

Tvångsmedel, rättssäkerhet och integritet — går det att förena?

Av generalsekreteraren ANNE RAMBERG

Inledning

På senare tid har frågan om rättssäkerhet och integritet kommit att stå i fokus. Det främsta skälet är utan tvekan händelserna den 11 september 2001 och efterföljande terroristattacker i Europa. Dessa händelser har lett till ökade krav på införande av nya och utvidgade tvångsmedel och andra åtgärder av integritetsinskränkande art.

Jag kommer att diskutera frågan om rättssäkerhet och integritet utifrån ett advokatperspektiv och då allmänt beröra problematiken rörande hemliga tvångsmedel samt de nya förslag på tvångsmedel som presenterats. Vidare kommer jag kort beröra några av de åtgärder som behöver vidtas för att väga upp de ingrepp i rättssäkerheten och integriteten som tvångsmedelsanvändningen medför. Jag kommer inte att närmare gå in på frågan om vilka beviskrav som gäller och bör gälla för användning av tvångsmedel.

Rättssäkerhet

Många är de som mer eller mindre framgångsrikt försökt att definiera begreppet ”rättssäkerhet”. Jag gör inte anspråk på att kunna presentera någon uttömmande definition, Men det finns vissa grundläggande kriterier som måste vara uppfyllda för att man skall kunna tala om rättssäkerhet. Ett av fundamenten i en rättsstat är att medborgaren åtnjuter ett effektivt skydd mot statens maktutövning. Den enskilde medborgaren skall vara tryggad mot statens missbruk av rättsordningen. Denna rätt är tillförsäkrad den enskilde genom ett systematiskt skydd för mänskliga rättigheter garanterade genom lag och konventioner. Rättsordningen skall inte kunna missbrukas i den meningen att den används som ett maktmedel för att åsidosätta andra mänskliga rättigheter. Ett exempel på detta är de s.k. raslagarna i Tyskland under andra världskriget. Lagstiftningen måste ha en rättsstatlig legitimitet.

Mänskliga rättigheter har olika dignitet. Rättssäkerhet bör i princip inte kunna åsidosättas. Det kan däremot skyddet för den personliga integriteten. Vid brottsbekämpning är tvångsmedelsanvändning ett sådant nödvändigt ingrepp i integriteten. All tvångsmedelsanvändning innebär ingrepp i den privata sfären. Det kan avse ingrepp i personlig frihet, förfoganderätt över egendom eller personlig integritet. Sådana ingrepp är givetvis särskilt känsliga vid utnyttjande av hemliga tvångsmedel som exempelvis hemlig teleavlyssning, hemlig teleövervakning och hemlig kameraövervakning. Hemliga tvångsme-

del är självfallet särskilt ingripande i den meningen att de just är hemliga och äger rum utan vetskap av den som blir utsatt för tvångsmedlet. I många fall får den som utsatts för tvångsmedlet över huvud taget aldrig reda på att så skett.

För att kunna upprätthålla kravet på rättssäkerhet krävs att lagstiftningen är av god kvalitet såväl vad gäller straffprocessuella regler som det materiella innehållet.

En annan förutsättning för att rättssäkerhet skall kunna anses vara för handen är en god rättstillämpning. Oberoende domstolar måste kunna tolka och tillämpa regler och lagar enligt vedertagna principer. Detta kräver bl.a. avsaknad av korruption. I Sverige är vi, vågar jag påstå, fullständigt befriade från korruption i våra domstolar. Så är dessvärre inte fallet i alla länder. I själva verket är korruption en utbredd företeelse i flera EU-länder, liksom i flertalet av de nya länder som gör anspråk på medlemskap i EU. Denna verklighet bör man ha i åtanke när man diskuterar rättssäkerhet i Sverige. Vi har en lång rad omfattande åtaganden såväl inom EU, som gentemot andra stater, t.ex. USA, där vi förbundit oss att tillhandahålla internationell rätts hjälp innefattande bl.a. utlämnande av svenska medborgare, överlämnande av personer och bevismaterial m.m.

Tvångsmedelsanvändning skulle ur effektivitetssynpunkt kunna vara av värde vid varje brottsutredning. Det är lätt att se fördelar såväl i det enskilda fallet som generellt. Därför krävs en rimlig avvägning mellan det befogade kravet på effektiv brottbekämpning, å ena sidan, och det lika befogade kravet på upprätthållandet av rättssäkerhet och integritet å den andra sidan. Det är en svår balansgång som innehåller en konflikt mellan säkerhetstänkande och mänskliga rättigheter.

Det saknas i dag generellt tillämpliga bestämmelser vad gäller skyddet för den enskildes integritet. Regeringsformen (RF) och Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) syftar till att skydda integriteten och andra grundläggande rättigheter, samtidigt som de medger inskränkningar i integriteten och övriga rättigheter. Sådana inskränkningar får dock bara göras i lag och enbart för att tillgodose vissa ändamål, som inte får sträcka sig längre än till vad som är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle med hänsyn till det ändamål som föranlett inskränkningen.

Avvägningen mellan intresset av en effektiv brottbekämpning och upprätthållandet av mänskliga rättigheter kan utfalla olika vid olika tidpunkter. Som minimikrav vid straffrättslig lagstiftning och vid införande av straffprocessuella tvångsåtgärder måste dock vissa förutsättningar vara uppfyllda; det skall finnas ett behov av åtgärden, åtgärden skall kunna förväntas bli effektiv, åtgärden skall vara nödvändig och åtgärden skall vara proportionerlig i förhållande till dess syfte.

Behov

Det måste finnas ett behov av att införa ett nytt tvångsmedel. Ett behov som inte kan tillgodoses med befintliga tvångsmedel. I den stora mängd nya förslag som presenterats under senare år har Advokatsamfundet funnit att det i flera fall saknats tillfredsställande utredning om behovet. Det förekommer däremot ett stort antal allmänna påståenden om "utbredd organiserad brottslighet", "gränsöverskridande brottslighet" liksom om "systemhotande brottslighet". Semantiken är inte bara otydlig, utan även illa underbyggd. Behovsbeskrivningarna har därför också ifrågasatts av flera forskare. Det kan noteras att det t.ex. i promemorian Tvångsmedel för att förebygga eller förhindra allvarlig brottslighet (preventiv avlyssning), Ds 2005:21, hänvisas till en behovsinventering som i flera fall utgår från situationer som ligger relativt långt tillbaka i tiden. Något motsägelsefullt, i ljuset av de föreslagna åtgärderna, anförs också i promemorian att systemhotande brottslighet inte är vanligt förekommande i Sverige.

