

Regleringen av brottsutredares tillgång till befintlig digital information

Mattias Hjertstedt

Regleringen av brottsutredares tillgång
till befintlig digital information

Regleringen
av brottsutredares
tillgång till befintlig
digital information

Mattias Hjertstedt

SNS Förlag
Box 5629, 114 86 Stockholm
Telefon: 08-507 025 00
info@sns.se www.sns.se

SNS – Studieförbundet Näringsliv och Samhälle – är en oberoende ideell förening som genom forskning, möten och utbildning bidrar till att ledande beslutsfattare i näringsliv, politik och offentlig förvaltning kan fatta välgrundade beslut baserade på vetenskap och saklig analys. 280 ledande företag, myndigheter och organisationer är medlemmar i SNS.

Regleringen av brottsutredares tillgång till befintlig digital information
Mattias Hjertstedt
© 2023 Författaren och SNS Förlag
Tryck: Books on Demand, Tyskland
ISBN 978-91-89754-34-8

INNEHÅLL

Förord	7
Sammanfattning	9
1. Inledning	13
2. Svensk tvångsmedelsreglering och dess tillämplighet	19
3. Europakonventionen och Europadomstolens praxis	30
4. Problemanalys	40
5. Lösningsstrategier	47
6. Avslutande diskussion	53
Källförteckning	57

Förord

Europakonventionen utgör ett skydd för fysiska och juridiska personer gentemot medlemsstaterna på så sätt att dessa inte får vidta åtgärder som kränker medborgarnas rättigheter. En medlemsstat förbinder sig att rätta sig efter Europadomstolens domar i varje mål där landet är part. Konventionen gäller sedan 1995 som svensk lag.

I den här rapporten undersöker författaren om regleringen av några olika straffprocessuella tvångsmedel som brottsutredare använder för att få tillgång till befintlig information i elektronisk kommunikationsutrustning tillgodoser Europadomstolens krav. De tvångsmedel författaren granskar är beslag, husrannsakan, genomsökning på distans och hemlig dataavläsning.

Rapportförfattaren Mattias Hjertstedt är jur.dr och universitetslektor vid Juridiska institutionen, Umeå universitet.

Rapporten är en del i SNS treåriga forskningsprojekt »Brottslighet och samhälle«. Det är SNS förhoppning att rapporten ska bidra till ökad kunskap och diskussion om hur tvångsmedlen ska användas framöver.

För analys, slutsatser och förslag svarar rapportförfattaren. SNS som organisation tar inte ställning till dessa. SNS initierar och presenterar forskningsbaserade och policyrelevanta analyser av centrala samhällsfrågor.

Forskningsprojektet följs av en referensgrupp med representanter för ett tjugotal företag, myndigheter och organisationer. Från referensgruppen har också finansiering till projektet erhållits. Referensgruppen ansvarar dock inte på något sätt för rapportens innehåll. SNS framför ett tack till referensgruppen, som består av Advokatsamfundet,

Akavia, Arbetsförmedlingen, Avarn Security, Domstolsverket, Fastighetsägarna Sverige, Finansdepartementet, Fryshuset, Försäkringskassan, Göteborgs stad, Kriminalvården, Kronofogdemyndigheten, Livsmedelshandlarna, Malmö stad, Mellby Gård, MKB Fastighets AB, Polisförbundet, Polismyndigheten, Skatteverket, Stockholms stad, Svensk Försäkring, Svenskt Näringsliv och Åklagarmyndigheten. Martin Hällsten, professor i sociologi vid Stockholms universitet, ingår i referensgruppen som representant för SNS vetenskapliga råd.

Gunnel Lindberg, tidigare överåklagare och nuvarande ordförande för Säkerhets- och integritetsskyddsnämnden, har vid ett seminarium granskat ett utkast till rapporten.

Författaren vill också framföra sitt tack till Lena Landström, för värdefulla diskussioner rörande några av de frågor som behandlas i rapporten.

Stockholm i november 2023

Stefan Sandström
forskningsledare, SNS

Sammanfattning

Straffprocessuella tvångsmedel – såsom häktning, beslag, husrannsakan och kroppsbesiktning – är av central betydelse för att utreda brottslighet. Användning av sådana tvångsmedel innebär samtidigt ofta kännbara intrång i grundläggande fri- och rättigheter – exempelvis rätten till privatliv – som skyddas i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (Europakonventionen). Eftersom svensk lagstiftning måste utformas i enlighet med Europakonventionens krav framstår det som en angelägen forskningsuppgift att närmare analysera vilka krav som Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) ställer i dess tolkning av Europakonventionens artiklar.

Frågan om tvångsmedelsreglernas konventionsenlighet har också relevans ur ett effektivitetsperspektiv. En oklar lagstiftning riskerar att leda till att rättstillämpare behöver lägga ner mycket tid på att tolka lagstiftningen och kan innebära att osäkra beslutsfattare inte vågar använda sig av den befintliga regleringen. Ifall svensk rätt inte innehåller de rättssäkerhetsgarantier som Europakonventionen kräver är det därtill angeläget att välja en lösningsstrategi som inte medför så stora effektivitetsförluster.

Denna rapport syftar till att analysera den svenska rättsliga regleringen av brottsutredares tillgång till befintlig information i elektronisk kommunikationsutrustning. Detta övergripande syfte kan brytas ned i följande fyra frågeställningar:

- I. Vilka möjligheter ger den interna svenska tvångsmedelsregleringen brottsutredare att få tillgång till befintlig information i elektronisk kommunikationsutrustning?

2. Vilka krav ställer artikel 8 i Europakonventionen på denna tvångsmedelsreglering?
3. I vilken mån tillgodoser den svenska tvångsmedelsregleringen Europakonventionens krav?
4. Hur kan svensk rätt hamna mer i linje med Europakonventionens krav?

Med elektronisk kommunikationsutrustning avses all slags utrustning som kan användas för att kommunicera elektroniskt, till exempel datorer och mobiltelefoner.

Då det gäller den första frågeställningen behandlas i rapporten de tvångsmedel som kan ge brottsutredare tillgång till befintlig information i elektronisk kommunikationsutrustning: (1) beslag, (2) husrannsakan, (3) genomsökning på distans och (4) hemlig dataavläsning. Beträffande frågeställning 2, 3 och 4 behandlas däremot inte hemlig dataavläsning. Beslag är det enda tvångsmedel som kan ge brottsutredarna en möjlighet att omhänderta den aktuella elektroniska kommunikationsutrustningen, medan samtliga tvångsmedel – i olika stor utsträckning – ger en möjlighet att undersöka den information som finns i eller är tillgänglig genom elektronisk kommunikationsutrustning. Därutöver kan husrannsakan och hemlig dataavläsning ge tillträde till den lokal där den elektroniska kommunikationsutrustningen finns. Beslag och husrannsakan ger endast tillgång till sådan information som finns lokalt lagrad i den elektroniska kommunikationsutrustningen, medan genomsökning på distans tvärtom enbart tar sikte på externt lagrad information. Hemlig dataavläsning är det enda tvångsmedel där det är tillåtet att komma åt information genom att använda tekniska hjälpmedel såsom att installera en programvara för att kringgå en autentisering eller ett systemskydd. En skillnad är att hemlig dataavläsning – som framgår av namnet – är ett hemligt tvångsmedel, medan de övriga tre är öppna sådana. Detta får också betydelse på så sätt att hemlig dataavläsning – som ju därmed blir mer ingripande – är ett tvångsmedel som är försett med fler rättssäkerhetsgarantier, till exempel att det normalt sett är domstolen som är beslutsfattare. Det gäller också strängare förutsättningar – exempelvis misstanke om grövre brott – för att använda sig av hemlig dataavläsning än de övriga tvångsmedlen.

Det som skyddas i artikel 8 är var och ens rätt till respekt för (1) sitt hem, (2) sin korrespondens, (3) sitt familjeliv och (4) sitt privatliv. Användning av beslag och husrannsakan med flera tvångsmedel i syfte att få tillgång till information i elektronisk kommunikationsutrustning kan i första hand innebära ett intrång i hem, korrespondens och privatliv, men i vissa fall även i familjeliv. Om det sker ett intrång i någon av dessa rättigheter måste tre förutsättningar uppfyllas för att intrånget skall vara konventionsenligt: (1) det måste finnas ett lagstöd för åtgärden, (2) åtgärden måste vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle och (3) åtgärden måste vara motiverad av vissa angelägna ändamål som finns uppräknade i konventionstexten.

Det är framför allt på tre områden som den här undersökta svenska tvångsmedelsregleringen – beslag, husrannsakan och genomsökning på distans – kan hamna i konflikt med Europakonventionens krav på lagstöd och nödvändighet i ett demokratiskt samhälle. För det första innehåller bestämmelserna om beslag, husrannsakan och genomsökning på distans vissa oklarheter, som kan hamna i konflikt med Europadomstolens krav på begriplig tvångsmedelslagstiftning. För det andra kan den avsaknad av domstolsprövning – som utmärker de svenska reglerna om beslag samt framför allt bestämmelserna om husrannsakan och genomsökning på distans – hamna i konflikt med Europadomstolens krav på att vissa tvångsmedel måste kunna vara föremål för domstolsprövning, antingen före eller efter det att tvångsmedelsbesluten har verkställts. För det tredje kan beslut om husrannsakan och genomsökning på distans riskera att inte bli tillräckligt preciserade för att uppfylla Europadomstolens krav.

Det finns olika tänkbara sätt att lösa de ovan nämnda problemen, nämligen (1) lagstiftning, (2) rättspraxisutveckling, (3) fördragskonform tolkning och (4) myndighetsinterna åtgärder. En generell lösningsstrategi är att införa ny lagstiftning eller att ändra den redan befintliga lagstiftningen. I vissa fall kan emellertid så kallad fördragskonform tolkning, det vill säga en tolkning av de svenska bestämmelserna på ett sätt som är förenlig med Europakonventionen, vara en framkomlig lösningsstrategi. Därutöver kan praxisutveckling – alltså att praxis från exempelvis Högsta domstolen preciserar rättsläget – ibland lösa problemen. Slutligen kan olika myndighetsinterna åtgärder – av polis och åklagare – såsom riktlinjer och utbildningsinsatser innebära en fruktbar lösningsstrategi.

De olika lösningsstrategierna fungerar olika väl beroende på vilka problem det är fråga om. Mot bakgrund av undersökningens resultat lämnas följande rekommendationer om vad som behövs för att tillgodose Europadomstolens krav och samtidigt främja en effektiv brottsbekämpning:

Rekommendationer till lagstiftaren (regering och riksdag)

1. Gör en översyn av tvångsmedelslagstiftningen ur begriplighets-synpunkt.
2. Gör en översyn av vilka tvångsmedel som har alltför begränsade möjligheter till domstolsprövning utifrån Europadomstolens praxis. En möjlig lösning är att reformera lagstiftningen på liknande sätt som har gjorts i Finland i fråga om husrannsakan, det vill säga att bibehålla beslutsordningen men att införa en rätt till domstolsprövning i efterhand.

Rekommendationer till beslutsfattarna (i huvudsak domstolar och brottsutredare)

1. Tillämpa en slags försiktighetsprincip vid beslutsfattande om tvångsmedel, det vill säga till förmån för den som drabbas av tvångsmedlet.

Rekommendationer till brottsutredarna (poliser och åklagare)

1. Prioritera utbildningsinsatser avseende tvångsmedelsanvändning. En ökad kunskap om hur beslut om husrannsakan måste specificeras framstår som önskvärd.
2. Upplys den som drabbas av beslag om möjligheten till domstolsprövning, så att denne hinner begära överprövning innan tvångsmedlet har upphört.

I. Inledning

I.1 Problembakgrund

Straffprocessuella tvångsmedel – såsom häktning, beslag, husrannsakan och kroppsbesiktning – är av central betydelse för att utreda brottslighet, både för att få fram den information som behövs och för att skydda den utredning som bedrivs.¹ Sedan millennieskiftet har det också i allt större utsträckning införts regler som gör det möjligt att använda tvångsmedel för att förebygga, upptäcka eller förhindra brott.² Ny teknik har dessutom föranlett lagstiftaren att införa nya tvångsmedel, såsom genomsökning på distans och hemlig dataavläsning.³

Användning av straffprocessuella tvångsmedel innebär ofta kännbara intrång i grundläggande fri- och rättigheter – exempelvis yttrandefrihet, rätt till privatliv och rätt till domstolsprövning – som skyddas i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (Europakonventionen). För att tvångsmedelsanvändning inte skall utgöra en kränkning av de rättigheter som skyddas i konventionens olika artiklar – exempelvis rätten till privatliv i artikel 8 – har Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) ställt vissa krav på medlemsstaterna, bland annat att den inhemska tvångsmedelslagstiftningen skall vara begriplig och

1. Exempel på tvångsmedel som ger brottsutredare tillgång till relevant information är beslag och husrannsakan, se avsnitt 2.1 och 2.2. Som exempel på ett tvångsmedel som skyddar utredningen kan nämnas häktning, se 24 kap. 1 § rättegångsbalken (1942:740), RB.

2. Ett exempel på en sådan lag är lagen (2007:979) om åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott.

3. Se avsnitt 2.3 och 2.4.

att det skall finnas tillräckliga rättssäkerhetsgarantier såsom möjlighet till domstolsprövning.⁴

Eftersom svensk lagstiftning måste utformas i enlighet med Europakonventionens krav,⁵ framstår det som en angelägen forskningsuppgift att närmare analysera vilka krav som Europadomstolen ställer i dess tolkning av Europakonventionens artiklar. Ofta har frågan om konventionsenlighet inte analyserats så djupt i statliga utredningar och tidigare forskning.⁶

Frågan om tvångsmedelsreglernas konventionsenlighet har också relevans ur ett effektivitetsperspektiv. En oklar lagstiftning riskerar att leda till att rättstillämpare behöver lägga ner mycket tid på att tolka lagstiftningen och kan innebära att osäkra beslutsfattare inte vågar använda sig av den befintliga regleringen. Om svensk rätt inte innehåller de rättssäkerhetsgarantier som Europakonventionen kräver är det därtill angeläget att välja en lösningsstrategi som inte innebär så stora effektivitetsförluster.

I den här rapporten riktas intresset mot sådana tvångsmedel som ger svenska brottsutredare en möjlighet att få tillgång till redan existerande digital information. I och med den tilltagande digitaliseringen av samhället har dessa tvångsmedel fått en allt större betydelse för brottsutredningar.

1.2 Syfte, frågeställningar och avgränsningar

Denna rapport syftar till att analysera den svenska rättsliga regleringen av brottsutredares tillgång till befintlig information i elektronisk kommunikationsutrustning. Detta övergripande syfte kan brytas ned i följande fyra frågeställningar:

1. Vilka möjligheter ger den interna svenska tvångsmedelsregleringen brottsutredare att få tillgång till befintlig information i elektronisk kommunikationsutrustning?
2. Vilka krav ställer artikel 8 Europakonventionen på denna tvångsmedelsreglering?

