

Stockholm den 18 oktober 2011

R-2011/1027

Till Justitiedepartementet

Ju2011/4074/Å

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 9 juni 2011 beretts tillfälle att avge yttrande över slutbetänkandet Förundersökning – objektivitet, beslag, dokumentation m.m. (SOU 2011:45).

Sammanfattning

Advokatsamfundet vill understryka vikten av att en effektivisering av brottsbekämpningen sker med hänsyn tagen till den enskildes fri- och rättigheter och rättssäkerhetens krav. Det förutsätter att enskilda åtgärder bedöms utifrån brottmålsprocessen i sin helhet med målsättningen att tillförsäkra den misstänkte en rättvis prövning.

Advokatsamfundet avstyrker utredningens förslag om ändringar i rättegångsbalken vad avser införandet av paragrafen 23 kap. 21 a §. Förslaget om utvidgade möjligheter att dokumentera förhör genom ljud- och bildupptagning avstyrks av Advokatsamfundet på de grunderna att förslaget inte är rättssäkert och inte heller i tillräcklig utsträckning tar hänsyn till framförallt den misstänktes krav på respekt för sin personliga integritet. Enligt Advokatsamfundets uppfattning ska den formen av inspelning fordra ett samtycke från den misstänkte och inspelningarna ska sekretessbeläggas även om de åberopas i en efterföljande rättegång.

Advokatsamfundet delar inte heller utredningens bedömning att det är olämpligt att göra beslagsförbudsreglerna direkt tillämpliga även i fråga om elektroniska handlingar. Advokatsamfundet anser att beslagsförbudsregleringen i 27 kap. 2 § RB, får anses vara

tillämplig även beträffande elektroniskt lagrad information och anser inte att utredningens förslag för att säkerställa advokatsekretessen i dessa fall är tillräcklig.

Utredningens förslag om en kodifiering av gällande praxis rörande objektivitetskravets tillämpning under förutredning och efter förundersökningens avslutande, tillstyrks av Advokatsamfundet, som samtidigt efterlyser en mer ingående analys av objektivitetskravets tillämpningsområde. Flera av de avgränsningsfrågor som tagits upp i andra sammanhang har inte berörts av utredningen.

Advokatsamfundet tillstyrker utredningens övriga författningsförslag.

Allmänt om kvalitet och kvalitetsarbete

Enligt Advokatsamfundets uppfattning är utredningens syn på vad som bestämmer kvaliteten i en förundersökning problematisk. Utredningen har anammat ett förhållningsätt som har sitt ursprung i företagsekonomiska managementteorier och som har sin huvudsakliga tillämpning inom det privata näringslivet. I utredningen står att läsa följande på tal om kvaliteten i förundersökningen.

Eftersom en verksamhets kvalitet alltid måste relateras till intressenterna, är det viktigt att man i allt kvalitetsarbete har vad som kan kallas ett kund- eller brukarorienterat synsätt. Det är viktigt att verksamheten styrs av intressenternas behov, krav önskemål och förväntningar. Man måste i detta arbete därför ha ett utifrånperspektiv på verksamheten. (s. 61)

Det är i hög grad tveksamt om ett sådant synsätt kan tillämpas oreserverat på en offentlig verksamhet där det förekommer myndighetsutövning som utövas under lagar och förordningar. Särskilt gäller det rättsväsendet, som innehåller ett mycket stort mått av myndighetsutövning som är underkastad ett antal rättsliga principer till skydd för bland annat rättsäkerheten. I vilken utsträckning en tillämpning av dessa rättsprinciper tillfredsställer ”kundens” eller ”brukarens” önskemål eller förväntningar är fullständigt irrelevant för frågan om de ska tillämpas eller inte.