Effektivitet

När det gäller kravet på effektivitet finns det likaså anledning att ifrågasätta om de föreslagna tvångsmedlen hemlig rumsavlyssning (s.k. buggning) och preventiv avlyssning uppfyller effektivitetskravet. Empiriskt kan konstateras att under hälften av de fall där hemliga tvångsmedel kommit till användning har de haft någon betydelse för förundersökningen. Detta stöder inte påståendet att effektivitetskravet är uppfyllt. Här kan även promemorian om Hemlig rumsavlyssning (Ju2005/9318/Å) tjäna som underlag. Där konstateras (s. 47) att "det inte är möjligt att i dag vara helt säker på hur effektivt det nya tvångsmedlet kommer att vara i den brottsutredande verksamheten." Materialet i promemorian tillåter alltså inte några säkra slutsatser om hemlig rumsavlyssning är ett tvångsmedel som är effektivt i meningen att andelen uppklarade grova brott skulle öka i sådan grad att det uppväger det integritetsintrång som avlyssningen otvivelaktigt innebär. Till detta kommer att det från polisens sida regelmässigt anförs att buggning är dyrt och omständligt med konsekvens att det kommer att användas i mycket liten utsträckning. I promemorian om preventiv avlyssning (se ovan) sägs (s. 175) sammanfattningsvis att "[...] tvångsmedel för att förebygga eller förhindra brott kan antas bli effektiva verktyg för att bekämpa den allvarliga brottslighet som här avses.". Ett sådant antagande utgör inte en tillräckligt hög grad av säkerhet när det gäller åtgärdens effektivitet för att konstituera lagstiftning.

Nödvändighet

Argumentet att ett tvångsmedel är nödvändigt för att förhindra nya brott samtidigt som effektiviteten kan ifrågasättas är inte tillfredsställande. Relevansen av flera påståenden bör ifrågasättas. Det brukar anföras till stöd för att införa buggning att det är nödvändigt till följd av

att s.k. yrkeskriminella slutat tala i telefonen vid planering av sina brott. Detta skulle ju i sådana fall innebära att telefonavlyssning vid dessa misstankar borde avföras som tvångsmedel. Det kan också ifrågasättas varför dessa yrkeskriminella inte skulle inse att införandet av buggning som tvångsmedel innebär risk för dem och deras verksamhet och således leda till att dessa personer förändrar sitt beteende. Samtidigt som denna "nödvändighetsargumentation" med styrka framförs av polis, åklagare och de politiker som stöttat införandet av nya tvångsmedel, är dessa brottsbekämpningsivrare beredda att införa mycket långtgående åtgärder i form av datalagring och detta just med hänvisning till att det är nödvändigt, eftersom yrkeskriminella och terrorister planerar brott på telefon. Ett annat argument som vanligen åberopas till stöd för att införa nya tvångsmedel är att dessa finns utomlands. Det är en uppgift som delvis är korrekt. I många av dessa länder finns emellertid samtidigt en skyldighet att i efterhand informera den som utsatts för tvångsmedlet. Det finns en lång rad andra företeelser som är mer eller mindre vanligen förekommande och accepterade utomlands, men som vi ändå inte bör importera oavsett hur brottsbekämpningseffektiva de nu må vara. Jag tänker då speciellt på dödsstraff och den i USA nyligen införda "The Military Commissions Act of 2006" som legitimerar hemliga bevis och accepterar bevis som tillkommit under tortyr som bevismedel i domstol.

Proportionalitet

Vid införande av nya tvångsmedel skall en proportionalitetsavvägning göras. Sådana avvägningar har emellertid generellt fått stå tillbaka såväl internationellt som nationellt till förmån för argument av karaktären "rent mjöl i påsen" och "det är bara grova brottslingar som riskerar att bli utsatta för tvångsmedel". Vid en ytlig betraktelse av gällande internationella och nationella regelverk beträffande t.ex. frysning av tillgångar, är det enligt min mening uppenbart att detta regelverk tillkommit på ett sätt som inte är förenligt med svensk och internationell rätt. De svenska medborgare av somaliskt ursprung som under lång tid blev utsatta för denna sanktion blev offer för ett förfarande som inte är acceptabelt i en rättsstat.

Det är de som påstår att förutsättningarna är uppfyllda för att straffprocessuella tvångsåtgärder skall få införas, dvs. att det föreligger ett behov, att den föreslagna åtgärden kommer att bli effektiv och att åtgärden är proportionell, som har bevisbördan för att så är fallet. Den bördan åvilar inte dem som ifrågasätter sådana påståenden.

Något om aktuella förslag m.m.

Lagen (1952:98) med särskilda bestämmelser om tvångsmedel i vissa brottmål
Erfarenheterna visar att när ett tvångsmedel väl införts så blir det permanent. Lagen om hemlig kameraövervakning är tidsbegränsad och gäller efter den senaste förlängningen av giltighetstiden till ut-

gången av 2007. Lagen (1952:98) med särskilda bestämmelser om tvångsmedel i vissa brottmål är ett annat sådant exempel. Den reglerar i första hand säkerhetspolisens användning av hemliga tvångsmedel. Lagen är tidsbegränsad och tillkom under det Kalla Krigets dagar. De förutsättningar som en gång i tiden motiverade lagens tillkomst föreligger inte längre. Lagen har dock förlängts ett fyrtiotal gånger och gäller nu till utgången av år 2007. Beslut om förlängning av lagens giltighetstid har normalt inte föregåtts av något remissförfarande. Först år 2003 gjordes dock ett — välkommet — undantag från denna lagstiftningspraxis (en praxis vars överensstämmelse med regeringsformen kan sättas i fråga).

