvånande nog förutsätta att dessa samtidigt skall vara ”okränkbara” — eller med andra ord ”absoluta”!

När "integritetsintresset" utretts i andra sammanhang har det tydligt framgått att begränsningar kan motiveras med hänsyn till en rad olika intressen. *Informationsutbytesutredningen* påpekade till exempel att insamlandet av information om den enskilde ger myndigheterna möjlighet att erbjuda "bättre service", vilket anses vara ett "allmänt intresse", och att ett visst intrång i den personliga integriteten därför är befogat.<sup>61</sup> Slutsatser av det slaget är uppenbarligen oförenliga med hur *rätten* till personlig integritet borde värderas enligt prioritetsargumentet.

Inte heller Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna tycks se den personliga integriteten som skyddsvärd på det sätt som prioritetsargumentet kräver. I konventionens åttonde artikel anges de värden med hänsyn till vilka "rätten till respekt för privatlivet" får inskränkas. Där återfinns som vi redan konstaterat "statens säkerhet" som ett giltigt skäl för begränsningar. En välvillig tolkning skulle se det som förenligt med prioritetsargumentet eftersom rikets säkerhet, liksom de undantag som medges med "hänsyn till andra personers fri- och rättigheter", syftar till att skydda medborgarna mot än värre intrång i deras rättigheter. I samma artikel anges emellertid även "landets ekonomiska välstånd", "förebyggandet av oordning" samt "skydd för hälsa och moral" som giltiga skäl. En säker indikation på att dessa värden inte tillhör individens fri- och rättigheter är att de inte återges som sådana under någon av konventionens övriga artiklar. Enligt Europakonventionen kan det alltså vara försvarbart att begränsa individens rätt till personlig integritet med hänsyn till andra värden än de som konventionen själv anger som grundläggande "rättigheter och friheter".

Om konventionen bedömdes med utgångspunkt i prioritetsargumentet skulle slutsatsen i stället vara att den personliga integriteten där inte alls betraktas som en rättighet. Kan integriteten begränsas även med hänvisning till "landets ekonomiska välstånd" har integriteten knappast någon prioritet. Och eftersom det som utmärker rättigheter är att de ges prioritet skulle en sådan begränsning innebära att integriteten inte längre kan betraktas som en rättighet.

För att fortsätta utvärderingen i enlighet med prioritetsargumentets krav måste frågan ställas för vilka syften hemliga tvångsmedel är tillåtna. Är syftet i huvudsak att värna andra medborgares rättigheter eller kan även "allmänna intressen" motivera dessa åtgärder?

I redogörelsen av diskussionen om balansargumentet har vi redan konstaterat att ett viktigt motiv för deras användning är behovet att motverka grov brottslighet och hot mot rikets säkerhet. Att hålla isär dessa båda syften kan fortsättningsvis vara lämpligt. Låt oss därför börja med att fråga huruvida skyddet av rikets säkerhet kan sägas sammanfalla med skyddet av andra medborgares rättigheter.

<sup>61</sup> SOU 2000:97, s. 213–216. Se även SOU 1993:83, s. 18–20 och SOU 1978:54, s. 37–39.

Vad som skall räknas som ett brott mot rikets säkerhet finns angivet i brottsbalken (kap. 18–19) och omfattar bland annat högförräderi, olovlig underrättelseverksamhet, sabotage och uppvigling. Utmärkande för dessa verksamheter är att de kan sägas hota landets oberoende och statens och samhällets vitala funktioner. I så måtto torde det vara rimligt att dra slutsatsen att ett skydd av rikets säkerhet också innebär ett skydd av medborgarnas rättigheter. Det resonemanget vilar på antagandet att de rättigheter som skall skyddas är de som finns angivna i svensk lag och grundlag och att skyddet för dem är beroende både av att landet bevarar sitt oberoende och att grundläggande politiska och rättsliga samhällsfunktioner kan verka utan allvarigare störningar. Stöd för det antagandet erbjuder bland annat de formuleringar i vilka Säkerhetspolisen anger målsättningen för sitt arbete. Avsikten sägs vara att motverka brott som syftar till att med våld antingen förändra Sveriges statskick eller påverka politiska och andra myndigheterna i viss riktning. Dessutom är syftet att skydda medborgarnas utövande av de ”grundlagsfästa medborgerliga fri- och rättigheterna”.<sup>62</sup> I den utsträckning som de hemliga tvångsmedlen används i syfte att skydda rikets säkerhet skulle därför de integritetsintrång som därmed sker vara befogade, eftersom syftet med dem är att värna andra medborgares rättigheter. Så långt kunde alltså prioritetsargumentet vara tillgodosett.