Frågan är om möjligt än mer problematisk sett ur det perspektiv som utredningen har, nämligen förundersökningen. Med undantag för polisleda förundersökningar innefattar en förundersökning såväl polismyndighetens som Åklagarmyndighetens verksamheter. Åklagarmyndigheten är således inte ”brukare” av denna ”produkt” eller ”tjänst”. Följaktligen ingår inte Åklagarmyndigheten i det som utredningen betecknar som ett ”utifrånperspektiv”, utan Åklagarmyndighetens synpunkter på polismyndighetens verksamhet innefattas rimligtvis i det som i utredningen kallas för ett ”inifrånperspektiv”.

Samtidigt ligger utredningens tyngdpunkt mycket på vad Åklagarmyndigheten kan tänkas ställa för krav på polismyndighetens arbete under förundersökningen. Några andra ”brukardialoger” än den mellan polismyndigheten och Åklagarmyndigheten utvecklas inte. I stället föreslår utredningen i kap. 3.3 att arbetet med att förbättra kvaliteten i

förundersökningar helt bör överlämnas åt Rikspolisstyrelsen, Åklagarmyndigheten och Ekobrottsmyndigheten. Detta motsvarar, tvärtemot vad utredningen själv rekommenderar, ett renodlat ”inifrånperspektiv”, vilket blir särskilt tydligt när det kommer till Ekobrottsmyndighetens verksamhet.

Advokatsamfundet önskar att diskussionen kring vad som är att anse som kvalitet inom rättsväsendet hade fördjupats av utredningen och ställer sig mycket frågande till att anlägga ett ”kund- och brukarorienterat synsätt” på frågan, särskilt om Åklagarmyndigheten är den ende ”brukaren”, som uppmärksammas i ”brukardialogen”.

Objektivitetskravet

Advokatsamfundet ställer sig positivt till att gällande praxis kring objektivitetsprincipen kodifieras i rättegångsbalken.

De överväganden och resonemang som redovisas i utredningen är i det stora hela invändningsfria, men Advokatsamfundet efterfrågar ändå en mer heltäckande analys av objektivitetskravet mot bakgrund av framförallt vad som framkom vid granskningen av ”Fallet Ulf”, JO 2007/08 s. 87.

Framförallt handlar det om frågor kring avvägningen mellan sekretessbestämmelserna och objektivitetsprincipen i fall där det inte föreligger kvalificerad partsinsyn enligt 10 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen och i fall där den misstänkte helt saknar partsinsyn enligt 23 kap. 18 § RB. Det gäller framförallt polis och åklagares möjlighet att med stöd av 10 kap. 3 § första stycket offentlighets- och sekretesslagen begränsa insyn i överskottsmaterialet och insyn i pågående förundersökningar rörande annan misstänkt gärningsman där rätt till insyn inte föreligger enligt 23 kap. 18 § RB.

Angående dessa fall uttalade JO i ”Fallet Ulf” som sin uppfattning, att vid en eventuell konflikt mellan, å ena sidan, behovet av sekretess i en ännu pågående förundersökning för att kunna lagföra en viss gärningsman och, å den andra, en annan misstänkts rätt att ta del av uppgifter för att förbereda sitt försvar inför ett förestående åtal efter avslutad förundersökning, det senare intresset måste ges företräde.

Frågorna uppmärksammas även i Insynsutredningens slutbetänkande SOU 2010:14 s. 69 ff. och s. 94 ff. Där behandlas frågorna utförligt med utgångspunkt i bestämmelserna om parts rätt till insyn, men det vore önskvärt att även få dem belysta med utgångspunkt i objektivitetsprincipen. Det gäller särskilt frågan om insyn i andra pågående förundersökningar, där Insynsutredningen uttryckligen anger att frågan får lösas utifrån just objektivitetsprincipen (SOU 2010:14 s. 100).

I denna situation kan inte den misstänkte stödja sig på den kvalificerade insynsrätten enligt kollisionsregeln i 10 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen, utan är hänvisad till den rätt till insyn som tillskrivs envar enligt 2 kap. tryckfrihetsförordningen, och frågan är

då om och när åklagarens objektivitetsplikt så att säga bryter förundersökningssekretessen.