I olika sammanhang, t.ex. i betänkandet Vår beredskap efter den 11 september (SOU 2003:32), av Säkerhetstjänstkommissionen (i SOU 2002:87) och antydningssvis redan av SÄPO-kommittén (SOU 1990:51, s. 144), har påpekats att de hemliga tvångsmedlen används på ett annat sätt än som avsetts. I stället för att användas som brottsutredande instrument används de, möjligen i huvudsak, som instrument för spaning och i brottsförebyggande syfte. I promemorian Fortsatt giltighet av 1952 års tvångsmedelslag och lagen om hemlig kameraövervakning (Ju2003/7972/Å) sägs också — möjligen oreflekterat — att lagen behöver förlängas för att *motverka* terrorism. Åsyftas därmed måhända möjlighet att bedriva spaning utan konkret brottsmisstanke?

Buggningsutredningen uttalade 1998 att den inte iakttagit att lagens särbestämmelser om telefonavlyssning använts i en omfattning eller på ett sätt som inte kunde godtas, medan Säkerhetstjänstkommissionen konstaterade (se SOU 2002:87, s. 376) t.ex. att avlyssningsoperationer närmast haft en brottsförebyggande karaktär och att avlyssning skett trots att rekvisiten för det brott avlyssning skett för inte varit uppfyllda. Vem skall man egentligen lita på?

Lagens giltighetstid förlängdes med en intetsägande motivering och utan någon redovisning av dess tillämpning eller effektivitet. Det var alltså 40:e gången giltighetstiden förlängdes. Frågan om att permanenta lagens bestämmelser har väckts några gånger och förslag i den riktningen lades fram av Buggningsutredningen 1998. Nu sitter en utredning med uppdrag att i ljuset av pågående lagstiftningsärenden analysera behovet av lagen. Samma utredning har även i uppdrag att föreslå hur lagen om hemlig kameraövervakning kan permanentas.

Datalagringsdirektivet

Senast under hösten 2007 skall direktivet om lagring av elektroniska trafikdata vara implementerat i nationell lagstiftning. Direktivet tillkom på initiativ av bl.a. Sverige. All trafikdata rörande e-mail, fax och telefonsamtal kommer att sparas under lång tid för att i en framtid kunna användas vid misstanke om brott. Lagstiftningen är synnerli-

gen ingripande och innebär i flera avseenden ett systemskifte. Vad som tidigare var ett undantag från integritetsskyddet i syfte att kunna lagra trafikuppgifter i fakturerings syfte är nu en skyldighet för privata teleoperatörer.

Direktivet möjliggör att med användning av all den information som sparas följa en individs förehavanden och kontakter i det närmaste utan avbrott. En mobiltelefon som är påslagen fungerar som en GPS. Från advokathåll har allvarliga protester rests inte minst eftersom direktivet inkräktar på sekretessen och den enskildes rätt till förtroligt samtal med sin advokat. Även om inte innehållet i meddelandena sparas kan det lätt identifieras om en person varit i kontakt med advokat, när och hur länge.

Den ofantliga informationsmängd som kommer att lagras kan komma att missbrukas. Den kan komma att användas för andra ändamål än de som ursprungligen avsågs. Den kan hamna i orätta händer. Det finns anledning att vara mycket uppmärksam på den kommande utvecklingen. Frågan om hur enskilda länder kommer att inkorporera direktivet återstår att se. Regeringens utredare skall presentera sitt uppdrag senast den 1 april i år.

Departementspromemorian Tvångsmedel för att förebygga eller förhindra allvarlig brottslighet (preventiv avlyssning), Ds 2005:21

Som en reaktion på den kritik som riktats mot att hemliga tvångsmedel används för andra ändamål än de egentligen avsedda, lät regeringen göra en utredning om möjligheterna att använda tvångsmedel preventivt och i syfte att inhämta information. Advokatsamfundet välkomnade tidigare förslag om en översyn av reglerna (se samfundets yttrande den 25 augusti 2003 över betänkandet Vår beredskap efter den 11 september, SOU 2003:32). Vad som var aktuellt då var utslutande den tvångsmedelsanvändning som säkerhetspolisen utnyttjat. Det var också mot den bakgrunden som samfundet anförde att man inte hade några avgörande invändningar mot att tvångsmedel användes på det sättet.

Promemorian innehåller förslag som skulle möjliggöra för SÄPO att, på sätt som redan i dag sker med stöd av 1952 års tvångsmedelslag, avlyssna inte i brottsutredande syfte utan i underrättelsesyfte. Det innehåller dock också en möjlighet för den öppna polisen att utföra sådan avlyssning. Detta skulle onekligen innebära ett paradigmskifte i svensk tvångsmedelanvändning att införa hemliga tvångsmedel utan att det föreligger misstanke om brott.

Promemorian gav ett ovanligt stort utrymme åt en analys av frågorna om behov, ändamålsenlighet och proportionalitet, men jag delar inte utredarens uppfattning att dessa krav var uppfyllda.

Det angavs att behovet av att införa bestämmelser som ger lagliga möjligheter att förebygga eller förhindra allvarlig brottslighet är stort. Vidare anfördes att effektiviteten i brottsbekämpningen skulle för-

bättras om sådana möjligheter införs. Avslutningsvis påstods att intresset av att brottsbekämpningen på detta område förbättras väger tyngre än intresset av att värna om den personliga integriteten.

Behovsinventeringen pekade i flera fall på situationer som inträffat för relativt lång tid sedan (bl.a. gäller detta terrorishändelser i Sverige). Detta gällde i än högre grad behovsinventeringen inom den öppna polisens verksamhetsområde. Även här fördes uppgifter och redovisningar in som hänför sig till förhållanden relativt långt tillbaks i tiden.

Den föreslagna lagregleringen skulle ge möjlighet till övervakning av mer eller mindre väl avgränsade brottsliga miljöer. En given följd skulle också vara att övervakningen skulle omfatta en mängd personer som av en eller annan anledning kommer i kontakt med någon som rör sig i dessa brottsliga miljöer. Redovisning av den svenska situationen för den öppna polisen innehöll inte någon beskrivning av någon kriminalitet, som skulle vara så systemhotande att det kan sägas föreligga något verkligt behov för den öppna polisen att kunna rikta spaning mot olika personer i preventivt syfte. I promemorian sades för övrigt att systemhotande kriminalitet inte är vanligt förekommande i Sverige.