Hemliga tvångsmedel används dock för att utreda och förebygga även så kallad ”grov brottslighet”. Tidigare innebar det att hemlig teleavlyssning endast fick användas vid förundersökning som avsåg ett brott med en påföljd om minst två års fängelse. I och med en lagändring som började gälla den 1 oktober 2004 har dock användningsområdet utvidgats till att gälla även brott för vilka *straffvärdet* kan förmodas vara mer än två års fängelse. Minimistraffet kan alltså vara mindre om det enskilda brottet kan antas leda till en påföljd som överstiger två år.<sup>63</sup> Det innebär att många brott, till exempel dataintrång och grov stöld, kommer att kunna motivera det integritetsintrång som hemlig teleavlyssning medför.

Vid sådana brott är det knappast längre grundläggande fri- och rättigheter som står på spel. Det är som regeringen påpekar utan tvekan ett ”viktigt samhällsintresse” att på ett effektivt sätt kunna utreda stölder som till exempel kuppen mot Moderna museet 1993 eller omfattande ekonomiska bedrägerier.<sup>64</sup> Frågan är emellertid om viktiga samhällsintressen alltid ger oss skäl att acceptera en begränsning av våra rättigheter? Givet prioritetsargumentet är svaret på den frågan beroende av vad som i den aktuella situationen anses tillhöra samhällsintresset. Om det handlar om att skydda andra medborgares rättigheter kan en inskränkning motiveras. Men om syftet i stället är att

<sup>62</sup> Säkerhetspolisens verksamhetsberättelse, Stockholm 2003, s. 5.

<sup>63</sup> Prop. 2002/03:74, s. 1.

<sup>64</sup> Prop. 2002/03:74, s. 33.

minska materiella eller ekonomiska kostnader säger oss prioritetsargumentet att samhällsintresset måste stå tillbaka för individens rättigheter. I den utsträckning som den personliga integriteten verkligen är att betrakta som en rättighet torde därför svaret vara givet.

I Buggningsutredningens förslag att även tillåta ”hemlig teknisk avlyssning” (eller vad som senare kallats ”hemlig avlyssning”) var i stället minimigränsen satt till *fyra* år. Det skulle ha inneburit att buggning endast skulle vara tillåtet vid brott som exempelvis mord, grov mordbrand och allmänfarlig ödeläggelse.<sup>65</sup> Den typen av brott medför onekligen allvarliga kränkningar av bland annat människors rätt till liv.

Men Buggningsutredningen ansåg även att buggning skulle tillåtas för brott som grov varusmuggling och grovt narkotikabrott — trots att minimistraffet för dessa brott understiger fyra år. Som en av remissinstanserna påpekade gjorde det förslaget ”logiskt mindre tilltalande”.<sup>66</sup> En på andra grunder ”mindre tilltalande” konsekvens därav är att användandet av buggning skulle sanktioneras även när grundläggande rättigheter inte står på spel. Det kan förvisso inte förnekas att grov varusmuggling medför stora kostnader för staten och andra privata aktörer (exempelvis företag som utsätts för ojuste konkurrens vid försäljningen av smuggelgods). Men det står långt mindre klart att sådan brottslighet utgör ett allvarligt hot mot medborgarnas rättigheter. Det integritetsintrång som buggningen skulle innebära skulle följaktligen kompenseras — inte av ett förbättrat skydd för andras rättigheter — men av större intäkter för staten och vissa företag. Resonemanget i propositionen tycks därmed vara svårt att förena med att ett erkännande av en rätt till personlig integritet. Åtminstone är den slutsatsen oundviklig om vi utgår från hur vi enligt prioritetsargumentet bör betrakta rättigheter i förhållande till andra värden.