Inspelning av förhör under förundersökningen

Ambitionen att i högre grad än i dag dokumentera förhör är lovvärd. Alltför ofta dokumenteras centrala utsagor i utredningar rörande allvarlig brottslighet på ett anmärkningsvärt bristfälligt sätt. Problemen uppkommer såväl vid förberedelserna kring en rättegång som i själva rättegången och svårigheterna ligger i att avgöra vad en hörd person faktiskt berättat i fall där förhörsprotokollet endast återger förhørsledarens sammanfattningar av vad som sagts.

Uppgifterna i ett förhörsprotokoll har betydelse i olika hänseenden under brottmålsprocessen. Under förundersökningen ligger de till grund för till exempel frågor till den misstänkte och andra inblandade och även olika beslut, däribland anhållnings- och häktningsbeslut. Vid rättegången har innehållet i förhörsprotokollen framförallt betydelse som hjälpfakta vid bedömningen av den utsaga som förhörspersonen lämnar inför rätten. Till exempel kan avvikelser från tidigare uppgifter påverka utsagans bevisvärde negativt. I vissa fall kan utsagan i förhörsprotokollen även tillmätas eget bevisvärde, till exempel om domstolen väljer att lägga den till grund för domen i stället för den utsaga som lämnats vid rättegången. Även i de fall där någon av undantagsbestämmelserna i 35 kap. 14 § RB är tillämpliga ges utsagan i förhörsprotokollen ett självständigt bevisvärde.

Eftersom det i första hand handlar om att dokumentera vad som sägs vid förhöret, är det primärt av betydelse att förhöret dokumenteras genom en ljudupptagning. Enligt Advokatsamfundets uppfattning borde det vara nära nog en självklarhet att förhör med målsäganden, tilltalade och centrala vittnespersoner i förundersökningar rörande allvarlig brottslighet, spelades in i sin helhet på ljudband. Skälet är att det inte är önskvärt att den efterföljande domstolsprövningen ska komma att handla om huruvida förhørsledaren korrekt uppfattat och sammanfattat förhörspersonens utsaga när det centrala är att jämföra vad som faktiskt sagts vid de olika tillfällena.

Med ljud- och bildupptagningar förhåller det sig något annorlunda. En sådan dokumentation har framförallt betydelse i fall där det kan förutses att utsagan under förundersökningen kan få ett självständigt bevisvärde i rättegången. Det gäller till exempel förhör med underåriga, som på grund av sin ålder inte kan höras personligen vid en muntlig förhandling. Under sådana förhållanden är en ljud- och bildupptagning ett bättre bevismedel än enbart en ljudupptagning.

Något motsvarande skäl för att uppta till exempel förhöret med den misstänkte med ljud- och bild finns, normalt sett, inte. Den misstänkte ska höras personligen vid en rättegång och det är, i första hand, den utsagan som ska prövas av domstolen.

Det är även viktigt att framhålla att den misstänkte många gånger befinner sig under stor press under förundersökningen. I fall där det rör sig om anklagelser om allvarliga brott

förekommer oftast även frihetsberövanden med restriktioner och den tilltalade är inte alltid fullt ut klar över vad han anklagas för och vad grunderna för anklagelserna är. Han kan därför ha svårt att under förundersökningen orientera sig och fullt ut inse betydelsen av olika uppgifter. Under det inledande skedet kan han även ha svårt att minnas saker och av olika skäl önska undanhålla information som han senare inser att han måste lämna till utredarna för att kunna rentvå sig.

Under sådana förhållanden är det inte rimligt att begära att den tilltalade vid någon av utredarna fastställd tidpunkt ska vara beredd att avge en ”slutlig” ståndpunkt som ska upptas på ljud och bild för att senare kunna tillerkännas bevisvärde i en rättegång. Därför bör det, enligt Advokatsamfundets mening, fordras ett samtycke från den misstänkte för att förhöret ska kunna dokumenteras genom en ljud- och bildupptagning. Att avkräva någon en slutlig ståndpunkt med bevisverkan, torde dessutom innebära ett brott mot den misstänktes rätt enligt Europakonventionen att tåga.