4. Se vidare kapitel 3.

5. Se vidare om Europakonventionens ställning i svensk rätt i avsnitt 3.1.

6. Beträffande statliga utredningar, se t.ex. den kritik som framförs i Umeå universitet, Remissyttrande över SOU 2022:52 och Centrum för rättvisa, Remissyttrande över SOU 2022:52. Angående tidigare forskning, se de slutsatser som dras i Hjertstedt & Hilberts, 2017, s. 131.

3. I vilken mån tillgodoser den svenska tvångsmedelsregleringen Europakonventionens krav?
4. Hur kan svensk rätt hamna mer i linje med Europakonventionens krav?

I rapporten förekommer vissa begrepp som behöver förklaras, begrepp som också hjälper till att rama in och avgränsa rapportens innehåll. Med *brotsutredare* avses polis och åklagare, medan exempelvis Kustbevakningen och Tullmyndigheten inte behandlas i den här rapporten. Begreppet *tillgång* tar sikte såväl på brotsutredares möjligheter att få tillträde till och omhänderta elektronisk kommunikationsutrustning som att undersöka informationen i denna utrustning. Med *befintlig information* menas sådan information som existerar i det ögonblick som beslut om tvångsmedel fattas; sådana tvångsmedel som ger möjlighet att få tillgång till framtida uppgifter – till exempel hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation – faller utanför undersökningen.⁷

Elektronisk kommunikationsutrustning är ett centralt begrepp i undersökningen, och det förekommer i flera olika lagrum.⁸ Enligt propositionen som bland annat innehåller förslag till ny lag om hemlig dataavläsning omfattar detta begrepp »... all slags utrustning som kan användas för att kommunicera elektroniskt, t.ex. datorer, mobiltelefoner, läsplattor, interaktiva högtalare, servrar, smarta klockor och annan liknande utrustning.«⁹ Att informationen finns »i« den elektroniska kommunikationsutrustningen täcker både det fallet att informationen är lokalt lagrad i den elektroniska kommunikationsutrustningen och externt på annat håll; det centrala är att informationen läses av med hjälp av denna utrustning.

Ett annat centralt begrepp är *straffprocessuella tvångsmedel*. Någon oomtvistad definition av tvångsmedel finns inte i lagstiftning eller praxis, men i den juridiska litteraturen har föreslagits att tvångsmedel är sådana åtgärder som det allmänna riktar mot enskilda subjekt (fysiska eller juridiska personer), som innebär intrång i grundläggande rättigheter/friheter eller annars intrång i av lag skyddade intressen

7. Hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation finns reglerad i 27 kap. RB.

8. Se t.ex. 5 kap. 4 a och 4 b §§ skollagen (2010:800) samt 23 kap. 9 a §, 27 kap. 19 § och 28 kap. 10 a § RB.

9. Prop. 2019/20:64 s. 211.

och som inte innebär sanktioner.¹⁰ Då det gäller den första frågeställningen behandlas i det följande de tvångsmedel som definieras som direkta tvångsmedel som kan ge brottsutredare tillgång till befintlig information i elektronisk kommunikationsutrustning – beslag, reell husrannsakan, genomsökning på distans och hemlig dataavläsning.¹¹

Beträffande frågeställning 2, 3 och 4 behandlas däremot inte hemlig dataavläsning. Anledningen är att detta tvångsmedel inte är lika problematiskt då det gäller Europakonventionen; exempelvis är det normalt sett alltid domstolen som fattar beslut,¹² vilket innebär att det inte föreligger några komplikationer med Europadomstolens krav på rätt till domstolsprövning.¹³ Då det gäller hemliga tvångsmedel som hemlig dataavläsning har Europadomstolen istället formulerat vissa andra krav som kan anses följa av artikel 8. Dessa kan sägas vara strängare varianter av de allmänna kraven på begriplig lagstiftning och möjlighet till domstolsprövning – exempelvis skall den enskilde ha tillgång till effektiva rättsmedel samt lagregleringen ange arten av de brott som kan leda till beslut om åtgärden.¹⁴ Att även behandla dessa krav skulle kräva en relativt omfattande analys, vilket inte har varit möjligt inom ramen för denna begränsade rapport.

Värt att notera är vidare att endast artikel 8 i Europakonventionen är föremål för undersökning. En undersökning av elektronisk kommunikationsutrustning eller liknande åtgärd kan också innebära intrång i andra rättigheter, såsom rätten till egendom, yttrandefrihet och rättvis rättegång, men artikel 8 framstår som den mest centrala rättigheten i denna situation.¹⁵

Det är således endast intern svensk rätt och viss del av Europakonventionen som primärt skall undersökas, men vissa komparativa utblickar kommer att göras i den lösningsorienterade delen av rapporten.

10. Se Hjertstedt & Reinius, 2022, s. 366.

11. Med reell husrannsakan avses sådan husrannsakan som företas för att söka efter föremål, t.ex. mobiltelefoner och datorer. Hädanefter används för enkelhetens skull begreppet husrannsakan.

12. Se vidare avsnitt 2.4.

13. Se vidare avsnitt 3.5.

14. Se Weber och Saravia mot Tyskland (54934/00) den 29 juni 2006, § 95, Roman Zakharov mot Ryssland (47143/06) den 4 december 2015 (stor kammare), § 231 och Centrum för rättvisa mot Sverige (35252/08) den 25 maj 2021 (stor kammare), § 167.

15. Jfr vad som sägs i Hjertstedt, 2011, s. 115–124, 142–189.

1.3 Rapportens förhållande till tidigare forskning

Den rättsliga regleringen av brottsutredares tillgång till handlingar har tidigare behandlats av författaren i en avhandling från 2011.¹⁶ Denna rapport bygger till stor del på denna avhandling och vissa andra arbeten av författaren.¹⁷ I föreliggande rapport ligger dock fokus inte på handlingar i allmänhet, utan på digital information. Rapporten behandlar också det förändrade rättsläget, bland annat genom de två nya tvångsmedel som har införts och ytterligare praxis från Europadomstolen som har tillkommit sedan 2011.

1.4 Metodologiska och teoretiska utgångspunkter

Olika metoder används för de fyra frågeställningarna. Då det gäller studien av innehållet i gällande rätt (frågeställning 1) används en traditionell rättsdogmatisk metod, vilken kan sägas innebära en analys av vad som är gällande rätt i ett visst avseende genom att tolka innehållet i rättskällor – till exempel författningar, förarbeten, rättspraxis och juridisk litteratur. Det material som i första hand samlas in är således det som är att betrakta som rättskällor. För att tolka innehållet i rättskällor används olika lagtolkningsmetoder och den så kallade rättskälleläran, som innebär att olika rättskällor tillmäts olika vikt.¹⁸

För att tolka innehållet i artikel 8 i Europakonventionen (frågeställning 2) är metoden liknande, men den centrala rättskällan – utöver konventionstexten – utgörs av Europadomstolens praxis.¹⁹ I det följande redogörs för vilket urval som har gjorts och vilka tolkningssvårigheter som finns med denna praxis.²⁰

Problemanalysen – det vill säga analysen av i vilken mån den svenska tvångsmedelsregleringen uppfyller Europadomstolens krav (frågeställning 3) – baseras på en teoretisk modell om att god lagstiftning skall vara koherent, begriplig och väl avvägd (balanserad). De två sistnämnda kriterierna motsvarar krav som Europadomstolen har ställt då det gäller sådana åtgärder som innebär intrång i artikel 8. Europa-

16. Hjertstedt, 2011.

17. T.ex. Hjertstedt & Landström, 2020, samt Hjertstedt & Reinius, 2022.

18. För en utförligare beskrivning av denna metod, se Hjertstedt, 2011, s. 45–48.

19. Se vidare avsnitt 3.1 och 3.2.

20. Se avsnitt 3.2.

domstolens praxis kan därför sägas utgöra en måttstock för när de mer allmänna kraven på begriplighet och balans är uppfyllda.²¹ I det följande diskuteras vilka svårigheter det finns att med bestämdhet slå fast när svensk rätt tillgodoser Europakonventionens krav.²²

Då det slutligen gäller lösningar på de aktuella problemen (frågeställning 4) tas utgångspunkt i att det i stort sett finns fyra huvudsakliga lösningsstrategier på tvångsmedelsområdet, nämligen (1) lagstiftning, (2) fördragskonform tolkning, (3) utveckling av rättspraxis och (4) olika myndighetsinterna åtgärder, till exempel införande av riktlinjer eller utbildning.²³ Som redan nämnts kommer utländsk rätt att användas som inspirationskälla för hur problemen konkret skulle kunna lösas.

1.5 Disposition

I följande kapitel (kapitel 2) analyseras vilka möjligheter som svensk tvångsmedelsreglering ger brottsutredare att erhålla information från elektronisk kommunikationsutrustning. Därefter studeras (i kapitel 3) några av de mest centrala krav som Europakonventionens artikel 8 ställer på denna tvångsmedelsreglering. Efter detta analyseras (i kapitel 4) i vilken mån den svenska tvångsmedelsregleringen tillgodoser dessa krav. Därpå diskuteras (i kapitel 5) möjliga lösningsstrategier för att få svensk rätt i överensstämmelse med Europakonventionens krav. Avslutningsvis följer en slutdiskussion (i kapitel 6) med reflektioner och rekommendationer.

21. Denna teoretiska modell utvecklas i Hjertstedt, 2011, s. 60–99.

22. Se avsnitt 3.2.

23. Se vidare ingressen till kapitel 5. Dessa lösningsstrategier – förutom fördragskonform tolkning – utvecklas i Hjertstedt, 2011, s. 94–97.

2. Svensk tvångsmedelsreglering och dess tillämplighet

I detta kapitel behandlas kortfattat i tur och ordning fyra olika tvångsmedelsregleringar som kan ge svenska brottsutredare rättsligt stöd för att få tillgång till befintlig information i elektronisk kommunikationsutrustning. Fokus i framställningen ligger på i vilken utsträckning reglerna är tillämpliga då det gäller elektronisk kommunikationsutrustning och vilken typ av tillgång reglerna ger. De omfattande bestämmelserna om förutsättningar och förfarande avseende respektive tvångsmedel behandlas ytterst översiktligt.

2.1 Beslag

Beslag är ett tvångsmedel som regleras i 27 kap. rättegångsbalken (RB) och innebär att brottsutredare kan omhänderta fysiska föremål för olika brottsutredande ändamål. Ett beslut om beslagtagande innebär att polisen kan förfoga över det objekt som tas i beslag, men det är inte fråga om en äganderättsövergång.²⁴ Som framgår nedan anses ett beslag också medföra att föremålet i viss mån kan undersökas. Reglerna om beslag ger dock inte någon rätt till tillträde till olika lokaler, utan en förutsättning är att beslagsobjektet är tillgängligt i så måtto att det befinner sig på en plats som brottsutredarna har tillträde till.²⁵

De objekt som kan beslagtas är föremål, inklusive skriftliga hand-

24. Jfr SOU 1995:47 s. 350, Hjertstedt, 2011, s. 241 och Lindberg, 2022, s. 484–485.

25. Se t.ex. SOU 1926:32 s. 105 och SOU 1938:44 s. 323. Detta krav framgår inte direkt av 27 kap. 1 § RB – som reglerar förutsättningarna för beslag – men kan sägas följa av 27 kap. 4 och 5 §§, se Hjertstedt, 2011, s. 206–207 och Lindberg, 2022, s. 461–463.

lingar, med vilket avses lösa saker, det vill säga i princip sådana fysiska objekt som går att flytta.²⁶ Det innebär att också elektronisk kommunikationsutrustning, såsom datorer och mobiltelefoner, kan tas i beslag.

Även om det inte uttryckligen framgår av lagtexten, anses ett beslagtagande ge en rätt att undersöka föremålet.²⁷ Då det gäller elektronisk kommunikationsutrustning innebär detta helt klart en möjlighet att undersöka utrustningens yttre, medan det är mer omdiskuterat huruvida en undersökning av den information som finns i exempelvis en dator kan undersökas, eller om detta kräver ett beslut om husrannsakan (se avsnitt 2.2 nedan).²⁸ I vart fall torde reglerna om beslag endast ge en möjlighet att undersöka information som är lokalt lagrad i datorn,²⁹ och sådan information som existerar i beslagsögonblicket – det är till exempel inte möjligt att granska e-postmeddelanden som kommer in i datorn efter att beslut om beslag har tagits.³⁰

För att det skall vara tillåtet att ta elektronisk kommunikationsutrustning – som ju utgör föremål – i beslag krävs, utöver att den skall vara tillgänglig att beslagtagandet skall ha betydelse för utredning av ett eller flera brott. Däremot behöver det inte vara fråga om ett brott av viss svårhetsgrad.³¹ Särskilda undantagsregler, så kallade beslagsförbud, finns för (1) sådana beslagsobjekt som innehåller anförtrödda uppgifter – till exempel mellan läkare och patient samt mellan advokat och klient – och viss annan känslig information som anges i lagtexten samt (2) försändelser hos post- och telebefordringsföretag.³²

De som beslutar om beslag är som huvudregel förundersökningsledaren, vanligen åklagare eller polis, eller den som verkställer vissa andra tvångsmedel såsom husrannsakan, ofta polisman. Domstolen fattar beslut endast i mer speciella fall.³³ Det finns också en möjlighet för den som har drabbats av beslaget att begära domstolens prövning av det ursprungliga beslagsbeslutet.³⁴

26. Jfr Hjertstedt, 2011, s. 202 och Lindberg, 2022, s. 463–464.

27. Se SOU 1995:47 s. 219, 352, Hjertstedt, 2011, s. 244 och Lindberg, 2022, s. 485, där den sistnämnda anser att rätten att undersöka framgår indirekt av 27 kap. 12 § RB.