Av de årliga redovisningarna som regeringen lämnar varje år till riksdagen framgår, som nämnts ovan, att en ungefärlig uppskattning ger vid handen att de hemliga tvångsmedlen ger något resultat i mindre än hälften av de fall de används. Det finns skäl att tro att åtgärder med stöd av den nu föreslagna lagstiftningen skulle vara ännu mindre effektiva, bl.a. av det skälet att de kommer att få tillgripas vid en lägre grad av misstanke. Redan i dag finns möjlighet att genom användande av hemliga tvångsmedel utreda stämpling, förberedelse och försök till brott. Också såvitt avser säkerhetspolisens verksamhet finns en betydande grad av osäkerhet om effektiviteten, en osäkerhet som är större än den som avser den öppna polisens verksamhet. Intressant är också att det i promemorian sägs att tvångsmedel för att förebygga eller förhindra brott "kan antas bli effektiva verktyg". Det är enligt min mening inte en tillräckligt hög grad av säkerhet.

Den föreslagna lagstiftningen ger kraftigt utökade möjligheter för staten att övervaka sina invånare. Tillämpningsområdet är utomordentligt vitt och möjligheterna att på ett rättssäkert sätt bevaka tillståndsgivningen torde vara mycket små. Man kan fråga sig om man på ett rättssäkert sätt kan bedöma huruvida någon kan antas komma att i en framtid begå allvarlig brottslighet. I stället kommer den föreslagna lagstiftningen att innebära en laglig rätt att fortlöpande övervaka de miljöer som säkerhetspolisen eller den öppna polisen finner vara av intresse.

Skyddet för den personliga integriteten skall i ett demokratiskt land vara starkt. Enskilda händelser eller strömningar inom samhället skall inte utan mycket noggranna överväganden kunna inskränka de

grundläggande fri- och rättigheterna. De redovisade grunderna för införandet av aktuella lagstiftningen är alltför bräckliga. Som bekant bordlades också regeringens proposition av riksdagen.

Promemorian Hemlig rumsavlyssning (Ju2005/9318/Å)

Förslaget om hemlig rumsavlyssning eller s.k. buggning har i olika omgångar varit aktuell de senaste 10–15 åren. Promemorians argumentation i frågan om behov av hemlig rumsavlyssning som tvångsmedel bygger till stora delar på att kriminaliteten och de kriminella presenteras som en gemensam fiende i form av "terroristbrottslighet", "den organiserade brottsligheten" eller den "systemhotande brottsligheten" samt att brottsligheten är gränsöverskridande i högre utsträckning än tidigare till följd av öppnare gränser och teknisk utveckling. Därefter påstås i anslutning till några få exempel att hemlig rumsavlyssning är nödvändig för säkerhetspolisens arbete, samt att behovet av den är påtagligt för den öppna polisens arbete.

Argumenten som framförs bygger inte på någon grundlig, empiriskt förankrad dokumentation. Långt fler belägg för ett verkligt behov av tvångsmedlet, och dess ändamålsenlighet, måste krävas för att nå upp till de förutsättningar som i en rättsstat måste vara för handen för att tvångsmedel skall få införas. Det är inte heller godtagbart att vid en sådan undersökning enbart förlita sig på uppgifter och argument från säkerhetspolisen och den öppna polisen, vilka fullt naturligt har starka intressen i saken.

I kriminologisk forskning har för övrigt ifrågasatts om påståendena om den starkt ökande gränsöverskridande organiserade brottsligheten verkligen är riktiga (se Per Ole Träskman i SvJT 2005 sid. 868 med vidare hänvisningar).

Den tid som har gått sedan förslaget senast fördes fram (1998) kännetecknas knappast av att den uteblivna buggningen skulle framstå som en allvarlig brist i kampen mot den grova brottsligheten. Detta belyses väl av att promemorian konstaterar att "det inte är möjligt att i dag vara helt säker på hur effektivt det nya tvångsmedlet kommer att vara i den brottsutredande verksamheten."

Materialet i promemorian tillåter alltså inte några säkra slutsatser om hemlig rumsavlyssning är ett tvångsmedel som är effektivt så till vida att andelen uppklarade grova brott skulle öka i sådan grad att det uppväger det integritetsintrång som hemlig avlyssning otvivelaktigt innebär.

Den redovisning som årligen lämnas till riksdagen av den öppna polisens användning av hemliga tvångsmedel visar som redan påpekats ovan att de hemliga tvångsmedlen ger resultat av betydelse för förundersökningen i mindre än hälften av de fall där de används. För användning av ett så ingripande tvångsmedel som hemlig rumsavlyssning bör krävas utredning om att sådan avlyssning är betydligt mer effektiv än så. Sådan utredning skulle kunna göras t.ex. genom att

studera hur effektiv hemlig rumsavlyssning är i andra länder. Det räcker inte att som i promemorian allmänt hänvisa till att t.ex. den danska polisen anser det vara omöjligt att bekämpa den organiserade brottsligheten utan tvångsmedlet och att den anser det ytterst effektivt.

Förslag rörande införande av åtgärder som hemlig rumsavlyssning, som med stor sannolikhet innebär att många oskyldiga drabbas, bör bygga på rationella överväganden baserade på empiriska belägg i objektiv forskning rörande behov och effektivitet. Traditionella garantier för att grundlagsskyddade rättigheter inte förhastat träds för när i allmän brottsbekämpningsiver måste beaktas.

Departementspromemorian En anpassad försvarsunderrättelseverksamhet, Ds 2005:30

Försvarets radioanstalt ägnar sig bl.a. åt det som kallas signalspaning. Det innebär att all radiotrafik avlyssnas — detta kan ske fritt, eftersom radiotrafik lika lite som ett samtal på ett öppet torg omfattas av regeringsformens skydd för förtrolig kommunikation. I promemorian föreslås bl.a. att spaning på kommunikationer skall få ske också i *all trådbunden trafik*, under förutsättning att trafiken passerar Sveriges gräns. I verkligheten passerar en mycket stor del av också den trådbundna nationella trafiken gränsen bl.a. till följd av att teleoperatörerna har sina servrar utanför landet.