## 5. Avslutande diskussion

Utan tvekan har balanstanken haft stor betydelse för lagstiftarens överväganden om vilka begränsningar av integritetsskyddet som är försvarbara. Eftersom det innebär att åtgärdernas effektivitet tillerkänns minst lika stor vikt, framstår hänsynen till integritetsintresset därför som relativt blygsam. I några fall tycks till och med uppfattningen ha varit att det är tillräckligt att de hemliga tvångsmedlen är effektiva för syftet att främja rikets säkerhet. Vi har redan tidigare noterat *Buggningsutredningens* synpunkt att hemlig avlyssning medför ”sådana vinster för det allmänna att integritetsintresset inte bör hindra att metoden införs”.<sup>67</sup> Det anses med andra ord vara ett övertygande

<sup>65</sup> SOU 1998:46, s. 14.

<sup>66</sup> Yttrande av Svea hovrätt, Remissammanställning, SOU 1998:46, s. 190.

<sup>67</sup> SOU 1998:54, s. 14. På ett liknande sätt resonerade Beredningen för rättsväsendets utveckling (SOU 2005:38, s. 369) när den hävdade att det nya tvångsmedlet hemlig dataavläsning ”innebär en så stor vinst för bekämpningen av den allvarliga brottsligheten att det inte är försvarligt att avstå”.

skäl för att tillåta en inskränkning av den personliga integriteten att de åtgärder som vidtas är till fördel för några (allmänheten) och att inga mindre ingripande åtgärder kan skapa motsvarande fördelar.

Ett sådant resonemang kan dock kritiseras för att inte ta tillräcklig hänsyn till de krav som den enskilde rimligen kan ställa. Om staten skall "respektera" medborgaren måste det innebära att hennes intressen åtminstone har beaktats. Det betyder att konsekvenserna för den enskilde av myndigheternas ingripanden bör tas med i beräkningen. Det kan följaktligen aldrig vara ett tillräckligt skäl för en åtgärd att den framstår som effektiv och att den främjar allmänhetens intressen. Vad som därtill måste visas är att de fördelar som åtgärden medför är av en sådan karaktär att det vore orimligt för någon att invända mot dem med hänvisning till dess nackdelar.

Frågan är givetvis vilka inskränkningar den enskilde "rimligen" inte kan acceptera. Prioritetsargumentets svar på den frågan består i att se till syftet med de föreslagna begränsningarna. Om syftet vore att förhindra terrorangrepp eller andra omfattande skador mot de egna medborgarnas säkerhet skulle de vara mer motiverade än om syftet vore att uppnå andra fördelar. Skälet till det är inte främst att det alltid finns anledning att undvika stora skador. Skälet är i stället att de skador som terrorangrepp medför har ett samband med medborgarnas fri- och rättigheter.

Frågan är nu om prioritetsargumentets höga tröskel för användandet av hemliga tvångsmedel har stöd i kontraktsargumentet. Kan det till exempel finnas rimliga invändningar mot ett integritetsintrång som syftar till att förhindra kränkningar av andra människors rätt till liv och hälsa? I många fall skulle det förvisso framstå som orimligt. Den som riskerar att drabbas av ett grovt våldsbrott kan inte rimligen förvänta sig att acceptera att du och jag anser att skyddet för förtrolig telekommunikation väger tyngre. Den som trots allt insisterar på ett skydd för integriteten i sådana situationer tycks inte beakta konsekvenserna för andra människor. Att inte göra det är uppenbarligen orimligt och därför finns det ingen anledning att ta hänsyn till ett sådant krav.