28. Jfr Hjertstedt, 2011, s. 244 not 362, s. 287–288.

29. Se t.ex. prop. 2021/22:119 s. 75 och Lindberg, 2022, s. 487.

30. Se t.ex. Hjertstedt, 2011, s. 246 och Lindberg, 2022, s. 487.

31. Se 27 kap. 1 § RB.

32. Se 27 kap. 2 och 3 §§ RB.

33. Se 27 kap. 4 och 5 §§ RB.

34. Se 27 kap. 6 § RB.

Beslag är ett öppet tvångsmedel, vilket till exempel innebär att brottsutredarna har en underrättelseskyldighet till den från vilket beslaget sker om denne inte är närvarande vid beslagtagandet.³⁵ Värt att notera är också att det finns en särskild regel om att så kallade enskilda handlingar – vilket enligt rapportförfattarens mening inbegriper alla handlingar utom de som har upprättats av myndigheter – inte får undersökas närmare av annan än domstol, åklagare eller förundersökningsledare.³⁶ Sannolikt är denna skyddsregel även tillämplig i fråga om elektronisk kommunikationsutrustning.³⁷

2.2 Husrannsakan

Husrannsakan är ett tvångsmedel som regleras i 28 kap. RB och innebär att brottsutredare får tillgång till vissa utrymmen i syfte att där söka efter föremål som på olika sätt har betydelse för brottsutredningen. Ett beslut om en husrannsakan ger alltså en rätt att undersöka dessa utrymmen, och anses även ge en rätt att undersöka de föremål som påträffas under husrannsakan.³⁸ Däremot ger husrannsakan ingen rätt att omhänderta de föremål som påträffas – eller att hindra föremålets ägare att förfoga över föremålet – utan för detta krävs ett beslut om beslag.³⁹ Eftersom endast föremål som är tillgängliga kan beslagtas (se avsnitt 2.1 ovan) är det ofta en förutsättning för att kunna beslagta ett föremål att det dessförinnan finns ett beslut om husrannsakan.⁴⁰ Husrannsakan som har till syfte att eftersöka föremål – exempelvis datorer, mobiltelefoner och annan elektronisk kommunikationsutrustning – brukar benämnas reell husrannsakan.⁴¹

De utrymmen som ett beslut om husrannsakan ger tillträde till är

35. Se 27 kap. 11 § RB.

36. Se 27 kap. 12 § RB och för tolkningen av begreppet enskild handling Hjertstedt, 2011, s. 245.

37. Se Hjertstedt, 2011, s. 246–247; jfr resonemangen i Nytt Juridiskt Arkiv (NJA) 2015 s. 631 angående 27 kap. 2 § RB. Lindberg har tidigare öppnat för att en annan tolkning har varit möjlig, men tar inte ställning i senaste upplagan av sin bok, se Lindberg, 2018, s. 429–430 och Lindberg, 2022, s. 486–487.

38. Se Hjertstedt, 2011, s. 317, Lindberg, 2022, 687–688.

39. Se Hjertstedt, 2011, s. 315 och TSA 1977 s. 25–26.

40. Se SOU 1938:44 s. 323, Hjertstedt, 2011, s. 207, 274.

41. Se t.ex. Lindberg, 2022, s. 670.

hus, rum och slutna förvaringsställen.⁴² Beträffande hus och rum kan ett beslut om husrannsakan ge brottsutredare tillträde till sådana lokaler för att beslagta elektronisk kommunikationsutrustning som förvaras i dessa utrymmen.⁴³ Då det gäller slutna förvaringsställen har det diskuterats om viss elektronisk kommunikationsutrustning – såsom datorer och mobiltelefoner – inryms i denna kategori, och att det därför skulle krävas ett särskilt beslut om reell husrannsakan i denna utrustning. Meningarna går här isär och det finns inget auktoritativt uttalande (i en rättskälla av högre dignitet),⁴⁴ men med tanke på det rättighetsintrång som en undersökning av elektronisk kommunikationsutrustning innebär kan det vara tillrådligt att både fatta ett beslut om ett beslag och en reell husrannsakan i en sådan situation. Som har påpekats i den juridiska litteraturen innebär en sådan ordning i många fall endast att brottsutredarna måste vara tydliga med vilka utrymmen som omfattas av husrannsakansbeslutet, eftersom elektronisk kommunikationsutrustning ofta befinner sig i ett sådant utrymme för vilket det krävs ett husrannsakansbeslut för att brottsutredarna skall ha tillträde.⁴⁵

Ett husrannsakansbeslut ger alltså en rätt att undersöka innehållet i den elektroniska kommunikationsutrustningen. Liksom i fråga om reglerna om beslag ger dock ett husrannsakansbeslut endast en möjlighet att undersöka information som är lokalt lagrad i datorn eller liknande.⁴⁶ Att exempelvis läsa av meddelanden som kommer in under pågående undersökning torde rimligen inte heller vara tillåtet, på samma sätt som gäller för beslagstagande.⁴⁷

För att det skall vara tillåtet att göra en husrannsakan i ett hus, rum eller slutet förvaringsställe krävs enligt huvudregeln att husrannsakan skall ha betydelse för brottsutredning på ett sätt som närmare specificeras i lagtexten, till exempel i syfte att beslagta elektronisk kommunikationsutrustning – att det aktuella brottet är ett fängelsebrott och att husrannsakan sker hos en skäligen misstänkt person.⁴⁸ Andra förut-

42. Se 28 kap. 1 § 1 st. RB.

43. Jfr Lindberg, 2022, s. 688.

44. Jfr SOU 2017:100 s. 265–266, prop. 2021/22:119 s. 68, Hjertstedt, 2011, s. 287–288, Bring, Diesen & Andersson, 2019, s. 423–425 och Lindberg, 2022, s. 688.

45. Se Fitger m.fl. (7 juni 2023 JUNO rättsdatabas), Kommentaren till 28 kap. 1 §.

46. Se t.ex. prop. 2021/22:119 s. 75 och Lindberg, 2022, s. 688.

47. Jfr vad som sagts ovan i avsnittet 2.1. Jfr Lindberg, 2022, s. 688.

48. Se 28 kap. 1 § 1 st. RB.

sättningar gäller exempelvis i det fallet att husrannsakan sker hos annan än skäligen misstänkt person.⁴⁹ Några särskilda undantagsregler finns inte för reglerna om husrannsakan, men om syftet med husrannsakan är att beslagta föremål är det inte tillåtet med en husrannsakan ifall de aktuella föremålen träffas av ett beslagsförbud.⁵⁰

Beträffande förfarandet gäller att det som huvudregel är förundersökningsledaren som beslutar om reell husrannsakan, medan domstolen fattar beslut i mer speciella fall – om det kan antas att husrannsakan kommer att bli av större omfattning eller ske i integritetskänsliga miljöer, exempelvis på ett advokatkontor.⁵¹ Reell husrannsakan är ett öppet tvångsmedel, vilket exempelvis yttrar sig i att den hos vilken husrannsakan genomförs enligt huvudregeln har rätt att vara närvarande under verkställigheten av detta tvångsmedel.⁵² Att observera är också att den särskilda regel (som är tillämplig i fråga om beslag) om att enskilda handlingar inte får undersökas närmare av annat än domstolen, åklagare eller förundersökningsledare, också gäller undersökningar med stöd av reell husrannsakan.⁵³

2.3 Genomsökning på distans

Genomsökning på distans är ett nytt tvångsmedel – regleringen i 28 kap. RB trädde i kraft den 1 juni 2022 – och kan sägas komplettera bestämmelserna om reell husrannsakan då det gäller IT-miljöer.⁵⁴ Detta tvångsmedel gör det möjligt att i brottsutredande syfte söka efter handlingar, det vill säga en specifik typ av föremål, som finns lagrade i ett avläsningsbart informationssystem utanför den elektroniska kommunikationsutrustning som används för att utföra genomsökningen.⁵⁵ Det är således endast denna typ av handlingar som får undersökas, och inte alla de utrymmen som är tillåtna att undersöka med stöd av en reell husrannsakan. På samma sätt som gäller vid reell husrannsakan

49. Se 28 kap. 1 § 2 och 3 st. samt 28 kap. 3 § RB.

50. Se NJA 1977 s. 403.

51. Se 28 kap. 4 och 5 §§ RB och vidare Hjertstedt, 2011, s. 308–312 med där gjorda hänvisningar.

52. Se 28 kap. 7 § 2 st. RB.

53. Se 28 kap. 8 § RB.

54. Jfr Lindberg, 2022, s. 738.

55. Se 28 kap. 10 a § RB.

ger en genomsökning på distans ingen rätt att omhänderta de föremål som påträffas.

De handlingar som ett beslut om genomsökning på distans ger rätt att genomsöka är alltså sådana som finns lagrade i ett avläsningsbart informationssystem utanför den elektroniska kommunikationsutrustning som används för att utföra genomsökningen.⁵⁶ Med andra ord är det fråga om externt lagrade handlingar, till exempel sådana som är lagrade på en extern server eller i en molntjänst. Det spelar ingen roll vilken elektronisk kommunikationsutrustning som används för att utföra genomsökningen, utan såväl beslagtagen utrustning som myndighetens egen utrustning kan användas.⁵⁷

Till skillnad från reglerna om beslag och reell husrannsakan ger genomsökning på distans endast möjlighet att undersöka information som är externt lagrad i datorn.⁵⁸ Att exempelvis använda sig av genomsökning på distans för att löpande övervaka vilka meddelanden som kommer in är däremot inte tillåtet.⁵⁹

För att det skall vara tillåtet att genomföra en genomsökning på distans krävs enligt huvudregeln att husrannsakan skall ha betydelse för utredning av brott och att det aktuella brottet är ett fängelsebrott; vidare får genomsökningen endast genomföras i ett avläsningsbart informationssystem som den som skäligen kan misstänkas för brottet kan antas ha använt.⁶⁰ Andra förutsättningar gäller om det är fråga om ett sådant avläsningsbart informationssystem som den skäligen misstänkte inte kan antas ha använt.⁶¹ Att observera är att genomsökning på distans inte är tillåten för lika många syften som reell husrannsakan; det är till exempel tillåtet med genomsökning på distans för att söka efter handlingar som kan vara av betydelse för utredning av brottet,

56. Med handling avses enligt förarbetena samma sak som begreppet handling i 2 kap. 3 § tryckfrihetsförordningen (1949:105), i vilket inbegrips en upptagning som endast med tekniska hjälpmedel kan läsas eller avlyssnas eller uppfattas på andra sätt; se prop. 2021/22:119 s. 177. Med avläsningsbart informationssystem menas enligt förarbetena »... en elektronisk kommunikationsutrustning – till exempel en mobiltelefon, surfplatta eller dator – eller ett användarkonto till, eller en på motsvarande sätt avgränsad del av en kommunikationstjänst, lagringstjänst eller liknande tjänst ...«, prop. 2021/22:119 s. 177.

57. Se prop. 2021/22:119 s. 178.

58. Se prop. 2021/22:119 s. 177–178.

59. Se prop. 2021/22:119 s. 87.

60. Se 28 kap. 10 b § RB.

61. Se 28 kap. 10 b § RB.

men däremot inte för att beslagta handlingar.⁶² Detta innebär att det också krävs ett beslut om husrannsakan (eller annat tvångsmedel) om brottsutredarna för genomsökningen använder sig av en elektronisk kommunikationsutrustning (till exempel dator eller mobiltelefon) som behöver beslagtas (och ofta torde ett husrannsakensbeslut behövas för att brottsutredarna skall få tillträde till det hus eller rum där den elektroniska kommunikationsutrustningen befinner sig). Vidare finns det en uttrycklig undantagsbestämmelse för det fall att genomsökningen avser uppgifter som omfattas av beslagsförbudet i 27 kap. 2 § RB.⁶³

På samma sätt som vid reell husrannsakan är det som huvudregel förundersökningsledaren som beslutar om genomsökning på distans, medan domstolen fattar beslut i mer speciella fall som då det kan antas att husrannsakan kommer att bli av större omfattning eller ske i integritetskänsliga miljöer.⁶⁴ Även genomsökning på distans är ett öppet tvångsmedel, vilket exempelvis yttrar sig i att den hos vilken husrannsakan genomförs enligt huvudregeln har rätt att vara närvarande under genomförandet av detta tvångsmedel.⁶⁵ Den särskilda regel om att enskilda handlingar inte får undersökas närmare av annan än domstolen, åklagare eller förundersökningsledare gäller också undersökningar med stöd av genomsökning på distans.⁶⁶

2.4 Hemlig dataavläsning

I likhet med genomsökning på distans är hemlig dataavläsning ett relativt nytt tvångsmedel – bestämmelserna i lagen (2020:62) om hemlig dataavläsning trädde i kraft den 1 april 2020 (och är tidsbegränsade till och med den 31 mars 2025) – och tar uteslutande sikte på digital information. I lagen definieras hemlig dataavläsning som »... att uppgifter, som är avsedda för automatiserad behandling, i hemlighet och med ett tekniskt hjälpmedel läses av eller tas upp i ett avläsningsbart informationssystem.«⁶⁷ Detta tvångsmedel gör det möjligt att i

62. Detta påpekas i Lindberg, 2022, s. 738.

63. Se 28 kap. 10 c § RB.

64. Se 28 kap. 10 d § RB.

65. Se 28 kap. 10 e § RB.

66. Se 28 kap. 10 i § RB.

67. 1 § lagen om hemlig dataavläsning (2020:62), LHD.

brottssbekämpande (inte enbart brottssutredande) syfte läsa av uppgifter som finns i exempelvis elektronisk kommunikationsutrustning.⁶⁸ Därutöver kan detta tvångsmedel ge tillträde till den plats där det kan antas att den elektroniska kommunikationsutrustning som skall avläsas finns tillgänglig, i syfte att installera tekniska hjälpmedel.⁶⁹ En hemlig dataavläsning ger däremot ingen rätt att omhänderta den elektroniska kommunikationsutrustningen eller andra föremål.

Med stöd av hemlig dataavläsning är det således möjligt att i en elektronisk kommunikationsutrustning läsa av uppgifter. Huruvida uppgifterna är lokalt lagrade på den elektroniska kommunikationsutrustningen tycks inte spela någon roll, så länge som uppgifterna läses av i den elektroniska kommunikationsutrustningen.⁷⁰ Till skillnad från genomsökning på distans måste som huvudregel den aktuella elektroniska kommunikationsutrustningen kunna knytas till den skäligen misstänkte (se nedan).⁷¹

I lagtexten räknas upp vilka uppgifter som får läsas av eller tas upp. Många av dem tar sikte på sådana uppgifter som inte existerar i det ögonblick som beslut fattas om tvångsmedel, och till vilka traditionella hemliga tvångsmedel brukar användas – till exempel att avlyssna ett telefonsamtal eller ett rum. Vissa av de uppräknade uppgiftskategorierna avser dock sådan befintlig information som är föremål för undersökning inom ramen för denna rapport.⁷²

En viktig skillnad mot de i detta kapitel tidigare behandlade tvångsmedlen är att uppgifterna läses av eller tas upp med ett tekniskt hjälpmedel. Det kan exempelvis vara fråga om att brottssutredarna installerar en programvara i en mobiltelefon eller modifierar ett program i en dator. Det har bedömts som tveksamt om sådan teknik varit tillåten med stöd av tidigare befintliga tvångsmedel.⁷³ Då det gäller det nya tvångsmedlet genomsökning på distans har det införts en uttrycklig regel om att detta tvångsmedel endast får verkställas genom autenti-

68. Se den definition som anges i 1 § LHD; i lagen finns regler som tar sikte på hemlig dataavläsning både i och utanför förundersökning.

69. 12 och 13 §§ LHD.

70. Jfr t.ex. resonemangen i prop. 2021/22:119 s. 75–76.

71. Jfr 4 § LHD och prop. 2019/20:64 s. 217.

72. Se 2 § LHD – t.ex. 6 p. – och de definitioner som återfinns i 1 § LHD.

73. Se prop. 2019/20:64 s. 59.

sering i det avläsningsbara informationssystem som åtgärden avser;⁷⁴ detta innebär till exempel att det inte är tillåtet att installera en programvara för att kringgå en autentisering som krävs eller att kringgå systemskydd för att få åtkomst till system.⁷⁵ Vid hemlig dataavläsning är det däremot tillåtet att använda de tekniska hjälpmedel som behövs för avläsningen och upptagningen.⁷⁶

För att det skall vara tillåtet att genomföra en hemlig dataavläsning under en förundersökning skall ett antal förutsättningar vara uppfyllda, och dessa ser lite olika ut beroende på vilken typ av uppgift som skall läsas av eller tas upp. För samtliga uppgiftstyper gäller dock att åtgärden skall vara av synnerlig vikt för utredningen, att det är fråga om ett tillräckligt grovt brott och att – med något enstaka undantag – det finns en skäligen misstänkt för det aktuella brottet. Därutöver krävs det som huvudregel att dataavläsningen endast får avse ett avläsningsbart informationssystem – till exempel en elektronisk kommunikationsutrustning – som används, eller som antagligen har använts eller kommer att användas, av någon som är skäligen misstänkt för brottet.⁷⁷ Det finns vidare en uttrycklig undantagsbestämmelse som innebär att ett tillstånd till hemlig dataavläsning inte får avse ett avläsningsbart informationssystem som stadigvarande används eller är särskilt avsett att användas i särskilt uppräknade integritetskänsliga verksamheter, till exempel sådana som bedrivs av läkare eller advokater.⁷⁸

Då det gäller förfarandet är det som utgångspunkt domstolen som ger tillstånd till hemlig dataavläsning,⁷⁹ medan åklagaren kan fatta beslut i vissa brådskande fall i avvaktan på domstolens beslut.⁸⁰ Som framgår av namnet är hemlig dataavläsning ett hemligt tvångsmedel, vilket innebär att den mot vilken tvångsmedlet riktas – till exempel den misstänkte – inte känner till att åtgärden genomförs.⁸¹ Det finns även en bestämmelse om att vissa handlingar eller uppgifter endast får

74. 28 kap. 10 b § RB.

75. Se prop. 2021/22:119 s. 179.

76. Se 22 § LHD.

77. Se 4–6 §§ LHD.

78. Se 11 § LHD.

79. Se 14 § LHD.

80. Se 17 § LHD.

81. Se prop. 2019/20:64 s. 210.

undersökas närmare av vissa befattningshavare.⁸² Till skillnad från de övriga tvångsmedlen finns det däremot allmänna bestämmelser om vad beslutet om tillstånd till hemlig dataavläsning skall innehålla.⁸³

2.5 Sammanfattande jämförelse

De fyra tvångsmedel som kan ge brottsutredare tillgång till befintlig information i elektronisk kommunikationsutrustning uppvisar både likheter och skillnader. De gamla bestämmelserna om beslag och reell husrannsakan har utformats för att ge brottsutredare tillgång till sådan information som finns i traditionella fysiska handlingar, och det har i viss mån varit osäkert i vilken mån reglerna har varit tillämpliga i digital miljö. De nya regleringarna av genomsökning på distans och hemlig dataavläsning tar däremot endast sikte på digital information, till exempel sådan som finns i eller är tillgänglig genom elektronisk kommunikationsutrustning.

En skillnad mellan de olika regelverken är också vilken verkan ett tvångsmedelsbeslut har. Beslag är här det enda tvångsmedel som kan ge brottsutredarna en möjlighet att omhänderta den aktuella elektroniska kommunikationsutrustningen, medan samtliga tvångsmedel – i olika stor utsträckning – ger en möjlighet att undersöka den information som finns i eller är tillgänglig genom elektronisk kommunikationsutrustning. Därutöver kan reell husrannsakan och hemlig dataavläsning ge tillträde till den lokal där den elektroniska kommunikationsutrustningen finns.

De olika tvångsmedlen ger vidare tillgång till skiftande typer av information. Beslag och reell husrannsakan ger endast tillgång till sådan information som finns lokalt lagrad i den elektroniska kommunikationsutrustningen, medan genomsökning på distans tvärtom uteslutande tar sikte på externt lagrad information. Hemlig dataavläsning är det enda tvångsmedel där det är tillåtet att komma åt information genom sådana tekniska hjälpmedel såsom att installera en programvara för att kringgå en autentisering som krävs eller att kringgå systemskydd för att få åtkomst till system. Däremot är det vid genomsökning på distans möjligt – till skillnad från hemlig dataavläsning – att använda

82. Se 28 § LHD, som hänvisar till 27 kap. 24 § RB.

83. 18 § LHD.

sig av myndighetens egen elektroniska utrustning för att undersöka den externt lagrade informationen.

En stor skillnad är att hemlig dataavläsning är ett hemligt tvångsmedel, medan de övriga tre är öppna tvångsmedel. Detta får också betydelse på så sätt att hemlig dataavläsning – som ju därmed blir mer ingripande – är ett tvångsmedel som är försett med fler rättssäkerhetsgarantier, till exempel att det normalt sett är domstolen om är beslutsfattare. För att använda sig av hemlig dataavläsning gäller också strängare förutsättningar – till exempel misstanke om grövre brott – än vad som är fallet beträffande de öppna tvångsmedlen.

Hemlig dataavläsning får också sägas ha stor betydelse utanför det som egentligen undersöks i denna rapport, då det i hög grad också ger tillgång till framtida information som inte finns då beslutet om tvångsmedel tas. Det största användningsområdet för redan befintlig information torde hemlig dataavläsning ha där det krävs vissa tekniska hjälpmedel för att komma åt informationen.

3. Europakonventionen och Europadomstolens praxis

I detta avsnitt behandlas först vissa grundläggande allmänna frågor om Europakonventionen och Europadomstolens praxis. Därefter berörs artikel 8 och de krav som denna artikel ställer på svensk tvångsmedelsreglering.

3.1 Allmänt om Europakonventionen

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen, EKMR) består av 59 artiklar som innehåller ett skydd av vissa mänskliga rättigheter och grundläggande friheter såsom yttrandefrihet, rätt till privatliv och rätt till domstolsprövning. Därtill finns ett antal tilläggsprotokoll som skyddar ytterligare rättigheter – till exempel det första tilläggsprotokollet, vars artikel 1 skyddar rätten till egendom. Detta rättighetsskydd gäller för fysiska och juridiska personer, men inte för myndigheter. Skyddet gäller gentemot medlemsstaterna – det vill säga det allmänna – framför allt på så sätt att dessa inte får vidta åtgärder som kränker medborgarnas rättigheter (negativa förpliktelser), men i viss mån måste staterna även skydda enskilda från ingrepp från andra enskilda (positiva förpliktelser).⁸⁴ För att säkerställa att dessa förpliktelser efterlevs finns en särskild domstol, Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen).⁸⁵

84. Se vidare Hjertstedt, 2011, s. 105.

85. Se artikel 19 Europakonventionen.

Sverige tillträdde Europakonventionen redan 1952, och har därtill ratificerat ett antal av tilläggsprotokollen.⁸⁶ Därigenom har Sverige folkrättsligt förbundit sig att rätta sig efter Europadomstolens domar i varje mål där landet är part.⁸⁷ Den främsta sanktionen för kränkningar av de rättigheter som skyddas i Europakonventionen är skadestånd.⁸⁸

Sedan 1995 gäller dessutom Europakonventionen som svensk lag,⁸⁹ vilket innebär att det allmänna – stat, kommun och deras anställda – måste följa denna konvention på samma sätt som inhemska författningar. Numera finns också en lagstadgad skadeståndsskyldighet för stat och kommun i de fall som de har kränkt någons rättigheter enligt Europakonventionen.⁹⁰

Värt att notera är att Europakonventionen har ställning som vanlig lag och inte som grundlag. Däremot finns det i svensk grundlag en bestämmelse om att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av Europakonventionen.⁹¹ Denna föreskrift är enligt förarbetena i första hand riktad till lagstiftaren, men har tolkats så att Europakonventionen slår ut vanlig lag vid lagprövning.⁹²

Om Europadomstolen finner att Sverige eller en annan medlemsstat har kränkt en av Europakonventionens artiklar uppstår frågan vilka åtgärder som medlemsstaten måste vidta för att inte en kränkning skall uppstå på nytt. En naturlig åtgärd är för det första att införa lagstiftning som ger ett sådant rättighetsskydd som Europakonventionen föreskriver. Därutöver kan för det andra – i den mån det är möjligt – ett alternativ vara att den svenska rätten tolkas i enlighet med Europakonventionen (så kallad fördragskonform tolkning), vilket även är något

86. Sverige har ratificerat tilläggsprotokollen nr 1, 4, 6, 7 och 13 till konventionen, se 1 § lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

87. Se artikel 46 Europakonventionen.

88. Se artikel 41 Europakonventionen.

89. Se lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

90. Se 3 kap. 4 § 1 st. 1 p. skadeståndslagen (1972:207).

91. Se 2 kap. 19 § regeringsformen (1974:152), RF.

92. Se resonemangen i SOU 1993:40 del B s. 127–128, prop. 1993/94:117 s. 36–37, bet. 1993/94:KU24 s. 18; se också Cameron, 2007, s. 852. Lagprövning innebär att en domstol inte får tillämpa en föreskrift om domstolen finner att denna föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning, se 11 kap. 14 § RF. Om en bestämmelse i vanlig svensk lag skulle vara i strid med Europakonventionen skall alltså domstol inte tillämpa bestämmelsen, då Europakonventionen är »överordnad«.

som i förarbetena förordas som en mer omedelbar åtgärd som är att föredra framför lagprövning.⁹³

3.2 Europadomstolens praxis

Artiklarna i Europakonventionen är vagt utformade. I artikel 8 talas det till exempel om att det som skyddas är var och ens rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens, men vad som avses med dessa begrepp preciseras inte i konventionstexten. Europadomstolens tolkning i konkreta fall kan dock sägas ge Europakonventionen ett mer bestämt innehåll.

Även Europadomstolens praxis innehåller dock i stor utsträckning vaga skrivningar, som måste tolkas. Denna praxis är också påtagligt kasuistisk till sin karaktär, det vill säga inriktad på det enskilda fallet.⁹⁴ Ofta räknar Europadomstolen upp vilka omständigheter som har varit avgörande för utgången i det specifika fallet, men sällan sägs hur många av omständigheterna som kan falla bort för att utgången skall bli en annan. Ett problem med äldre praxis är att denna kan vara överspelad av nyare avgöranden, i och med att Europadomstolen tolkar Europakonventionens artiklar i takt med samhällsutvecklingen (så kallad dynamisk eller evolutiv tolkningsmetod).⁹⁵ Vidare finns förhållandevis få avgöranden mot Sverige, vilket gör att den som skall analysera vilken bäring ett avgörande från Europadomstolen har på svensk rätt måste göra jämförelser i förhållande till den främmande rättsordning som har prövats i detta avgörande.⁹⁶

Mot bakgrund av detta är det ofta svårt att slå fast om svensk rätt är förenlig med Europakonventionen eller inte, vilket kommer att framgå i det följande.⁹⁷ Värt att hålla i minnet är dock att Europakonventionens rättighetsskydd utgör minimiregler, det vill säga Europakonventionen hindrar inte att medlemsstaterna ger ett mer långtgående skydd än konventionens artiklar gör.⁹⁸

93. Se prop. 1993/94:117 s. 37–38. Andra tolkningsprinciper som nämns är *lex posterior* och *lex specialis*.

94. Jfr t.ex. NJA 2006 s. 467.

95. Angående denna metod, se t.ex. Harris m.fl., 2023, s. 7–8.

96. Jfr Hjertstedt, 2011, s. 139.

97. Se kapitel 4 nedan.

98. Jfr vad som sägs i artikel 53 EKMR.

Med tanke på den omfattande praxis som Europadomstolen genererar varje år – även om framställningen här alltså har begränsats till att studera artikel 8 – måste med nödvändighet ett urval göras. Fokus ligger därför här på den rikhaltiga praxis från Europadomstolen som behandlar beslag och husrannsakan.⁹⁹ Ambitionen är att fånga de mest centrala och illustrativa avgörandena från Europadomstolen då det gäller de krav som Europadomstolen ställer på användning av tvångsmedel som liknar beslag och husrannsakan – som till skillnad från genomsökning på distans är vanligt förekommande i Europadomstolens praxis. Med tanke på de likheter som finns mellan svensk och finsk rätt kommer några relevanta avgöranden från Finland att presenteras mer utförligt.

3.3 Allmänt om artikel 8

Artikel 8 – som skyddar rätten till privatliv – är den av Europakonventionens artiklar som i tidigare forskning befunnits vara mest relevant i fråga om tvångsmedelsregleringar som kan ge svenska brottsutredare tillgång till befintlig information i elektronisk kommunikationsutrustning.¹⁰⁰ Denna artikel är – i likhet med flera andra artiklar – uppbyggd av två delar: en första som anger skyddets omfattning (artikel 8.1), och en andra som anger vilka krav som måste uppfyllas för att ett intrång skall vara konventionsenligt (artikel 8.2).

Det som skyddas i artikel 8 är var och ens rätt till respekt för (1) sitt hem, (2) sin korrespondens, (3) sitt familjeliv och (4) sitt privatliv. Användning av beslag och husrannsakan med flera tvångsmedel i syfte att få tillgång till information i elektronisk kommunikationsutrustning kan i första hand innebära ett intrång i hem, korrespondens och privatliv, men även i vissa fall familjeliv. Skyddet för hem aktualiseras exempelvis i de fall som den elektroniska kommunikationsutrustningen befinner sig i en bostad eller ett kontor till vilket brottsutredarna bereder sig tillträde. Ingrepp i rätten till respekt för sin korrespondens kan exempelvis ske då olika slags meddelanden i den elektro-

99. Varför praxis som behandlar hemliga tvångsmedel inte behandlas i någon större utsträckning har förklarats i avsnitt 1.2.

100. Jfr vad som sagts ovan i avsnitt 1.2.

niska kommunikationsutrustningen undersöks.¹⁰¹ Ett intrång i rätten till respekt för familjeliv skulle kunna föreligga om den elektroniska kommunikationsutrustningen innehåller uppgifter om någon enskilds familjesituation.¹⁰² Angående rätten till respekt för privatliv kan som exempel nämnas att Europadomstolen i ett fall ansett att det hade skett ett intrång i denna rätt då ett skrivbord och ett dokumentskåp genom-söktes inne på ett kontor hos en myndighet.¹⁰³ I praxis om beslag och husrannsakan har Europadomstolen dock i flera fall underlåtit att gå in på frågan om intrång i rätten till respekt för privatliv om rätten till respekt för hem ändå har överträtts i ett konkret fall.¹⁰⁴

Om det sker ett intrång i någon av dessa rättigheter måste tre krav uppfyllas för att intrånget skall vara konventionsenligt: (1) det måste finnas ett lagstöd för åtgärden, (2) åtgärden måste vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle och (3) åtgärden måste vara motiverad av vissa angelägena – i konventionstexten uppräknade – ändamål. Av dessa blir det sistnämnda kravet sällan problematiskt vid användning av straffprocessuella tvångsmedel, eftersom sådan användning ofta går att härleda till det uppräknade ändamålet »till förebyggande av oordning eller brott«, medan däremot de två tidigare kraven ofta blir relevanta att diskutera för Europadomstolen. Det förstnämnda laglighetskravet innebär framför allt att det skall finnas stöd i lag eller rättspraxis för det aktuella intrånget, men även att lagen skall vara av viss kvalitet och att det finns vissa rättssäkerhetsgarantier såsom domstolsprövning. Kravet på nödvändighet i ett demokratiskt samhälle innebär att det skall göras en slags proportionalitetsbedömning, där en mängd omständigheter kan vägas in.¹⁰⁵

I det följande diskuteras några mer specifika krav som följer av de båda rekvisiten (förutsättningarna) laglighet och nödvändighet i ett demokratiskt samhälle. Särskilt fokus läggs vid dels kravet på en begriplig lag, dels kravet på domstolsprövning.