Till skillnad från förslaget om preventiv avlyssning var frågorna om det berättigade i att göra genombrott i rättighetsskyddet synnerligen styvmoderligt behandlade i denna promemoria. Övervägandena bakom förslaget var i princip följande. Signalspaning får i dag ske i etern. Kommunikationer går i dag — delvis slumpvis — till allt större del i tråd. Möjligheterna att signalspana bör inte begränsas därför att trafiken går i tråd. Alltså bör inhämtning av uppgifter i tråd tillåtas.

Som nämnts var innebörden av förslaget att all trådbunden trafik som passerar Sveriges gräns skall få avlyssnas, det må röra sig om telefonsamtal, e-post, fax etc., begränsat i huvudsak av att det skall ske automatiserat och styrt efter sökbegrepp. Omfattningen av avlyssningen framstår som överväldigande. Därav följer också att genombrottet av grundlagsskyddet är mycket stort. En rimlig slutsats av detta vore att effektivitets- och proportionalitetsanalysen vore gedigen. I promemorian konstateras emellertid lakoniskt endast att starka skäl talar för att det skall tillåtas att inhämtning av signaler skall få ske i tråd.

Någon rimlig möjlighet att mot bakgrund av promemorian göra en bedömning av om de krav som enligt regeringsformen bör kunna ställas på rättighetsinskränkande lagstiftning är uppfyllda finns helt enkelt inte. Förslaget drogs tillbaka p.g.a. omfattande kritik. Dock lär det tyvärr inte vara avfört från den rättspolitiska agendan.

Tillgång till elektronisk kommunikation i brottsutredningar m.m. (SOU 2005:38)

Denna promemoria innehåller förslag i flera avseenden. Jag skall dock koncentrera mig på ett nytt tvångsmedel som föreslås, nämligen *hemlig dataavläsning*. Det går i princip ut på att polisen, efter tillstånd av domstol, ska få "hacka" sig in och "plantera" programvara för att "avläsa" data, i hemlighet utan någon efterföljande underrättelse till den misstänkte. Myndigheten ska till och med, efter tillstånd av rätten, i hemlighet få installera hård- eller mjukvara för dataavläsningen på en plats som annars särskilt skyddas mot intrång; t.ex. en bostad. Till detta kommer att "avläsningen" inte bara avser sådan information om användningen — s.k. trafikuppgifter — som avses vid beslut om teleövervakning. Även innehållet omfattas.

Utredningen för inga närmare resonemang om de vitt skilda sätt på vilka informationssystem kan användas, t.ex. med inbyggda mikrofoner (alla bärbara datorer har numera mikrofon), kanske tillsammans med webbkamera. Tekniken och författningsförslaget gör det i princip möjligt att överföra och "avläsa" informationen i realtid. Resultatet kan alltså bli att samtal avlyssnas när de pågår, om t.ex. IP-telefoni används, eller att det rum där informationssystemet finns kan betraktas som på film, om en webbkamera finns ansluten till den dator som i hemlighet "avläses".

Har datorn inbyggd eller ansluten mikrofon torde den programvara som "planteras" kunna instrueras att aktivera mikrofonen, om den inte redan är aktiverad. Samtal mellan personer i rum där informationssystem finns, som är föremål för "avläsning", skulle därmed kunna avlyssnas i realtid (buggning). Avgörande blir hur inplanterade tekniska hjälpmedel utformas och instrueras; ska t.ex. en redan aktiv mikrofon slås av?

Till detta kommer att omfattande informationsmängder i form av databaser eller handlingar kan "avläsas" i ett system. Ett beslut om dataavläsning skall visserligen innehålla uppgift om "det informationssystem tillståndet gäller" men begreppet informationssystem brukar ges en synnerligen vid tolkning.

Vidare ger förslaget i princip möjlighet att programvara för "avläsningen" via nät installeras i hemlighet i en eller flera servrar hos bl.a. företag — t.ex. VOLVO eller SKF — om det finns särskild anledning att anta att en misstänkt har använt sig av eller kommer att använda sig av dem (synnerligen anledning krävs inte eftersom det inte är fråga om annans bostad). Efter särskilt tillstånd av rätten får även hemlig installation (utan företagets vetskap) ske på plats.

Trots att de beskrivna långtgående intrången menar utredningen att hemlig dataavläsning bör få äga rum redan vid förundersökningar rörande dataintrång; dvs. brott som har en jämförelsevis låg straffskala och för vilka inte ens teleövervakning har fått äga rum förrän till följd av nyligen genomförda författningsändringar. Förslaget innebär att

åtgärder som kan antas få längre gående verkningar från integritets- och rättssäkerhetssynpunkt än hemlig teleavlyssning skall kunna medges redan på den nivå där endast teleövervakning kan komma i fråga (en förundersökning om exempelvis dataintrång kan inte grunda teleavlyssning).

Vid en prövning enligt den föreslagna lagen kvarstår visserligen en begränsning utifrån proportionalitet och det är möjligt att sätta upp särskilda villkor för ett tillstånd. Frågan är emellertid hur rätten ska kunna bilda sig en närmare uppfattning om förutsättningarna. Kan de brottsutredande myndigheterna t.ex. vara säkra på var den berörda datorn finns om åtgärderna sker via nät och att åtgärderna inte öppnar upp för intrång av andra? Finns informationssystemet möjligen helt eller delvis utomlands så att åtgärden skulle innebära ett intrång i det främmande rikets suveränitet och används någon teknisk svaghet så att även andra kan uppmärksammas på den och ta sig in i informationssystemet?

Många frågor rörande tvångsmedlets utformning och verkningar från bl.a. integritets- och rättssäkerhetssynpunkt kvarstår, varför förslaget inte utan ytterligare genomlysning bör läggas till grund för lagstiftning.

Historisk återblick

Det är intressant att studera riksdagspartiernas förhållningssätt till frågan om tvångsmedel. Avsaknaden av ett principiellt förhållningssätt är nämligen påtaglig. Det är särskilt tydligt vad avser de två största partierna. Socialdemokrater och moderater representerar en pragmatisk syn som förefaller delvis styrd av finansiella hänsyn. Samstämmighet rådde i princip mellan samtliga riksdagspartier fram till 1989 års lagstiftningsärende. Då ville Socialdemokraterna, Moderaterna och Folkpartiet utvidga tillämpningsområdet för teleavlyssning och teleövervakning. De motsatte sig offentliga ombud och reglering av överskottsinformationen. Vänsterpartiet krävde stränga villkor för användning av dessa tvångsmedel. Vänsterpartiet ville också ha offentliga ombud samt önskade reglering av överskottsinformationen. Samtliga partier motsatte sig buggning.

I 1996 års lagstiftningsärende, som rörde dold kameraövervakning bytte Socialdemokraterna och Moderaterna fot. Partierna, liksom Folkpartiet, var nu för legalisering. Folkpartiet argumenterade dock på samma sätt som Vänsterpartiet, som motsatte sig förslaget.

I 2006 års lagstiftningsärenden med förslag till buggning och preventiv avlyssning var förhållandena desamma. En minoritet i riksdagen bestående av Vänsterpartiet, Miljöpartiet, Kd och Centern genomdrev en bordläggning av förslaget.

Europeisk kriminalpolitik

Den europeiska kriminalpolitiken kännetecknas av gemensamma organ som Europol och Eurojust, gemensamma resurser och gemensamma regelverk. Denna utveckling inleddes i Tammerfors 1999. Den europeiska straffrätten bygger på såväl harmonisering, som erkännande av varandras rättsordningar och därmed domar och beslut. Utgångspunkten är en effektivare brottsbekämpning. Exempel på lagstiftningsåtgärder med detta syfte är rambeslutet om bekämpande av organiserad brottslighet. En rad nya förslag till rambeslut och konventioner är också i antågande. Förslaget till rådets rambeslut om utbyte av information enligt principen om tillgänglighet (KOM [2005] 490 slutlig) är ett sådant exempel. Förslaget innebär en förpliktelse för medlemsstaterna att utbyta information som är relevant för brottsbekämpande ändamål och som innehas för brottsbekämpande verksamhet. Tillgänglig information skall utbytas antingen genom direkt tillgång till register (databaser) eller genom överförande enligt en begäran om information som skall bygga på en träff i referensdatabaser (index). De informationstyper som omfattas av förslaget är DNA-profiler, fingeravtryck, ballistiska uppgifter, bilregisterinformation, telefonnummer och kommunikationsdata samt minimiuppgifter för identifikation av personer.

Ett annat pågående arbete är det som manifesterats i det s.k. Prüm-fördraget som hittills undertecknats av sju av EU:s medlemsstater (Belgien, Tyskland, Spanien, Frankrike, Luxemburg, Nederländerna samt Österrike). Fördraget, eller konventionen, kan liknas vid ett utökat Schengen-samarbete där ett antal länder vill gå i bräschen för ett än mer omfattande informationsutbyte och ett fördjupat gränsöverskridande samarbete särskilt när det gäller bekämpning av terrorism, gränsöverskridande brottslighet och illegal invandring. Fördraget innehåller bestämmelser om utbyte av vissa identifikationsuppgifter, samt om ett gränsöverskridande operativt samarbete för bekämpning av bl.a. terrorism. I fördraget ingår dessutom bestämmelser om data-skydd.

Till skillnad från det som kännetecknar svensk kriminalpolitik saknar den europeiska kriminalpolitikens inriktning brottspreventiva åtgärder. Till detta kommer stora skillnader i rättstradition, förekomsten av en utbredd korruption, liksom avsaknaden av en gemensam rättskultur. Konsekvensen blir att fokus helt och hållet läggs på effektivitet. Risken för ökad repressivitet och minskad frihet, liksom ökad tvångsmedelsanvändning leder emellertid ofrånkomligt till begränsningar i de grundläggande fri- och rättigheterna.

Utveckling och tendenser

Attentaten den 11 september 2001 har lett till en händelsestyrd utveckling på lagstiftningsområdet, såväl internationellt som nationellt. Kvalitén på lagstiftningsprodukterna har blivit sämre, bl.a. i allt större

omfattning kännetecknande av bristfällig beredning. Det gäller alltifrån FN:s sanktionslistor till rambeslut och departementspromemorior. Beredningen av nya regelverk på det straffprocessuella området har förändrats på många sätt. Vad som tidigare presenterades i en omsorgsfull utredning läggs numera fram i en tunn departementspromemoria. Mängden och hastigheten leder till bristande överblick, vilket omöjliggör en helhetsbedömning av frågan om rättssäkerhet och integritet. Lagförslag i nu aktuella frågor har också på senare tid följaktligen fått betydande kritik från Lagrådet.

De senaste åren har den hemliga tvångsmedelsanvändningen ökat kraftigt, något som bl.a. framgår i regeringens senaste skrivelser till riksdagen om hemlig teleavlyssning, hemlig teleövervakning och hemlig kameraövervakning vid förundersökning i brottmål (se t.ex. skr. 2006/07:28 och 2005/06:53). Hemliga tvångsmedel används i spaningssyfte i stället för att lösa brott. Enligt rättegångsbalken (RB) krävs misstanke om brott av viss svårighetsgrad och att en viss person är på sannolika skäl misstänkt för att tvångsmedel skall få användas. Tvångsmedlet skall användas som bevis vid begånget brott. Förslaget om preventiv avlyssning utgör därför en nyhet i svensk straffprocess. Idén med att låta den öppna polisen i förebyggande syfte avlyssna personer utan misstanke om brott innebär en mycket stor förändring i förhållande till nuvarande lagstiftning.

En annan oroväckande tendens är att tvångsmedelsanvändningen, om de nya tvångsmedlen införs, i ökad utsträckning kommer att drabba människor som inte är misstänkta för brott. Människor delas alltmer in i grupper. I dag är det muslimer som röner uppmärksamhet. Imorgon kanske det är miljörörelsen eller människorättsaktivister. Ett vidgat synsätt på brottslighet "guilt by association" har introducerats. EU:s strategi för att motverka rekrytering och radikaliserings är ett sådant exempel. Brotts är inte bara lagbrott utan också "bristande medborgaranda, som utan att nödvändigtvis manifesteras i straffbara handlingar tar sig uttryck i olika asociala beteenden som sammantagna kan skapa ett klimat av spänning och osäkerhet" (EU-kommissionen). Brottsförebyggande åtgärder är "alla åtgärder som är avsedda att minska eller på annat sätt bidrar till en minskning av brottsligheten och medborgarnas känsla av osäkerhet" (EU:s ministerråd). Säkerhetstänkande blir överordnat mänskliga rättigheter och integritet. Hotbilder presenteras i form av terrorism, systemhotande brottslighet, eller organiserad brottslighet. Brottsbekämpning beskrivs som krig. En tydlig militärisering kan identifieras. Militären används eller föreslås få befogenheter att användas för polisiära uppgifter.

Vad som är tekniskt möjligt blir styrande. Som ovan behandlats ligger ett nytt betänkande på Justitiedepartementets bord rörande s.k. hemlig dataavläsning. Som också påpekats innebär detta bl.a. att polisen skall få bryta sig in i och placera eller byta ut såväl hård som mjuk-

vara i datorer. Detta förslås kunna äga rum redan vid misstanke om dataintrång. EU-direktivet om lagring av trafikdata innebär ett paradigmskifte i flera bemärkelser. Önskemålen om utvidgade DNA-register i kombination med ökad information mellan myndigheter nationellt och internationellt inger likaså betänkligheter.

Riskerna för oönskad informationsspridning är överhängande. Likaså att beviskraven sänks. På samma sätt är det fara för missbruk och ändamålsglidning. Kameror, biltullar och PKU-register kan användas för annat än vad som var den ursprungliga avsikten. Därtill kommer risken för överutnyttjande och att oskyldiga blir misstänkta. Nya arbetsmetoder för polis och åklagare innebär likaså en urholkning av frågeförbudet i RB liksom beslagsreglerna. Ett ökat användande av tvångsmedel kan leda till minskat förtroende för polis och åklagare. På sikt undermineras rättsstatens grundläggande värderingar såsom tilltron till rättssäkerheten och de demokratiska institutionerna. Balansen stat-individ förskjuts, till individens nackdel.

Rättssäkerhetsgarantier

Som huvudregel bör i ett rättsamhälle generella tvångsmedel vara förbehållna mycket speciella situationer och endast få förkomma undantagsvis. Övervakningskameror kan givetvis vara motiverade, men de bör noga övervägas i varje enskilt fall. Lagring av trafikdata är ett exempel som förskräcker. Departementspromemorian En anpassad försvarsunderrättelseverksamhet (Ds 2005:30) återtogs. Det finns dock anledning att vara uppmärksam vad gäller FRA:s önskemål om att kunna avlyssna i princip all teletrafik. Det finns redan exempel på sådan verksamhet. Den utförs "omsorgsfullt" av *Echelon* och *Department of Homeland Security*.

En tydlig utveckling är att tillämpningsområdet utvidgas i takt med straffskärpningar. Detta leder till ökad tvångsmedelsanvändning. Detsamma gäller synen på straffskala, straffvärde och de alltmer utnyttjade s.k. ventilerna. Graden av misstanke bör stramas upp. Det bör inte kunna vara möjligt att besluta om hemliga tvångsmedel om det inte föreligger sannolika skäl alternativt skälig misstanke om brott. Vad angår bevisfrågor vill jag endast peka på att det kunde vara dags att överväga den fria bevisprövningen. Möjligen bör vi införa kassationsregler avseende otillåten åtkomst av bevisning. Frågan är aktuell inte minst mot bakgrund av nya regler om skyddsidentiteter m.m. Nya redskap och utvidgade tvångsmedel med åtföljande överskottsinformation får inte leda till lägre beviskrav. Detta ställer i stället krav på ökad kontroll och insyn av regeltillämpning samt kunskap om arbetsmetoder.

Det krävs en helhetsbedömning där Europakonventionens och RF:s krav på ändamålsenlighet, behov, effektivitet och proportionalitet uppfylls. Dessa kriterier kan förändras över tid och omprövas. Därför krävs tydliga materiella regler och procedurregler. Rätt till effekti-

va rättsmedel måste garanteras. Beslut om tvångsmedelsanvändning skall alltid fattas av domstol. Möjligen kan domstolens sammansättning omprövas. Det kanske skall vara flera ordinarie domare som beslutar om tvångsmedel. Likaså kunde det vara en poäng att det är flera domstolar som prövar frågan om tvångsmedel. Risken för symbios och "tunnelseende" är annars uppenbar. De offentliga ombudens roll bör också stärkas.

Frågan om överskottsinformation har till del lösts genom ny lagstiftning. Men kvar står problemet med missbruk av överskottsinformation. Likaså den angelägna frågan om hur sådan information behandlas kräver ytterligare belysning. Det är särskilt viktigt med hänsyn till det omfattande internationella samarbete som förekommer. Advokaterna i deras egenskap av offentliga ombud och domstolarna har en viktig uppgift i att noggrant syna åklagarsidans grunder för yrkande om hemliga tvångsmedel. En stor brist i sammanhanget är att det i det närmaste är omöjligt att granska och analysera domstolsbesluten, eftersom det inte närmare framgår vilka uppgifter och överväganden som grundat beslutet.

Underrättelse och parlamentarisk kontroll

Den parlamentariska kontrollen är i dag begränsad till regeringens årliga skrivelse till Riksdagen. Denna är i många avseenden otillräcklig och bör utvidgas. Fördelen är dock att regeringen genom sin redovisning ikläder sig ett visst ansvar gentemot riksdagen.

I likhet med vad som finns i andra länder i Europa (t.ex. Norge, Danmark och Tyskland, se SOU 2006:98 Ytterligare rättssäkerhetsgarantier vid användandet av hemliga tvångsmedel, m.m., sid. 53 ff. samt SOU 1998:46 sid. 169 ff.) bör det införas ett oberoende kontrollorgan med parlamentarisk legitimitet. Detta är särskilt angeläget för beslut som rör SÄPO. Vidare bör, också i likhet med vad som finns utomlands, underrättelse ske till den som har utsatts för avlyssningen. Den som utsatts för tvångsmedelsanvändning skall kunna få rätt till någon form av remedium eller rättsmedel vid felaktig tvångsmedelsanvändning. Underrättelse leder även till information om polisens arbetsmetoder, vilket kan verka återhållande på missbruk m.m.

Kvalitén i lagstiftningen måste höjas. I detta avseende krävs att riksdagen och EU-nämndens arbete förändras. Hela beredningsprocessen måste förbättras. I många sammanhang har Advokatsamfundet kritiserat den beredning som föregår att ett rambeslut antas. Initiativen tas ibland under pågående toppmöten. Hastigt påkomna idéer kommer in i viktiga slutdokument från t.ex. Europeiska rådet. Detta innebär att den politiska agendan redan är satt innan det att någon tänkt igenom vad förslaget innebär. Ett förslag till rambeslut diskuteras i någon av rådsarbetsgrupperna utan ordentlig beredning eller förankring på nationell nivå. Propositioner om antagande av rambeslutet läggs utan att den nationella genomförandelagstiftningen

finns på plats och trots att många svåra frågor är olösta. Man kan ifrågasätta om våra riksdagspolitiker verkligen vet vad de beslutar om.

Rambesluten är komplicerade också på andra sätt. De grundas på den principiella tankegången om ömsesidigt erkännande av medlemsstaternas rättsordningar och rättsliga beslut. Det kan inte förnekas att medlemsstaternas rättsordningar skiljer sig åt, såväl avseende regelverkens innehåll, t.ex. förutsättningar för straffprocessuella ingripanden, som avseende rättsväsendets uppbyggnad, funktion och effektivitet.

Lagstiftaren har på det straffprocessuella området i en rad fall efter den 11 september 2001 misslyckats med att åstadkomma goda lagstiftningsprodukter och i vissa fall också åsidosatt vad som kan anses falla inom FN-stadgan och Europakonventionens ramar. Detta tydliggör behovet av en ökad maktindelning. Ett sätt att garantera rättssäkerheten vore att för domstol införa en utvidgad lagprövningsskyldighet genom borttagandet av uppenbarhetsrekvisitet, att förstärka Lagrådet samt att införa en författningsdomstol. Dessa åtgärder är enligt min mening nödvändiga för att tillförsäkra att lagstiftaren bättre tar sitt ansvar för att bevaka att samtliga RF:s krav är uppfyllda vad angår ändamålsenlighet, behov, effektivitet och proportionalitet.

I anledning av vad som tidigare framförts påstår jag att all tvångsmedelsanvändning måste ses i ett helhetsperspektiv. I den mening som måste "äpplen och päron packas ner i samma korg". Det viktiga är den sammantagna bilden av vilken information och lagring av data som finns tillgänglig, vilka tvångsmedel, arbetsmetoder och verktyg som används. Utvidgade möjligheter till DNA-register, brottsprovokation, kvalificerade skyddsidentiteter, datalagring av samtliga trafikdata, samkörning av register nationellt och internationellt, internationell rättslig hjälp i brottmål, kameraövervakning m.m. kräver kontroll. Det handlar ytterst om vilket samhälle vi vill ha. Terrorism och annan grov brottslighet är ett hot mot stater, enskilda och till och med mot vissa grupper av enskilda. Missbruk av statens maktmedel utgör emellertid ett hot mot det demokratiska samhällsbygget och rättsstaten. Utvecklingen i USA under Bush-administrationen utgör ett varnande exempel. Där numera tortyr och hemliga fängelser tillåts som tvångsmedel.

Vissa menar att det inte finns någon motsättning mellan effektiv brottsbekämpning och rättssäkerhet. De hävdar att det största integritetsintrånget är att bli utsatt för brott och att staten har en i det närmaste absolut skyldighet att se till att invånarna i staten inte blir utsatta för brott. Jag menar att denna analys är felaktig. Det finns en uppenbar motsättning mellan effektiv brottsbekämpning och mänskliga rättigheter och integritet. Vi har exempel i historien på stater som har haft en låg brottslighet, med samhällstyper av ett slag som de flesta av oss inte vill leva i. Ett exempel är det forna östblocket, ett annat Hitler-Tyskland. Det är för de flesta uppenbart att det pris det kostar

att bo i ett sådant samhälle inte motsvarar värdet av att brottsligheten är låg. Samhällets uppgifter i en rättstat är att å ena sidan med iakttagande av mänskliga rättigheter förhindra, lösa och beivra brott och å den andra sidan garantera invånarna rättstrygghet i meningen att de inte utsätts för övergrepp och kriminella handlingar. I detta ligger en svår balansgång.

Om brottsbekämpningsintresset tillåts väga för tungt kan grundläggande rättigheter komma att kränkas, men effektiviteten kan komma att bli hög. Resultatet kan förväntas bli ett eroderat förtroende för staten även om effektiviteten i brottsbekämpningen är hög. Det kan dock vara så att om brottsbekämpningen blir synbarligen effektivare, genom att vissa mänskliga rättigheter inskränks, förtroendet inte eroderas, förutsatt att alternativet framstår som tillräckligt hotfullt. Israel är ett sådant exempel.

Det finns enligt min mening en övertro på det goda i den demokratiska staten. Demokratin i sig är faktiskt ingen garanti för rättsstaten och värnet av rättssäkerhet och integritet. Detta är egentligen självklart — vore det inte så behövde vi inte någon Europakonvention eller rättighetskatalog. Syftet med dessa är just att skydda de grundläggande samhällsvärdena mot de tillfälliga majoriteternas övergrepp. Genom att tvångsåtgärder kan komma att riktas mot grupper av individer i stället för mot enskilda som är misstänkta för ett visst brott riskerar tvångsåtgärder att frikopplas från lagen. Ytterst kan det leda till att legalitetsprincipen överges. Om staten vidtar tvångsåtgärder mot grupper i stället för mot individer baserade på ett riskbeteende, kan människors engagemang i politiska organisationer, i religiösa sammanhang eller annan grupp tillhörighet förkvävas.

För att upprätthålla en god rättskultur och värna rättsstaten måste vi medvetandegöra rättssamhällets grundkrav. Jurister har ett särskilt ansvar härvidlag. Ett sätt att uppnå detta är att redan i skolan öka kunskapen om de grunder som uppbär den demokratiska rättsstaten. På universitetet och senare inom ramen för domarnas, åklagarnas och advokaternas vidareutbildning bör ytterligare fördjupning av dessa konstitutionella principer och övergripande normer äga rum. Inom Advokatsamfundet har vi nyligen beslutat att utvidga de rättsstatliga avsnitten inför advokatexamen. Min förhoppning är att detta beslut kommer att följas av liknande inom rättsväsendet.