Innebär det att integritetsintresset alltid bör ge vika inför mer allvarliga hot? Svaret är inte självklart. Även inskränkningar av en mindre betydelsefull rättighet bör väga tungt om de genomförs i stor omfattning. De kroppsvisitationer som äger rum på flygplatserna är säkerligen ett rimligt pris att betala om de minskar risken för attentat och terrordåd. Skulle myndigheterna ha befogenhet att genomföra kroppsvisitationer i förebyggande syften även i andra situationer, dagligen på gator och torg, skulle emellertid intrånget inte längre vara försumbart för den enskilde. En sådan ordning skulle därför rimligen kunna förkastas trots att den i någon mån kunde antas vara effektiv i förebyggandet av grov brottslighet och terrorism. Det innebär att ju mer som utrymmet vidgas för användningen av hemliga tvångsme-

del, desto mer måste vi ifrågasätta rimligheten av de integritetsintrång som det medför. Frågan vi bör ställa oss är därför inte enbart om ett enstaka intrång kan vara rimligt givet de fördelar som därmed kan uppnås. Frågan vi måste ställa oss är om omfattande intrång i den personliga integriteten är ett rimligt pris att betala för en mer effektiv bekämpning av den grova brottsligheten.

På så vis ställer kontraktsargumentet *högre* krav än prioritetsargumentet. Det är inte ett tillräckligt skäl för en inskränkning att den på ett effektivt sätt förbättrar skyddet för andras rättigheter. Frågan som också måste ställas är om inskränkningarna är rimliga för den enskilde.

Men kontraktsargumentet kan också innebära att tröskeln blir *lägre* än vad prioritetsargumentet kräver. Anledningen är att inskränkningar även för andra syften än att värna andras rättigheter torde kunna framstå som rimliga för dem för vilka inskränkningarna gäller. Det kan inte på förhand uteslutas att även andra intressen kan motivera de nackdelar som en begränsning av den personliga integriteten medför. Det kunde till exempel te sig rimligt att acceptera smärre begränsningar av den personliga integriteten om det medförde avsevärda ekonomiska fördelar.

Det innebär dock inte att vi flyttar oss närmare den balanstanke som dominerar i lagstiftarens överväganden. Lagstiftaren har ofta frågat sig om fördelarna med ett intrång väger tyngre än nackdelarna. Därmed tillåter den sig som regel att väga samman olika individers nyttofunktioner (interpersonella jämförelser). Det är med andra ord tillräckligt att summan av de sammanlagda fördelarna och nackdelarna är positiv, oavsett hur de fördelas mellan individerna.

Enligt kontraktsargumentet är ett sådant resonemang felaktigt eftersom det inte tillräckligt tar hänsyn till hur stora kostnader den enskilde rimligen kan acceptera. Ingen har anledning att acceptera en stor nackdel om den endast ger andra marginella fördelar — oavsett hur *många* de "andra" är. Stora nackdelar för den enskilde kan endast accepteras om de är nödvändiga för att undvika åtminstone lika stora nackdelar för en annan *enskild individ*. Det innebär att sammanvägningen av olika personers intressen inte framstår som relevant när vi tillämpar kontraktsargumentet. Flertalet har rimligen anledning att godta små kostnader om det kan rädda ett fåtal från stora lidanden. Men inget fåtal har rimligen anledning att acceptera stora lidanden för att rädda flertalet från små kostnader. Däri ligger den avgörande skillnaden mellan balans- och kontraktsargumenten.<sup>68</sup>

Det är naturligt att anse att inskränkningarna i den personliga integriteten som följer i spåren av de hemliga tvångsmedlen är ett lindrigt pris att betala för att värja landet och dess medborgare från grov brottslighet och hot mot rikets säkerhet. Av vad som sagts ovan torde

<sup>68</sup> Tillämpningen av kontraktsargumentet bygger i stora drag på Scanlons (s. 189–247) mer allmänna framställning.

också framgå att var och en rimligen bör kunna acceptera begränsade intrång i integriteten när de leder till ett ökat skydd mot allvarliga hot. Som vi dessutom sett är det dock rimligt att invända mot inskränkningar, även i det "lättviktiga" integritetsskyddet, när de riskerar att bli omfattande. När så är fallet är det inte längre säkert att den personliga integriteten bör ge vika eftersom det sammantagna intrånget då inte längre kan anses vara försumbart.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> Jag är tacksam för synpunkter från Robert Huseby och Karl-Göran Algotsson på tidigare versioner av denna artikel.