För övriga förhörspersoner torde möjligheten att dokumentera förhöret med ljud och bild ha störst betydelse i fall där den hörde helt vägrar yttra sig vid huvudförhandlingen. I de fall där det enbart föreligger avvikelser i något hänseende med tidigare uppgifter, torde uppspelningen vanligtvis endast omfatta ett par tre meningar och det förefaller långsökt att tro att domstolen skulle sitta och jämföra kroppsspråket när förhörspersonen säger A i polisförhöret med agerandet när han säger B i vittnesförhöret.

Samtidigt vill Advokatsamfundet understryka vikten av att utredningen i rättegången inte förskjuts från huvudförhandlingen till förundersökningen. Det finns en uppenbar risk med att dokumentera polisförhör med ljud och bild om tanken är att de oftare ska läggas till grund för domstolens bedömningar. En förundersökning syftar primärt till att skaffa ett underlag i åtalsfrågan, inte att låsa fast förhörspersoner vid de utsagor som lämnas. Finns det behov av att säkra muntlig bevisning, finns redan möjligheter att föranstalta om bevisupptagning utom rätta, vilket är ett betydligt mer rättssäkert sätt att säkra bevisning än vad som gäller vid förhör under förundersökningen.

Advokatsamfundet tar även helt avstånd från utredningens uppfattning om att förhör under förundersökningen inte ska sekretessbeläggas. I den delen delar Advokatsamfundet de synpunkter som framförts i det särskilda yttrandet av Karina Hellrup, med flera.

Advokatsamfundet vill även tillägga att utredningens ståndpunkt i sekretessfrågan utgör ytterligare ett skäl till varför den misstänktes medverkan i förhör, som dokumenteras genom både ljud och bild, bör vara frivillig.

Beslagsfrågor

Som framgår av betänkandet är beslagsförbudsregeln i 27 kap. 2 § RB enligt sin ordalydelse direkt tillämplig endast på skriftliga handlingar. Även om lagen i sig inte ger någon ledning i fråga om omfattningen av beslagsförbudsreglerna i förhållande till elektroniskt lagrad information och elektroniska handlingar, anser Advokatsamfundet att

regeln får anses omfatta även sådana uppgifter och handlingar. JO och JK har också beträffande just beslagsregleringens tillämpning, uttalat att starka skäl talar för att i beslagsförbudssammanhang hantera elektroniska handlingar på samma sätt som skriftliga handlingar.¹ Stöd för en sådan tolkning ges även i Europadomstolens avgörande i *Petri Sallinen mot Finland*.²

Förundersökningsutredningen har i sitt slutbetänkande ansett det olämpligt att göra beslagsförbudsreglerna direkt tillämpliga även i fråga om elektroniska handlingar och att skyddet för advokatsekret elektroniskt lagrad information i stället bör säkerställas genom särskilda regler för genomsökningen av informationsbäraren och att advokater ska ges en närvarorätt vid sådan genomsökning. Om det vid en sådan genomsökning av den digitala informationsbäraren visar sig ha sådant innehåll som skyddas av regleringen i 36 kap. 5 § RB, är det inte tillåtet att ta ytterligare del av innehållet och materialet får inte användas i förundersökning eller användas som bevisning.

Advokatsamfundet anser att det i dag finns tillräckligt auktoritativa uttalanden, praxis och doktrin som talar för att det får anses finnas ett skydd mot intrång i advokatsekret elektronisk information med stöd av beslagsförbudsreglerna i rättegångsbalken. Advokatsamfundet är därför av uppfattningen att dataservrar, mobiltelefoner och andra bärare av elektronisk information, med stöd av bestämmelserna i 27 kap. 2 § 1 RB, får anses vara fredat från beslag, såvida inte klienten medger att föremålet överlämnades till polis eller åklagare. Det av utredningen föreslagna sättet för att bibehålla advokatsekretessen i fråga om elektroniskt lagrad information är inte tillräcklig och riskerar att urholka densamma och leda till rättsosäkerhet för klienter misstänkta för brott.