101. Jfr t.ex. situationen i Europadomstolens dom Petri Sallinen m.fl. mot Finland (50882/99) den 27 september 2005, §§ 68–71.

102. Jfr Hjertstedt, 2011, s. 143.

103. Se Europadomstolens dom Peev mot Bulgarien (64209/01) den 26 juli 2007, §§ 37–40.

104. Se Europadomstolens domar Buck mot Tyskland (41604/98) den 28 april 2005, § 33 och Petri Sallinen m.fl. mot Finland (50882/99) den 27 september 2005, § 72.

105. Se vidare den tidigare undersökningen i Hjertstedt, 2011, s. 142–153 med där gjorda hänvisningar.

3.4 Kravet på en begriplig lag

Det tidigare nämnda laglighetsrekvisitet i artikel 8 Europakonventionen innebär ett krav på att (1) det skall finnas lagstöd för intrång i rätten till privatliv (formellt laglighetskrav), (2) att lagen är av viss kvalitet (materiellt laglighetskrav) och (3) att det finns vissa rättssäkerhetsgarantier. Vad gäller det formella laglighetskravet innebär det att det måste finnas en lagregel som medger intrång i artikel 8 under vissa förutsättningar; alternativt skall det finnas sådant stöd i rättspraxis.¹⁰⁶ I detta avsnitt ligger fokus vid det materiella laglighetskravet, medan kravet på rättssäkerhetsgarantier behandlas mer utförligt i nästa avsnitt.¹⁰⁷

Det materiella laglighetskravet har uttryckts på lite olika sätt, men innebär i princip ett kvalitetskrav på den lag som ger stöd för en åtgärd. Ofta preciseras detta som att lagen skall vara tillgänglig för den berörde, som måste kunna förutse dess konsekvenser för honom eller henne.¹⁰⁸ Av kravet på förutsebarhet följer att lagen måste vara tillräckligt begriplig – annars kan det vara svårt att förutse lagens konsekvenser.

Att slå fast någon generell formel för när lagen är tillräckligt begriplig är givetvis svårt. För att konkretisera det materiella legalitetskravet kommer emellertid två avgöranden mot Finland att behandlas i det följande. Även om fallen inte är helt färska är de illustrativa, eftersom de behandlar tvångsmedlen beslag och reell husrannsakan samt även finsk rätt, som ligger nära den svenska rättsordningen.

I det första av fallen, *Petri Sallinen mot Finland*, hade en finsk advokat (S) fått sitt advokatkontor, sin lägenhet och sina fordon undersökta genom en husrannsakan. Syftet med husrannsakan var att söka efter bevisföremål i den bedrägeriutredning som pågick mot två av S:s klienter, och i vilken S misstänktes ha varit delaktig genom medhjälp. Under husrannsakan kopierades bland annat två av S:s hårddiskar och beslagtogs två datorer, det vill säga det var fråga om att leta efter information som fanns i elektronisk kommunikationsutrustning.¹⁰⁹

106. Beträffande artikel 10 uttalade Europadomstolen detta redan i domen Sunday Times mot Förenade Konungariket (6538/74) den 26 april 1979, § 47. Angående artikel 8, se t.ex. Chappell mot Förenade Konungariket (10461/83) den 30 mars 1989, § 52.

107. Se avsnitt 3.5.

108. Se t.ex. Petri Sallinen m.fl. mot Finland (50882/99) den 27 september 2005, §§ 80–94.

109. Petri Sallinen m.fl. mot Finland (50882/99) den 27 september 2005, §§ 7–29.

Europadomstolen konstaterade att det rörde sig om ett intrång i S:s hem och korrespondens. Därefter diskuterade domstolen huruvida legalitetskravet var uppfyllt i detta fall. Europadomstolen konstaterade här att det formella legalitetskravet var uppfyllt, eftersom det fanns stöd i finsk lagstiftning – i finska tvångsmedelslagen, rättegångsbalken och advokatlagen – för att besluta om beslag och husrannsakan i den aktuella situationen. Däremot var det enligt Europadomstolen oklart hur de tre regelverken förhöll sig till varandra. Därutöver menade Europadomstolen att det var oklart hur rekvisitet »för målets utförande« (»pleading a case«) skulle tolkas, närmare bestämt om det endast tog sikte på förhållandet mellan en advokat och dennes klient i ett speciellt fall eller deras relation i allmänhet. Mot bakgrund av detta ansåg domstolen att de finska bestämmelserna inte var tillräckligt begripliga, så att förutsebarhetskravet inte var uppfyllt. Domstolen lyfte också fram vissa andra omständigheter, som att det saknades en oberoende rättslig kontroll. Mot bakgrund av detta konstaterade domstolen att det förelåg en kränkning av artikel 8.¹¹⁰

I fallet *Sorvisto mot Finland* hade polisen genomfört en husrannsakan i en lagerlokal som Sorvisto (S) hade tillgång till. Polis hade beslagtagit ett stort antal dokument, som bland annat utgjordes av korrespondens mellan S – som misstänktes för underlåtenhet att deklarerera vissa tillgångar – och dennes advokat.¹¹¹

I domskälen hänvisade Europadomstolen till det tidigare Sallinen-fallet, där ju kravet på förutsebarhet inte ansågs vara uppfyllt. Visserligen hade det efter detta fall tillkommit några avgöranden från finska Högsta domstolen som klargjort rättsläget, men domstolen ansåg att dessa inte kunde beaktas i och med att avgörandena hade tillkommit efter att beslagen hade gjorts. Europadomstolen konstaterade därför – efter att även här ha poängterat vissa andra omständigheter såsom avsaknad av domstolskontroll – att artikel 8 hade kränkts av Finland.¹¹²

Av dessa båda rättsfall torde slutsatsen kunna dras att en alltför oklar reglering av beslag och husrannsakan kan få till följd att användning av dessa tvångsmedel utgör en kränkning av artikel 8, även om det inte helt klart går att utläsa vilken betydelse avsaknaden av oberoende

110. Petri Sallinen m.fl. mot Finland (50882/99) den 27 september 2005, §§ 68–94.

111. Sorvisto mot Finland (19348/04) den 13 januari 2009, §§ 6–43.

112. Sorvisto mot Finland (19348/04) den 13 januari 2009, §§ 104–122.

rättslig kontroll hade för utgången i fallen. I de båda fallen bestod alltså oklarheten dels i ett osäkert förhållande mellan tre regelverk, dels i en oviss innebörd av ett centralt rekvisit.

3.5 Kravet på domstolsprövning

I sin praxis rörande artikel 8 har Europadomstolen även formulerat ett krav på domstolsprövning vid användning av vissa tvångsmedel som beslag och reell husrannsakan, det vill säga domstol eller motsvarande skall besluta om tvångsmedlen eller i vart fall skall det finnas en möjlighet till domstolsprövning i efterhand. Detta krav har diskuterats som en komponent i såväl laglighetsrekvisitetet som rekvisitetet nödvändig i ett demokratiskt samhälle.

Då det gäller rekvisitetet *nödvändig i ett demokratiskt samhälle* har Europadomstolen lyft upp möjligheten till domstolsprövning som en omständighet som skall beaktas i den proportionalitetsbedömning som tillämpningen av detta rekvisit innebär. Något absolut krav på domstolsprövning finns alltså inte, utan möjligheten till domstolsprövning skall vägas in tillsammans med andra faktorer såsom brottets allvarlighet och huruvida ingreppet riktas mot en misstänkt eller tredje man.¹¹³

Beträffande *laglighetsrekvisitetet* har däremot Europadomstolen på senare år formulerat möjligheten till domstolsprövning som ett självständigt krav. För att konkretisera detta krav kommer åter igen två avgöranden mot Finland att behandlas, avgöranden som berör användning av beslag och husrannsakan.

I fallet *Heino mot Finland* hade en husrannsakan företagits på H:s advokatkontor, varvid viss e-post kopierades från H:s dator och vissa handlingar beslagtogs; med andra ord var det fråga om undersökning av elektronisk kommunikationsutrustning. Syftet med husrannsakan var att utreda affärstransaktioner, som hustrun till H:s klient hade företagit.¹¹⁴

Europadomstolen ansåg att de aktuella åtgärderna utgjorde ett intrång i H:s hem och korrespondens. Efter detta diskuterade domstolen

113. Se vidare den undersökning som har företagits i Hjertstedt, 2011, s. 148–152, 187–189, med där gjorda hänvisningar.

114. *Heino mot Finland* (56720/09) den 15 februari 2011, §§ 5–9.

om laglighetsrekvisitet – som enligt domstolen innefattade ett krav på rättssäkerhet – var uppfyllt i detta fall. Europadomstolen konstaterade att det inte fanns någon oberoende rättslig prövning då husrannsakens beslutet utfärdades, eftersom beslutet fattades av polisen själv. Detta hade dock enligt domstolen kunnat kompenseras av en möjlighet till rättslig prövning i efterhand, men i finsk rätt fanns inte någon möjlighet till rättslig prövning i efterhand vare sig av husrannsakens beslutet eller av sättet på vilket husrannsakan genomfördes. I och med detta drog Europadomstolen slutsatsen att finsk rätt inte var nog försedd med rättssäkerhetsgarantier för att laglighetsrekvisitet skulle vara uppfyllt, vilket innebar att det förelåg en kränkning av artikel 8.¹¹⁵

I fallet *Harju mot Finland* var omständigheterna ungefär desamma som i Heino-fallet, förutom att det rörde sig om beslagtagande av en dator i samband med husrannsakan i en *misstänkt* hem – H misstänktes för brottet ordnande av olaglig inresa – där beslutet hade fattats av tullmyndigheten.¹¹⁶ Europadomstolen kom i detta fall till samma slutsats som i Heino-fallet, det vill säga att avsaknaden av möjlighet till domstolsprövning initialt eller i efterhand i finsk rätt innebar att laglighetsrekvisitet inte var uppfyllt och att en kränkning av artikel 8 förelåg.¹¹⁷ Att det i detta fall rörde sig om husrannsakan i en misstänkt hem verkar alltså inte ha spelat någon roll.

De två fallen får sannolikt tolkas på det sättet att det krävs att domstol eller annat oberoende organ har beslutat om husrannsakan, eller att det har funnits en möjlighet för domstol att pröva beslutet i efterhand (efter att husrannsakens beslutet har verkställts); om inte något av dessa krav är uppfyllda är inte husrannsakan förenlig med artikel 8. Troligt är att både lagligheten och lämpligheten måste kunna prövas samt att det inte räcker med någon indirekt prövning exempelvis i form av skadeståndstalan. Vilka eventuella andra rättsliga organ utöver domstolar som kan godtas är oklart, men i senare års praxis har Europadomstolen inte enbart underkänt polis utan även åklagare som prövande organ.¹¹⁸

De slutsatser som kan dras av de båda fallen vinner också stöd i vissa

115. Heino mot Finland (56720/09) den 15 februari 2011, §§ 33–48.

116. Harju mot Finland (56716/09) den 15 februari 2011, §§ 5–9.

117. Harju mot Finland (56716/09) den 15 februari 2011, §§ 33–47.

118. Se t.ex. Taraneks mot Lettland (3082/06) 2 december 2014, §§ 104–111 och Prezhdarovi mot Bulgarien (8429/05) den 30 september 2014, §§ 43–52. Jfr de slutsatser som dras i Hjertstedt & Landström, 2020, s. 683–686.

senare avgöranden från Europadomstolen.¹¹⁹ Det finns dock exempel på sentida avgöranden där Europadomstolen istället har betraktat möjligheten till domstolsprövning som en (tungt vägande) faktor av betydelse för bedömningen om intrånget varit nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.¹²⁰ Hur som helst ligger det i farans riktning att medlemsstater kränker artikel 8 om det saknas möjlighet till domstolsprövning före eller efter verkställigheten av en husrannsakan.

3.6 Krav på precisering av husrannsakens beslut

Det finns även ytterligare krav som Europadomstolen har formulerat i sin praxis rörande artikel 8. Ett sådant krav – som följer av rekvisitetet nödvändig i ett demokratiskt samhälle – är att beslut om husrannsakingar skall vara preciserade. I flera fall har exempelvis Europadomstolen ansett att husrannsakens beslut i syfte att eftersöka alla objekt som varit av betydelse för brottsutredningen inte har varit tillräckligt specificerade. Europadomstolens uttalanden i dessa fall får närmast tolkas som att det rör sig om ett självständigt krav, det vill säga att ett alltför opreciserat husrannsakens beslut inte kan kompenseras av andra omständigheter.¹²¹ Däremot ansåg Europadomstolen i ett annat fall att ett beslut om en husrannsakan i syfte att eftersöka handlingar som innehöll två företagsnamn var tillräckligt specificerat.¹²²

119. Se *Taraneks mot Lettland* (3082/06) 2 december 2014, §§ 104–111 (åklagare var beslutsfattare) och *Prezhdarovi mot Bulgarien* (8429/05) den 30 september 2014, §§ 43–52 (polis var beslutsfattare).

120. Se *Modestou mot Grekland* (51693/13) den 16 mars 2017, §§ 44–54, *Doroz mot Polen* (71205/11) den 29 oktober 2020, §§ 21–32, *Tortladze mot Georgien* (42371/08) den 18 mars 2021, §§ 55–68 och *Kuzminas mot Ryssland* (69810/11) den 21 december 2021, §§ 16–28.

121. Se *Ernst m.fl. mot Belgien* den 15 juli 2003 (pressmeddelande), *van Rossem mot Belgien* den 9 december 2004 (pressmeddelande) och *Aleksanyan mot Ryssland* (46468/06) den 22 december 2008, §§ 216–218. Det finns dock exempel på mer sentida fall där utformningen av husrannsakens beslutet är en faktor av flera som tillmätts betydelse för frågan om intrånget varit nödvändigt i ett demokratiskt samhälle, se *Modestou mot Grekland* (51693/13) den 16 mars 2017, §§ 46–48. Vidare finns det exempel på fall där frågan om hur brett utformat husrannsakens beslutet har varit har tillmätts betydelse för bedömningen av laglighetsrekvisitet, se *Taner Kilic mot Turkiet* (70845/01) den 24 oktober 2006, §§ 40–44.

122. Se *Wieser och Bicos Beteiligungen GmbH mot Österrike* (74336/01) den 16 oktober 2007, § 59.

4. Problemanalys

I detta avsnitt analyseras i vilken mån den svenska tvångsmedelsregleringen tillgodoser de krav som Europadomstolen uppställer. Först görs en översyn av de oklarheter som finns med de befintliga regelverken. Därefter studeras de brister i möjligheterna till domstolsprövning som finns med reglerna om beslag respektive reell husrannsakan och genomsökning på distans. Slutligen redogörs för problematiken med opreciserade husrannsakens beslut.

4.1 Oklarheter

I vilken mån tvångsmedelslagstiftning är tillräckligt begriplig för att nå upp till de krav som Europadomstolen har ställt upp i fråga om artikel 8 är förstås svårt att slå fast med någon bestämdhet. Ibland kan det vara fråga om att innebörden av en bestämmelse framgår av rättskäl-lorna, men att betydelsen inte är alldeles lätt att läsa sig till. I andra fall kan rättsläget vara direkt oklart, där det till exempel har gjorts olika tolkningar i doktrinen men det saknas ett mer auktoritativt uttalande om gällande rätt. I det följande avsnittet kommer att pekas på några oklarheter i den svenska regleringen av de här behandlade tvångsmed-len, oklarheter som uppmärksammats av Justitieombudsmannen (JO), utredningar, Lagrådet och tidigare forskning. Även om de rättsfall från Europadomstolen som har presenterats i det föregående tar sikte på beslag och husrannsakan borde rimligen samma krav gälla för genom-sökning på distans.

Vissa av oklarheterna gäller förfarandet vid tvångsmedelsanvänd-ning. Exempelvis är det inte helt klart vilka som skall närvara vid en

beslagsförhandling: genom en hänvisning till bestämmelserna om häktning synes som huvudregel den misstänkte böra vara närvarande, och inte – vilket förefaller vara mer motiverat – den som drabbas av beslaget.¹²³

Andra oklarheter rör – i likhet med de ovan redovisade fallen Sallinen och Sorvisto – själva förutsättningarna för tvångsmedelsanvändning. Ett sådant exempel är grundregeln om reell husrannsakan, vars struktur i allt väsentligt är oförändrad sedan rättegångsbalkens tillkomst 1942 och som ger uttryck för en ålderdomlig lagstiftningsteknik. Bestämmelsens första stycke reglerar reell husrannsakan hos skäligen misstänkta, vilket dock inte uttryckligen framgår av detta stycke utan kräver en samläsning med andra stycket.¹²⁴ Vidare framgår det inte klart av stadgandets andra stycke – som reglerar förutsättningarna för reell husrannsakan hos annan än skäligen misstänkt – om det krävs misstanke om fängelsebrott.¹²⁵ Slutligen finns det en del oklarheter i bestämmelsens tredje stycke – som reglerar misstänkts möjligheter att på eget initiativ samtycka till en husrannsakan – bland annat vilka av grundförutsättningarna som ett samtycke kan ersätta och vad som gäller för andra än misstänkta.¹²⁶

Särskilt relevant att nämna i denna studie är de oklarheter som gäller beträffande reglerna om beslag och reell husrannsakan i fråga om uppgifter i elektronisk kommunikationsutrustning och annan digital information. Som framgått ovan har det exempelvis diskuterats om en dator eller en mobiltelefon är ett sådant slutet förvaringsställe som kräver ett särskilt husrannsakensbeslut och huruvida regeln om undersökning av så kallade enskilda handlingar även är tillämplig i fråga om elektronisk kommunikationsutrustning.¹²⁷ Visserligen har Högsta domstolen i ett fall slagit fast att beslagsförbudet i 27 kap. 2 § RB även

123. 27 kap. 5 §, som hänvisar till 24 kap. 17 § RB. Se den kritik som framförts i SOU 1995:47 s. 419–420 och Hjertstedt, 2011, s. 240–241.

124. För tillämpningssvårigheter i praktiken, se JO 1998/99 s. 59. JO har kritiserat lagkonstruktionen för att vara otydlig, se JO 1992/93 s. 143 på s. 161–162, och Polisrättsutredningen föreslagit en lagändring, se SOU 1995:47 s. 514. Se även Hjertstedt, 2011, s. 290.

125. Angående denna diskussion, se Hjertstedt, 2011, s. 298 med där gjorda hänvisningar. JO i JO 1992/93 s. 143 på s. 161–162 och Beslagsutredningen i SOU 2017:100 s. 73–74 har föreslagit ett förtydligande i lagtexten.

126. Denna problematik utvecklas mer utförligt i Hjertstedt, 2011, s. 303–307. Se i övrigt särskilt JO 1991/92 s. 114.

127. Jfr vad som sagts i avsnitt 2.1 och 2.2 ovan.

omfattar annan information än skrift och andra bärare av information än papper,¹²⁸ men hur de rättsgrundsatser som formuleras i detta fall skall tillämpas i praktiken är inte helt klart.¹²⁹

Värt att framhålla är också den bestämmelse om undantag från vittnesplikten som ett av stadgandena om beslagsförbud hänvisar till. Denna utgör nämligen en motsvarighet till den finska reglering som underkändes av Europadomstolen i fallen Sallinen och Sorvisto. Vid en jämförelse mellan de båda rättsordningarna kan det konstateras att regleringen är uppbyggd på samma sätt i Finland som i Sverige – ett stadgande om beslagsförbud hänvisar till ett annat stadgande om vittnesplikt.¹³⁰ I den finska vittnesförbudsregeln föreskrevs att ombud eller rättegångsbiträde som huvudregel inte får vittna »om sådant som huvudmannen anförtrots för målets utförande ...«. ¹³¹ I den motsvarande svenska bestämmelsen stadgas att advokater med flera inte får höras som vittne om »... något som i denna deras yrkesutövning anförtrots dem eller som de i samband därmed har erfarit«. ¹³² Hur det sistnämnda stadgandet – framför allt frasen »i samband därmed« – skall tolkas har diskuterats i den juridiska litteraturen. ¹³³ Under senare år har visserligen det aktuella stadgandet behandlats i Högsta domstolens praxis,¹³⁴ men rättsläget har inte klargjorts i alla delar.

4.2 Domstolsprövning vid reell husrannsakan och genomsökning på distans

Som framgått ovan har Europadomstolen i fallen Harju och Heino ställt krav på att beslut om husrannsakan antingen fattas av domstol eller motsvarande, eller att det i efterhand finns en möjlighet till domstolsprövning av husrannsakens beslutet. ¹³⁵ I det följande analyseras i

128. NJA 2015 s. 631.

129. Jfr den kritik som har framförts i Axberger, 2015–16, s. 642.

130. I finsk rätt hänvisade 4 kap. 2 § 2 st. tvångsmedelslagen 30.4 1987/450 till 17 kap. 23 § finska rättegångsbalken I.I.1734/4. I svensk rätt hänvisar 27 kap. 2 § RB till 36 kap. 5 § RB.

131. 17 kap. 23 § finska rättegångsbalken I.I.1734/4 (samma lydelse gäller idag).

132. 36 kap. 5 § 2 st. RB.

133. Se t.ex. de olika tolkningar som görs i Welamson, 1962, s. 29–45, och Ekelöf & Boman, 1992, s. 177–179. Se även Hjertstedt, 2011, s. 215–220.

134. Se framför allt NJA 1977 s. 403, NJA 1990 s. 537 och NJA 2010 s. 122.

135. Jfr vad som sagts i avsnitt 3.5.

vilken mån de svenska reglerna om reell husrannsakan uppfyller Europadomstolens krav. I framställningen behandlas även bestämmelserna om genomsökning på distans, eftersom detta tvångsmedel i princip är en form av husrannsakan, men uteslutande då det gäller digital information som finns lagrad externt.¹³⁶

Då det gäller beslutsfattare är det normalt sett förundersökningsledarna – antingen polis eller åklagare – som fattar beslut om reell husrannsakan och genomsökning på distans.¹³⁷ Det är endast i mer speciella situationer som domstolen fattar beslut om dessa tvångsmedel – framför allt då det dels rör sig om omfattande husrannsakningar, dels är fråga om undersökning av integritetskänsliga miljöer som exempelvis advokatkontor och tidningsredaktioner.¹³⁸

Vad gäller möjligheten till domstolsprövning i efterhand finns ingen uttrycklig överklaganderegler för den som drabbas av en reell husrannsakan eller genomsökning på distans, men möjligen skulle det gå att argumentera för att den överprövningsregel som gäller för beslag (se avsnitt 4.3 nedan) även skulle gå att tillämpa här.¹³⁹ Problemet är dock att dessa tvångsmedel utgör så kallade momentana – det vill säga kortvariga – tvångsmedel,¹⁴⁰ och att Högsta domstolens principiella inställning är att så kallade deserta frågor – alltså frågor som inte kan föranleda någon åtgärd – inte kan prövas av domstol.¹⁴¹ I och med att en husrannsakan ofta endast varar några timmar skulle en domstol hur som helst aldrig hinna överpröva ett husrannsakansbeslut.¹⁴²

Sammanfattningsvis kan sägas att det sällan är domstol som fattar det initiala beslutet om reell husrannsakan eller genomsökning på distans, och att det finns små möjligheter att få ett husrannsakansbeslut

136. Jfr vad som sagts i avsnitt 2.3.

137. Se 28 kap. 4, 5 och 10 d §§ samt 23 kap. 3 § RB; se även Hjertstedt, 2011, s. 308–312 och Hjertstedt & Landström, 2020, s. 686–688.

138. Se 28 kap. 4 § 1 st. 2 och 3 meningen samt 10 d § 2 st. RB. Se även t.ex. SOU 1938:44 s. 329, JO 1992/93 s. 143 och JO 1975/76 s. 132.

139. Se Hjertstedt & Landström, 2020, s. 689.

140. Se angående detta begrepp Olivecrona, 1968, s. 207.

141. Jfr t.ex. NJA 1977 s. 573; beträffande kontaktförbud har HD i begränsad utsträckning modifierat denna princip, se NJA 2020 s. 1061. Även då det gäller deserta frågor med ett prejudikatintresse har HD gjort vissa avsteg från denna princip, se HD:s beslut den 2 februari och den 30 mars 2023 i mål Ö 5685-22. Angående begreppet deserta frågor, se Munck, 2009, s. 369–370.

142. Jfr Bylund, 2006, s. 120.

överprövat. Det finns därför skäl att ifrågasätta om de svenska bestämmelserna om reell husrannsakan och genomsökning på distans är förenliga med de krav som Europadomstolen har formulerat i fallen Harju och Heino.

4.3 Domstolsprövning vid beslag

Beslag är ett tvångsmedel som inte specifikt diskuteras i Harju och Heino då det gäller rätten till domstolsprövning, även om beslagtagande skedde i båda fallen. Också beslag kan dock utgöra kännbara intrång i artikel 8 – till exempel kan datorer innehålla känsliga uppgifter – varför det kan diskuteras om inte de krav som Europadomstolen uppställer även bör gälla här.

Behörig att fatta beslut om beslag är i stor utsträckning enskilda polismän i samband med att andra tvångsmedel – exempelvis reell husrannsakan – verkställs.¹⁴³ I övrigt finns det möjlighet för förundersökningsledare – det vill säga polis eller åklagare – att fatta beslut om beslag.¹⁴⁴ Domstolen fattar däremot beslut om beslag endast vid mer speciella situationer – då beslagsobjektet visas upp vid domstolen eller annars är tillgänglig för beslag.¹⁴⁵

Däremot finns det vissa möjligheter till domstolsprövning i efterhand, då det finns en bestämmelse som stadgar att den som drabbats av ett beslag har en rätt att begära domstolsprövning av ett beslagsbeslut om det har verkställts utan domstolens förordnande.¹⁴⁶ I och med att beslagtagande är ett så kallat perdurerande – det vill säga långvarigt – tvångsmedel innebär inte heller Högsta domstolens principiella förhållningssätt till deserta frågor samma hinder,¹⁴⁷ då ett beslagtagande ofta hinner överprövas.

En situation som i vart fall tidigare har varit problematisk är då beslagsobjekt har kopierats. Det kan till exempel röra sig om en dator som beslagtas och kopieras, men där sedan beslaget hävs och datorn återlämnas – i den situationen finns det ingen möjlighet att få beslutet

143. Se 27 kap. 4 § 1 st. RB.

144. Se 27 kap. 4 § 2 st. RB.

145. Se 27 kap. 5 § 1 st. RB.

146. Se 27 kap. 6 § RB.

147. Se angående detta begrepp Olivecrona, 1968, s. 207.

om beslag överprövat av domstol.¹⁴⁸ Från och med den 1 juni 2022 är dock kopieringsförfarandet lagreglerat, bland annat finns en bestämmelse om att den som drabbas av kopieringen har rätt att begära domstolens prövning av om kopian skall förstöras. Denna rätt gäller under förutsättning att kopian förvaras hos en brottsbekämpande myndighet och gäller så länge som förundersökningen pågår eller till dess att målet har avgjorts slutligt.¹⁴⁹ I förarbetena uttalas att rätten till domstolsprövning gäller oavsett om kopian har framställts inom ramen för ett beslag eller vid en husrannsakan eller genomsökning på distans¹⁵⁰ (däremot nämns inte hemlig dataavläsning). Av förarbetena framgår vidare att både kopieringsbeslutets laglighet och lämplighet skall provas,¹⁵¹ vilket ju har varit ett krav i Europadomstolens domar Harju och Heino.¹⁵² Den nya rätten att begära domstolsprövning avseende kopior innebär dock ingen rätt att få en prövning av den rättighetsinskränkning som beslaget innebär, varför det alltså kan diskuteras om gällande rätt är förenlig med Europakonventionens artikel 8.¹⁵³ Dessutom avgörs frågan utifrån förhållandena vid tidpunkten för prövningen,¹⁵⁴ och kan inte ta sikte på vad som gällde i beslutsögonblicket.

En situation där problematik också skulle kunna uppstå är vid kortvariga beslagtaganden då ingen kopiering görs – efter det att beslaget har hävts finns ju inte längre någon möjlighet till domstolsprövning. I en sådan situation kan dock intrånget ofta ses som mindre påtagligt.

148. Se t.ex. NJA 1977 s. 573. Se även NJA 1988 s. 471, där Högsta domstolen ifrågasätter om detta förfarande är förenligt med grunderna för bestämmelserna om rätt att begära domstolsprövning av beslag. Problematiken analyseras mer utförligt i Hjertstedt, 2011, s. 247–249.

149. Se 27 kap. 17 c § RB.

150. Se prop. 2021/22:119 s. 171.

151. Se prop. 2021/22:119 s. 172.

152. Jfr vad som sagts i avsnitt 3.5 ovan.

153. Se resonemangen i Nilsson, 2023, s. 57–58.

154. Se prop. 2021/22:119 s. 172.

4.4 Precisering av beslut om reell husrannsakan och genomsökning på distans

Som framgått av ovanstående redogörelse måste husrannsakensbeslut enligt Europadomstolens praxis vara tillräckligt specificerade för att sådan tvångsmedelsanvändning skall vara förenlig med artikel 8.¹⁵⁵ I det följande analyseras i vilken utsträckning de svenska bestämmelserna om reell husrannsakan och genomsökning på distans är förenliga med dessa Europadomstolens krav.¹⁵⁶

Någon lagreglering av hur beslut om husrannsakan eller genomsökning på distans skall utformas och vad besluten skall innehålla finns inte i svensk rätt annat än i de sällsynta fall som domstolen fattar beslut.¹⁵⁷ Inte heller har exempelvis Riksåklagaren utfärdat några riktlinjer för hur sådana riktlinjer skall utformas. Däremot har det i den juridiska litteraturen formulerats anvisningar för vad dylika tvångsmedelsbeslut bör innehålla, där de två övergripande kraven består i att grunden för beslutet och omfattningen av åtgärden skall framgå.¹⁵⁸

Mot bakgrund av frånvaron av rättslig reglering på området kan det finnas en risk för att beslut om husrannsakingar och genomsökning på distans utformas på olika vis i olika delar av landet, och att de på vissa håll utformas på ett sådant sätt som inte håller den miniminivå som Europadomstolen kräver.¹⁵⁹ Visserligen använder åklagare och poliser standardiserade dokument för exempelvis husrannsakensbeslut som finns i deras datasystem. I Polismyndighetens datasystem Durtvå skall exempelvis brottsmisstanke, plats och omfattning anges, men det kan ändå finnas en risk att omfattningen avfattas på ett alltför vidsträckt sätt för att tillgodose Europadomstolens krav.

155. Jfr vad som sagts i avsnitt 3.6.

156. I princip är genomsökning på distans en form av husrannsakan, men uteslutande då det gäller digital information som finns lagrad externt. Jfr vad som sagts i avsnitt 2.3.

157. Dessa bestämmelser finns i 30 kap. 10 och 11 §§ RB. Se vidare Hjertstedt, 2011, s. 312.

158. Se Lindberg, 2022, s. 697–700.

159. Jfr resonemangen i Hjertstedt, 2011, s. 314.

5. Lösningsstrategier

I detta avsnitt diskuteras hur de identifierade problemen – oklarheter, avsaknad av domstolsprövning och potentiellt opreciserade husrannsakensbeslut – skulle kunna lösas på olika sätt. En generell lösningsstrategi är att införa ny lagstiftning eller att ändra den redan befintliga lagstiftningen. I vissa fall kan emellertid, vilket har påpekats i avsnitt 3.1, så kallad fördragskonform tolkning, det vill säga en tolkning av de svenska bestämmelserna på ett sätt som är förenlig med Europakonventionen, vara en framkomlig lösningsstrategi. Därutöver kan praxisutveckling – alltså att exempelvis avgöranden från Högsta domstolen preciserar rättsläget – ibland lösa problemen. Slutligen kan olika myndighetsinterna åtgärder av polis och åklagare – såsom riktlinjer och utbildningsinsatser – innebära en fruktbar lösningsstrategi.

5.1 Oklarheter i lagstiftningen

Ett sätt att lösa de oklarheter i lagstiftningen som har identifierats i det föregående är givetvis att klarlägga rättsläget genom *lagstiftning*. Detta alternativ erbjuder också olika valmöjligheter utifrån det rättsläge som lagstiftaren finner eftersträvänsvärt. Som exempel kan nämnas att en revidering av det tidigare behandlade beslagsförbudet kan innebära att beslagsförbudet antingen får ett mer omfattande eller ett mer begränsat tillämpningsområde. Ett förslag på en ändring av bestämmelsen som innebär ett mer begränsat förbud – och därmed utökade möjligheter till beslag – återfinns i Polisrättsutredningens slutbetänkande. Där förespråkas att beslagsförbudet skall gälla (1) meddelanden mellan en person och en i lagtexten angiven befattningshavare – till exempel

mellan en advokat och dennes klient – eller (2) befattningshavarens anteckningar och liknande, som har föranletts av kontakter med den som har anlitat honom.¹⁶⁰ Oavsett vilken väg lagstiftaren väljer krävs att lagtexten formuleras så att den blir tillräckligt begriplig.

För att det laglighetskrav som följer av artikel 8 i Europakonventionen skall vara uppfyllt kan – som Europadomstolen har påtalat – ett alternativ till begriplig lagstiftning vara en begriplig *rättspraxis*. I ett svenskt sammanhang är dock ett problem med denna Lösningsstrategi att tvångsmedel som husrannsakan sällan hamnar under domstolsprövning,¹⁶¹ och att en prövning av de oklara stadganden som finns enligt svensk rätt förutsätter att parterna yrkar att frågan prövas. Däremot har Justitieombudsmannen viss möjlighet att ta initiativ till ärenden,¹⁶² men frågan är om dess uttalanden är av sådan dignitet att det är att jämföras med sådan praxis som Europadomstolen anser utgöra ett alternativ till lagstiftning.

Olika typer av *myndighetsinterna åtgärder* – till exempel utarbetande av handböcker och införande av riktlinjer över hur de oklara bestämmelserna skall tolkas – skulle också kunna motverka att rättstillämpare behöver lägga ner mycket tid på att tolka lagstiftningen. Denna strategi bringar dock inte svensk rätt i överensstämmelse med Europakonventionens krav.

5.2 Avsaknad av domstolsprövning vid reell husrannsakan och genomsökning på distans

Avsaknaden av möjlighet till domstolsprövning då det gäller tvångsmedlen reell husrannsakan och genomsökning på distans kan principiellt lösas på två sätt: antingen genom att domstol fattar det initiala beslutet om dessa tvångsmedel eller att beslutet kan överprövas av domstol i efterhand.¹⁶³ En sådan ordning kan åstadkommas genom olika Lösningsstrategier.

En Lösningsstrategi som innefattar en kombination av *fördragskonform tolkning* och *myndighetsinterna åtgärder* och som innebär

160. Se SOU 1995:47 s. 26, 359–372, 495–496.

161. Jfr vad som sagts i avsnitten 2.2 och 4.2.

162. Exempel på ett sådant är JO 1991/92 s. 114 (ärendet gäller samtycke till reell husrannsakan).

163. Jfr i avsnitt 3.5 om de krav som Europadomstolen har formulerat.

en domstolsprövning i efterhand är följande. En fördragskonform tolkning är att tillämpa bestämmelsen om rätt att begära domstolens överprövning av beslagsbeslut analogivis – det vill säga utanför dess egentliga betydelseområde – beträffande tvångsmedlen reell husrannsakan och genomsökning på distans,¹⁶⁴ vilket skulle innebära att det finns ett stöd för att begära överprövning även då det gäller dessa tvångsmedel. Visserligen har Högsta domstolen intagit ståndpunkten att husrannsakens beslutet inte kan överprövas då väl tvångsmedlet har upphört,¹⁶⁵ men domstolen har i ett fall rörande kontaktförbud modifierat principen på så sätt att den kritiska tidpunkten är att begäran om domstolsprövning framställs innan åtgärden har upphört.¹⁶⁶ Om denna princip även tillämpas i fråga om husrannsakingar skulle en domstolsprövning vara möjlig om begäran görs innan husrannsakan har avslutats. Detta torde dock förutsätta att brottsutredarna i samband med att husrannsakan påbörjas regelmässigt upplyser den som drabbas av husrannsakan om den (kortvariga) rätt till domstolsprövning som finns.¹⁶⁷ En sådan ordning blir dock problematisk om de som drabbas av husrannsakan inte är närvarande då den genomförs. Utan något auktoritativt uttalande (från Högsta domstolen) finns därtill en risk för att rättstillämpningen blir oenhetlig, eftersom vissa domstolar troligen inte går med på att göra en analogivis tillämpning. Det kan också vara svårt att bedöma vilken tidsgräns som gäller för begäran om överprövning då husrannsakan genomförs utanför domstolens öppettider.

En annan tänkbar lösning är att brottsutredarna – polis och åklagare – i större utsträckning hänskjuter beslut om husrannsakan till domstol. Som framgått av den tidigare framställningen bör domstol enligt lagtexten fatta beslut endast i speciella fall,¹⁶⁸ men sannolikt finns det inget som hindrar en tillämpning som innebär att en mer kvalificerad beslutsfattare fattar beslut i fler situationer. En sådan ordning är dock mer resurs- och tidskrävande.

Exempel på en *rättspraxisutveckling* som skulle lösa problemati-

164. Denna bestämmelse återfinns i 27 kap. 6 § RB.

165. Jfr vad som sagts i avsnitt 4.2.

166. Kontaktförbudsprövningen, NJA 2020 s. 1061.

167. I JO 1975/76 s. 132 på s. 156 anges att detta är en information som brottsutredarna bör lämna vid beslagtaganden.

168. Jfr vad som sagts i avsnitt 2.2.

ken är att Högsta domstolen överger sitt principiella synsätt att frågor som inte kan föranleda någon åtgärd inte kan vara föremål för domstolsprövning, och istället öppnar för domstolsprövning av exempelvis husrannsakens beslut även efter att husrannsakn har genomförts. Ett sådant principiellt ställningstagande behöver Högsta domstolen inte nödvändigtvis göra i ett fall som rör husrannsakn.

Den mest verkningfulla lösningen är måhända att införa ny *lagstiftning*. Efter att Europadomstolen meddelat domarna i fallen Harju och Heino mot Finland har den finske lagstiftaren infört en möjlighet till domstolsprövning av husrannsakens beslut i efterhand. Enligt denna bestämmelse har den hos vilken husrannsakn har företagits som huvudregel en rätt att få husrannsakens laglighet prövad av domstol inom 30 dagar efter det att den verkställdes.¹⁶⁹ Om en liknande bestämmelse infördes i Sverige skulle det sannolikt inte kräva så mycket utökade resurser, eftersom alla drabbade knappast kommer att begära en domstolsprövning.

5.3 Avsaknad av domstolsprövning när beslag har upphävts

Som framgått av den föregående framställningen blir de svenska beslagsreglerna framför allt problematiska vid kortvariga beslagtaganden – utan att någon kopiering sker – eftersom det då finns begränsade möjligheter för den som drabbas av beslaget att begära domstolsprövning. Den lösningsstrategi som ligger närmast till hands här är måhända att vidta *myndighetsinterna åtgärder* på så sätt att det införs riktlinjer om att beslagtaganden inte tillåts vara alltför kortvariga och att den som drabbas av beslaget regelmässigt skall upplysas om rätten till domstolsprövning. En mer radikal lösning vore att göra en *fördragskonform tolkning* av överprövningsbestämmelsen på så sätt att brottsutredarna regelmässigt hänskjuter beslagsbeslutet för domstolens överprövning innan beslaget hävs.¹⁷⁰ Också då det gäller beslag är *rättspraxisutveckling* i form av att Högsta domstolen öppnar för domstolsprövning av frågor som inte kan föranleda någon åtgärd en möjlig lösning.

169. 8 kap. 18 § 1 st. finska tvångsmedelslagen 22.7.2011/806.

170. Enligt ordalydelsen i 27 kap. 6 § RB är det dock endast den som har drabbats av beslaget som kan begära domstolens prövning.

Även olika former av *lagstiftning* är förstås en tänkbar lösningsstrategi. Ett exempel på en annan ordning än den svenska – som skulle innebära en lösning på det aktuella problemet – återfinns i tysk rätt. Enligt denna skall beslut om beslag som inte har fattats av domstol underställas domstolens prövning inom tre dagar, oavsett om någon begär en prövning.¹⁷¹

Även då kopiering sker kan avsaknaden av domstolsprövning avseende beslagsbeslutet bli problematisk. Ett alternativ kan då också vara att brottsutredarna istället för att lämna tillbaka originalet – i de fall som det är möjligt – behåller originalhandlingen tills vidare och lämnar tillbaka kopian.¹⁷²

5.4 Opreciserade beslut om reell husrannsakan och genomsökning på distans

En lösning på problemet att beslut om reell husrannsakan och genomsökning på distans riskerar att bli alltför ospecificerade är att införa någon form av reglering av hur specificerat ett sådant beslut måste vara, så att tillämpningen blir enhetlig mellan olika orter. Detta skulle exempelvis kunna ske genom att myndigheterna själva – Polis- eller Åklagarmyndigheten – vidtar *myndighetsinterna åtgärder* i form av att införa föreskrifter om eller riktlinjer för hur dylika beslut skall utformas; sannolikt ställer Europadomstolen inget krav på att den typen av utfyllande riktlinjer behöver ske i föreskriftsform. Ett alternativ är annars att reglera utformningen av tvångsmedelsbeslut genom traditionell lagstiftning; i norsk lagstiftning anges exempelvis att husrannsakens beslut måste vara skriftliga samt innehålla information om vad saken gäller, syftet med husrannsakan och vad den skall omfatta.¹⁷³

Frågan är dock om en svensk lagreglering i sådana fall måste innehålla mer specificerade krav på innehållet än vad som uppställs i den norska lagen. Då det i lagstiftningen enbart ställs krav på angivelse av husrannsakens omfattning är det tänkbart att brottsutredare anger att husrannsakan omfattar ett eftersökande av alla objekt som är av

171. § 98 tyska Strafprozeßordnung.

172. Jfr Åklagarmyndigheten, Utvecklingscentrum Malmö, s. 37.

173. § 197 st. 3, norska Lov 1981-05-22 om rettgangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

betydelse för utredningen, en utformning som ju Europadomstolen har underkänt.¹⁷⁴ Ett krav på att husrannsakens omfattning anges finns också redan i Polismyndighetens datasystem Durtvå.¹⁷⁵

Mot bakgrund av detta är måhända en fullt tillräcklig (myndighetsintern) åtgärd att öka kunskapen hos polis och åklagare om de mer specifika krav på precisering av husrannsakens omfattning som Europadomstolen ställer. En spridning av forskningsresultat skulle därmed kunna vara en del av en sådan Lösningstrategi.

174. Jfr vad som sagts i avsnitt 3.6.

175. Jfr vad som sagts i avsnitt 4.4.

6. Avslutande diskussion

I detta avslutande kapitel diskuteras resultaten genom att de fyra undersökta tvångsmedlen jämförs avseende problem och lösningar. I kapitlet lämnas också några rekommendationer till lagstiftaren, brottsutredarna och beslutsfattarna.

6.1 Jämförelser mellan tvångsmedlen

De problem som har identifierats i det föregående är (1) oklarheter i gällande rätt, som kan hamna i konflikt med Europadomstolens krav på begriplig tvångsmedelslagstiftning, (2) avsaknad av domstolsprövning, som inte ligger i linje med Europadomstolens ståndpunkt att vissa tvångsmedel måste kunna bli föremål för domstolsprövning och (3) risken att vissa tvångsmedelsbeslut inte blir tillräckligt preciserade för att uppfylla Europadomstolens krav.

Då det gäller kravet på begriplighet kan konstateras att det finns oklarheter och otydligheter i samtliga tre regelkomplex, såväl de äldre bestämmelserna om beslag och husrannsakan som de nyare reglerna om genomsökning på distans. Då det gäller avsaknad av domstolsprövning finns det rättsfall från Europadomstolen rörande beslag och husrannsakan som påvisar det problematiska med svensk rätt; dessa fall har också bäring på genomsökning på distans med tanke på att detta tvångsmedel i princip är en form av husrannsakan. Vidare finns det fall från Europadomstolen rörande krav på precisering av beslut som har relevans för husrannsakan och genomsökning på distans, medan det är tveksamt om denna praxis har någon bäring på beslag.

De Lösningsstrategier som har diskuterats i det föregående är (1)

lagstiftning, (2) rättspraxisutveckling, (3) fördragskonform tolkning och (4) myndighetsinterna åtgärder. Av dessa kan alla utom rättspraxis diskuteras som lösningar på de problem som finns med samtliga tvångsmedel – även om de olika lösningsstrategierna kan fungera olika väl för olika problem. Då det gäller rättspraxisutveckling är det sannolikt att denna lösningsstrategi knappast skulle kunna aktualiseras i fråga om något av tvångsmedlen husrannsakan, beslag och genomsökning på distans, som är tvångsmedel som sällan beslutas om av domstol.

Värt att notera är dock att Högsta domstolen nyligen i ett beslut återigen har modifierat principen om att deserta frågor, det vill säga sådana som inte kan föranleda någon åtgärd, inte kan vara föremål för domstolsprövning. I beslutet uttalas att även sådana deserta frågor som är principiellt intressanta kan prövas av Högsta domstolen fastän tvångsmedlet redan har verkställts. Följden av denna prövning blir dock enbart att domstolen lämnar vägledning i den fråga som är principiellt intressant och inte ändrar den lägre instansens ställningstagande.¹⁷⁶

6.2 Rekommendationer

Mot bakgrund av undersökningens resultat lämnas avslutningsvis några rekommendationer om vad som behövs för att tillgodose Europadomstolens krav och som samtidigt kan främja en effektiv brottsbekämpning. Dessa rekommendationer adresserar (1) lagstiftaren, (2) beslutsfattarna – det vill säga i huvudsak domstolen, åklagare och polisen (förundersökningsledare eller polisman) samt (3) brottsutredarna. Som nämnts ovan kan det diskuteras om vissa problem också skulle kunna åtgärdas av rättspraxisutveckling, men då denna lösningsstrategi förutsätter att frågan aktualiseras med anledning av ett överklagande till Högsta domstolen i ett konkret mål – och inte kan behandlas på domstolens eget initiativ – lämnas denna strategi därhän.

Rekommendationer till lagstiftaren (regering och riksdag)

1. Gör en översyn av tvångsmedelslagstiftningen ur begriplighets-synpunkt. De tidigare språkliga justeringar som har gjorts i den aktuella äldre tvångsmedelsregleringen (beslag och husrannsaka-

176. Se Högsta domstolens beslut den 2 februari och 30 mars 2023 i mål Ö5686-22.

kan) har varit av begränsad omfattning, som att till exempel ersätta skall med ska,¹⁷⁷ medan exempelvis den oklara formuleringen i 36 kap. 5 § 2 st. RB inte har åtgärdats. I likhet med straffrättslig lagstiftning kan tvångsmedelsreglering leda till ingripande rättsföljder för enskilda, varför det är viktigt med begripliga bestämmelser ur rättssäkerhetssynpunkt. En begriplig lagstiftning framstår också som önskvärd ur effektivitetssynpunkt.

2. Gör en översyn av vilka tvångsmedel som har alltför begränsade möjligheter till domstolsprövning utifrån Europadomstolens praxis. En möjlig lösning är att reformera lagstiftningen på liknande sätt som har gjorts i Finland i fråga om husrannsakan, det vill säga att bibehålla beslutsordningen men att införa en rätt till domstolsprövning i efterhand. Denna lösning framstår som mer fördelaktig ur effektivitetssynpunkt än att domstol alltid fattar beslut om tvångsmedel.

Rekommendationer till beslutsfattarna (i huvudsak domstolar och brottsutredare)

1. Tillämpa en slags försiktighetsprincip vid beslutsfattande om tvångsmedel. Högsta domstolen har i flera fall uttalat att tvångsmedelsreglering bör tillämpas restriktivt, det vill säga till förmån för den som drabbas av tvångsmedlet.¹⁷⁸

Rekommendationer till brottsutredarna (poliser och åklagare)

1. Prioritera utbildningsinsatser avseende tvångsmedelsanvändning. I och med att tvångsmedelsanvändning ofta innebär kännsbara intrång för enskilda individer framstår det som angeläget att brottsutredarna – som ofta både verkställer och beslutar om tvångsmedlen – har de djupgående kunskaper som behövs för att tillämpa lagstiftningen på ett korrekt och effektivt sätt. En ökad kunskap om hur beslut om husrannsakan måste specificeras framstår som den lämpligaste lösningsstrategin för att minimera risken att ett beslut hamnar i konflikt med de krav som följer av Europakonventionen.

177. Se t.ex. ändringen av ordalydelsen av 28 kap. 1 § 2 st. RB genom SFS 2008:376, se prop. 2007/08:68 s. 23.

178. Se t.ex. NJA 1990 s. 537 och NJA 2016 s. 1165.

2. Upplys den som drabbas av beslag om möjligheten till domstolsprövning, så att denne hinner begära överprövning innan tvångsmedlet har upphört. Detta är en åtgärd som kan vidtas i avvaktan på att lagstiftaren har gjort en översyn av rätten till domstolsprövning vid tvångsmedelsanvändning.

Källförteckning

I. Offentligt tryck

A. BETÄNKANDE

Bet. 1993/94:KU24. *Konstitutionsutskottets betänkande. Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor.*

B. PROPOSITIONER

Prop. 1993/94:117. *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor.*

Prop. 2007/08:68. *Förverkande av utbyte av brottslig verksamhet.*

Prop. 2019/20:64. *Hemlig dataavläsning.*

Prop. 2021/22:119. *Modernare regler för användningen av tvångsmedel.*

C. STATENS OFFENTLIGA UTREDNINGAR

SOU 1926:32. *Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. Andra delen: Rättegången i brottmål.*

SOU 1938:44. *Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. Andra delen: Motiv m.m.*

SOU 1993:40. *Fri- och rättighetsfrågor: Inkorporering av Europakonventionen, del B. Delbetänkande av Fri- och rättighetskommittén.*

SOU 1995:47. *Tvångsmedel enligt 27 och 28 kap. RB samt polislagen. Slutbetänkande av Polisrättsutredningen.*

SOU 2017:100. *Beslag och husrannsakan: Ett regelverk för dagens behov. Betänkande av Beslagsutredningen.*

D. REMISSVAR

Umeå universitet. Remissyttrande över SOU 2022:52 – Utökade möjligheter att använda preventiva tvångsmedel.

Centrum för rättvisa. Remissyttrande över SOU 2022:52 – Utökade möjligheter att använda preventiva tvångsmedel.

II. Rättspraxis

A. AVGÖRANDEN FRÅN HÖGSTA DOMSTOLEN

NJA 1977 s. 403.

NJA 1977 s. 573.

NJA 1988 s. 473.

NJA 1990 s. 537.

NJA 2006 s. 467.

NJA 2010 s. 122.

NJA 2015 s. 631.

NJA 2016 s. 1165.

NJA 2020 s. 1061.

Högsta domstolens beslut den 2 februari 2023 och 30 mars 2023 i mål Ö 5686-22.

B. AVGÖRANDEN FRÅN JUSTITIEOMBUDSMANNEN

JO 1975/76 s. 132.

JO 1988/89 s. 43.

JO 1991/92 s. 114.

JO 1992/93 s. 143.

C. AVGÖRANDEN FRÅN EUROPADOMSTOLEN (DOMAR)

Sunday Times mot Förenade Konungariket den 26 april 1979, appl. 6538/74.

Chappell mot Förenade Konungariket den 30 mars 1989, appl. 10461/83.

Ernst m.fl. mot Belgien den 15 juli 2003 (pressmeddelande), appl. 33400/96.

van Rossem mot Belgien den 9 december 2004 (pressmeddelande), appl. 41872/98.
 Buck mot Tyskland den 28 april 2005, appl. 41604/98.
 Petri Sallinen m.fl. mot Finland den 27 september 2005, appl. 50882/99.
 Weber och Savaria mot Tyskland den 29 juni 2006, appl. 54934/00.
 Taner Kilic mot Turkiet den 24 oktober 2006, appl. 70845/01.
 Peev mot Bulgarien den 26 juli 2007, appl. 64209/01.
 Wieser och Bicos Beteiligungen GMBH mot Österrike den 16 oktober 2007, appl. 74336/01.
 Aleksanyan mot Ryssland den 22 december 2008, appl. 46468/06.
 Sorvisto mot Finland den 13 januari 2009, appl. 19348/04.
 Heino mot Finland den 15 februari 2011, appl. 56720/09.
 Harju mot Finland den 15 februari 2011, appl. 56716/09.
 Prezhdarovi mot Bulgarien den 30 september 2014, appl. 8429/05.
 Taraneks mot Lettland den 2 december 2014, appl. 3082/06.
 Roman Zakharov mot Ryssland den 4 december 2015 (stor kammare), appl. 47143/06.
 Modestou mot Grekland den 16 mars 2017, appl. 51693/13.
 Doroz mot Polen den 29 oktober 2020, appl. 71205/11.
 Tortladze mot Georgien den 18 mars 2021, appl. 42371/08.
 Centrum för rättvisa mot Sverige den 25 maj 2021 (stor kammare), appl. 35252/08.
 Kuzminas mot Ryssland den 21 december 2021, appl. 69810/11.

III. Litteratur

Axberger, Hans, »Husrannsakan, källskydd och HD:s nya stil, NJA 2015 s. 631«, *Juridisk tidskrift*, nr 3 2015/16, s. 642–665.
 Bring, Thomas, Diesen, Christian & Andersson, Simon, *Förundersökning*, 5:e uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 2009.
 Bylund, Torleif, »Straffprocessuella tvångsmedel«, i Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif & Edelstam, Henrik, *Rättegång tredje häftet*, 7:e uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 2006.
 Cameron, Iain, »Normkonflikter och EKMR«, *Svensk Juristtidning*, nr 9 2007, s. 851–861.

- Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert, *Rättegång: Fjärde häftet*, 6:e uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 1992. [Institutet för rättsvetenskaplig forskning, XXXVIII].
- Fitger, Peter, Sörbom, Monika, Eriksson, Tobias, Hall, Per, Palmkvist, Ragnar & Renfors, Cecilia, *Rättegångsbalken*. Stockholm: Norstedts Juridik, 1984 med fortlöpande uppdatering på nätet (JUNO rättsdatabas, zeteo.wolterskluwer.se).
- Harris, David, O'Boyle, Michael, Bates, Ed & Buckley, Carla M., *European Convention on Human Rights*, 5:e uppl. Oxford: Oxford University Press, 2023.
- Hjertstedt, Mattias, *Tillgången till handlingar för brottsutredare: En rättsvetenskaplig studie av beslag med husrannsakan, myndigheters utlämnandeskyldighet samt editions- och exhibitionsplikt*. Uppsala: Iustus, 2011.
- Hjertstedt, Mattias, »Kroppsrannsakingar och principen om det lindrigaste ingreppet«, *Tidsskrift för Rettsvitenskap*, 2018, s. 235–271.
- Hjertstedt, Mattias & Hilberts, Gabriella, »Doktrin om tvångsmedel i nutid och framtid: en undersökning av juridisk litteratur om straffprocessuella tvångsmedel«, i Edström, Örjan, Lindholm, Johan & Mannelqvist, Ruth, *Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år*. Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet, 2017, s. 119–132.
- Hjertstedt, Mattias & Landström, Lena, »Domstolsprövning vid tvångsmedelsanvändning: En analys av rättighetsskyddet vid frihetsberövande och reell husrannsakan«, *Svensk Juristtidning*, nr 8 2020, s. 665–691.
- Hjertstedt, Mattias & Reinius, Martina, »Tvångsmedel, legalitet och samtycke: Regleringen av medicinska åldersbedömningar i straff- och asylprocessen«, *Svensk Juristtidning*, nr 4 2022, s. 361–385.
- Lindberg, Gunnel, *Straffprocessuella tvångsmedel – när och hur får de användas?* 4:e uppl. Stockholm: Karnov Group, 2018.
- Lindberg, Gunnel, *Straffprocessuella tvångsmedel – när och hur får de användas?* 5:e uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 2022.
- Munck, Johan, »Några skillnader mellan Högsta domstolen och Regeringsrätten« i Lundin, Anna-Karin m.fl. (red.), *Regeringsrätten 100 år*. Uppsala: Iustus, 2009, s. 365–370.

- Nilsson, Rasmus, *Deserta rättigheter – en analys av hanteringen av deserta mål i straffprocessen utifrån rätten till domstolsprövning*, Examensarbete vid Juristprogrammet, Umeå universitet, 2023.
- Olivecrona, Karl, *Rättegången i brottmål enligt RB*, 3:e uppl. Stockholm: P. A. Norstedt & Söner, 1968.
- TSA, »Husrannsakan hos och häktning av advokat II: JO:s beslut i anledning av anmälan av advokatsamfundets styrelse«, *Tidskrift för Sveriges advokatsamfund*, 1977, s. 25–28 (cit. TSA 1977).
- Welamson, Lars, *Läkarsekretessen: En rättslig undersökning*. Stockholm: P.A. Norstedt & Söner, 1962.

IV. Handbok

- Åklagarmyndigheten, Utvecklingscentrum Malmö, *Beslag – en handbok*. Uppdaterad maj 2015.

Straffprocessuella tvångsmedel är av central betydelse för brottsbekämpande myndigheters möjlighet att utreda brottslighet. Samtidigt kan användningen av dem medföra betydande intrång i grundläggande fri- och rättigheter.

I rapporten undersöker författaren fyra olika typer av tvångsmedel som brottsutredare kan nyttja för att få tillgång till information i elektronisk kommunikationsutrustning: beslag, husrannsakan, genomsökning på distans samt hemlig dataavläsning.

Undersökningen görs mot bakgrund av Europakonventionen, som sedan lång tid gäller som lag i Sverige. Den omfattar den interna svenska regleringen, vilka krav som Europakonventionen ställer samt i vilken mån den svenska regleringen tillgodoser Europakonventionens krav och hur svensk rätt kan hamna mer i linje med dessa krav.

Mattias Hjertstedt är universitetslektor vid Juridiska institutionen och knuten till Enheten för polisutbildning vid Umeå universitet.

Rapporten är en del av SNS forskningsprojekt Brottslighet och samhälle.