Advokatsamfundet anser vidare inte att utredningen redovisat något avgörande skäl för att tillåta att de utredande myndigheterna får behålla kopior av beslag även efter det att beslagen hävts och utredningen avslutats.

Framförallt gäller det kopiering av stora mängder information med oklar betydelse för utredningen. Som exempel kan nämnas spegling av datorer där hela innehållet på en

¹ I beslut den 22 december 2010 (dnr 140-2010) konstaterar JO att beslagsreglerna i RB i och för sig tar sikte på fysiska föremål och att uttrycklig reglering som tar sikte på information i elektronisk form saknas. JO ansåg dock – i likhet med vad som framhölls i JO 2009/10 s. 80 liksom av JK i två beslut år 2007 (Justitiekanslerns beslut den 19 december 2007, dnr 6372-07-31 och 6373-07-31) – att starka skäl talar för att behandla elektroniskt lagrad information på samma sätt som man skulle ha behandlat informationen om den hade återfunnits i en skriftlig handling. Se även JO:s beslut 2008-12-04 dnr 2138-2007, vilket utförligt beskrivs i förevarande betänkande s. 293 ff. Jfr även NJA 1977 s. 403, 1990 s. 537 och 2010 s. 122 med särskilt tillägg av justitierådet Stefan Lindskog. Se även RÅ 2001 ref. 67 I och II.

² Europadomstolens dom den 27 september 2005. I målet hade polisen gjort husrannsakan hos Sallinen, som var advokat, och beslagtagit datafiler som innehöll information om hans klienter. Europadomstolen fann att nationell lag inte gav tillräckligt skydd mot ingrepp av detta slag och fann därför att Europakonventionens artikel 8 hade kränkts. Domstolen noterade särskilt att bestämmelserna i den finska rätten var oklara avseende vilket skydd advokatsekretessen medgav och att husrannsakan och beslaget sammantaget vidtagits utan tillräckliga rättsliga garantier. Domstolen angav att avsaknaden av regler för vilka dokument som kan bli föremål för husrannsakan och beslag i förhållande till advokatsekretessen kränkte klagandens rättigheter enligt artikel 8.

hårddisk kopieras över med hjälp av speciella program. I detta material kommer med stor sannolikhet att ingå mängder av information av privat natur, som inte har något med utredningen att göra, och det är även möjligt att uppgifter som omfattas av beslagsförbudet i 27 kap. 2 § RB kan återfinnas i materialet.

De syften som motiverar en spegling av en dators hårddisk, av vilka det centrala är att söka efter uppgifter av betydelse för utredningen av ett visst brott, kan inte rimligen motivera att myndigheterna efter det att utredningen har lagts ned även fortsättningsvis ges tillgång till ett överskottsmaterial bestående av privat mailkorrespondens, uppgifter om vilka hemsidor på internet som besökts, familjebilder och så vidare.

Därtill kommer att de utredande myndigheterna inte rimligtvis har kännedom om allt det material som finns på en speglad hårddisk. Att kopiorna kan få en betydelse om till exempel förundersökningen återupptas, kan därför inte heller ses som något argument för att bevara dem.

Advokatsamfundet kan inte se att utredningen redovisat något bärande skäl som uppväger en så pass omfattande kränkning av den enskildes integritet och rätt till ett privatliv.

I denna del delar Advokatsamfundet även de synpunkter som lämnats i det särskilda yttrandet av Sigurd Heuman med flera. Dock med det tillägget att det kan finnas särskilda fall där effektivitetsskäl motiverar att kopior behålls, men att förutsättningarna för detta ska regleras i lag. En sådan grundläggande förutsättning måste i så fall vara att kopian innehåller uppgifter som är av särskild betydelse för utredningen om den återupptas, till exempel kopian av en övervakningsfilm från ett bankrån.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg