



GÖTEBORGS TINGSRÄTT  
Avdelning 3

**PROTOKOLL**  
2021-03-24  
Handläggning i  
Göteborg

Aktbilaga  
Mål nr  
B 533-21

Handläggning i parternas utevaro

## RÄTTEN

Rådsmannen Robert Eneljung, även protokollförare

## PARTER

### Åklagare

Kammaråklagaren Stefan U. Lind  
Åklagarmyndigheten  
Göteborgs åklagarkammare Göteborg

### Tilltalad

1. Mevlüt Altunay, 19950127-0111  
Frihetsberövande: Häktad  
Meevlut\_@hotmail.com

Offentlig försvarare: Advokaterna Eleonora Johansson och Markus Bergdahl  
Bergdahl & Johansson Advokatbyrå AB  
Drottninggatan 30-36, 252 21 Helsingborg

2. Sebastian Jamal Jobe, 19911018-1014  
Frihetsberövande: Häktad  
Box 53118, 400 15 Göteborg

Offentlig försvarare: Advokaterna Thomas Olsson och Alparslan Tügel  
Fria Advokater KB  
Box 12706, 112 94 Stockholm

## SAKEN

Mord m.m.; nu fråga om avvising av bevisning

Tingsrätten går igenom handlingarna i målet med anledning av att Mevlüt Altunay och Sebastian Jamal Jobe begärt att tingsrätten avvisar åklagarens bevisning i delar som de anser uppenbart kommer att vara utan verkan. Åklagaren har motsatt sig att bevisningen avvisas. Tingsrätten antecknar följande.

Mevlüt Altunay har väsentligen anfört att inhämtandet av bevisningen, som avser innehållet i s.k. Enchrochattar, strider mot bl.a. Europakonventionens regler om rätten

Dok.Id 2227358

**Postadress**  
404 83 Göteborg

**Besöksadress**  
Ullevigatan 15

**Telefon**  
031-701 10 03  
**E-post:** avdelning3tgg@dom.se  
www.goteborgstingsratt.domstol.se

**Telefax**

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00–16:30

till privatliv och rätten till en rättvis rättegång samt Regeringsformens regler om skydd mot integritetskränkningar, se bilaga 1.

Även Sebastian Jamal Jobe har anfört att inhämtningen av bevisningen strider mot Europakonventionen, att inhämtandet skett i strid mot folkrätten och att de franska myndigheterna har kränkt Sveriges suveränitet. Inhämtningen har skett i strid med lagen om hemlig dataavläsning och att den därför inte får användas i en brottsutredning till nackdel för en tilltalad, se bilaga 2 och 3.

Åklagaren har anfört att det saknas skäl att avvisa bevisningen och anfört bl.a. att bevismaterialet är så kallat överskottsmaterial från tvångsmedelsåtgärder i Frankrike och har således funnits nedtecknat när materialet har lämnats till den aktuella förundersökningen. Det har därefter överlämnats från Frankrike enligt gällande regler, se bilaga 4.

Tingsrätten meddelar därefter följande

### **BESLUT**

Tingsrätten avslår Mevlüt Altunays och Sebastian Jamal Jobs begäranden om att avvisa bevisning.

### *Skäl*

Sammanfattningsvis anser tingsrätten att de grunder som Mevlüt Altunay och Sebastian Jamal Jobe angett inte utgör skäl för avvisning enligt 35 kap. 7 § 3 punkten rättegångsbalken eller någon annan av de punkter som anges i denna bestämmelse.

Tingsrätten har inte tagit del av det bevismaterial som avses. Vid bedömningen om varifrån bevismaterialet har sitt ursprung och hur det har förts in i utredningen har tingsrätten utgått ifrån de uppgifter som Mevlüt Altunay, Sebastian Jamal Jobe och åklagaren har lämnat.

Såvitt framkommit har själva inhämtningen av bevismaterialet skett av fransk polis med tillstånd från franska myndigheter. Materialet har därefter, enligt gällande regelverk, inhämtats av åklagare i Sverige och förts in i aktuell utredning.

Tingsrättens utgångspunkt är vidare att den inhämtning som skett av fransk polis inte skett på begäran av svenska myndigheter eller efter godkännande av svensk domstol. Det har inte framkommit något som talar för att materialet inte tillförts utredningen i enlighet med gällande lag och internationella överenskommelser.

När det gäller de omständigheter och bestämmelser som Mevlüt Altunay och Sebastian Jamal Jobe huvudsakligen grundar sin begäran på konstaterar tingsrätten att innebörden av dessa är av stor betydelse såväl principiellt som processuellt. Tingsrättens utgångspunkt är att svensk processrätt i nu aktuellt avseende bygger på principen om en fri bevisföring för parterna och en fri bevisvärdering för rätten<sup>1</sup>. Det finns vidare anledning att lyfta fram att den i Regeringsformen grundlagsskyddade frågan om rätten till skydd mot integritetskränkningar inte är absolut. Det är inte heller den i Europakonventionen grundlagsskyddade frågan om rätten till privatliv som kan inskränkas t.ex. till förebyggande av oordning eller brott. Tingsrätten anknyter här till att inhämtning av aktuellt utredningsmaterial, såvitt framkommit, skett med stöd av fransk lag.<sup>2</sup> När det gäller rätten till en rättvis rättegång och den därmed sammanhängande frågan om ”equity of arms” konstaterar tingsrätten att den kommande huvudförhandlingen bl.a. är en garant för just denna rätt.

Tingsrätten kommer först vid huvudförhandlingen att bedöma den nu aktuella bevisningen samt övrig bevisning som parterna har lagt fram. Mot bakgrund av vad som framkommit går det i nuläget inte att göra en förhandsbedömning om bevisvärdet av de s.k. Enchrochattarna. Däremot bedömer tingsrätten att det som hittills framkommit rörande aktuellt bevismaterial inte gör att detta material är otillåtet enligt de processrättsliga regler som gäller i detta avseende<sup>3</sup>. En mer ingående bedömning av

---

<sup>1</sup> 35 kap 1 och 6 §§ rättegångsbalken (1942:740)

<sup>2</sup> Jämför p. 36 i Europadomstolens dom den 12 maj 2000 i målet KHAN v. THE UNITED KINGDOM

<sup>3</sup> Se t.ex. 35 kap 1§, 36 kap 5 § och 27 kap. 21 a § andra stycket rättegångsbalken (1942:740)

dessa frågor i relation till Regeringsformen, Europakonventionen och gällande folkrättsliga principer kan enligt tingsrättens bedömning inte göras förrän huvudförhandlingen har genomförts.

Beslutet kan endast överklagas i samband med dom eller slutligt beslut i målet.

Robert Eneljung

GÖTEBORGS TINGSRÄTT  
Avdelning 3

INKOM: 2021-03-22  
MÅLNR: B 533-21  
AKTBIL: 365

**Göteborgs tingsrätt**

## **Yrkande om avvisning av bevisning jämlikt 35 kap 7 § rättegångsbalken, tingsrättens mål B 533-21**

I egenskap av offentliga försvarare för Mevlüt Altunay får vi härmed avge följande

### **YRKANDE**

Altunay yrkar att tingsrätten med stöd av 35 kap 7 § rättegångsbalken skall avvisa nedan angiven bevisning som åberopas mot Altunay:

- a) s. 3 – 254 i protokollsbilaga "Protokoll Encrochat" daterad 210111;
- b) s. 104 – 116 i tilläggsprotokoll 1;
- c) s. 5, 11, 51 – 74 med tillhörande bildbilaga sidan 146-193 i tilläggsprotokoll 2; samt
- d) s. 93 – 97 i protokollet benämnt "Brukaranalys".

Anledningen härtill är det är uppenbart att bevisningen blir utan verkan då införskaffandet av bevisningen (de s.k. Encrochattarna) strider mot art 8 EKMR, art 6 EKMR, 2 kap 6 § regeringsformen samt då franska myndigheter inte har åtföljt 3 kap 4 § lagen (2017:1000) om europeisk utredningsorder då avlyssning skett av svenska medborgare i Sverige utan tillstånd av svensk domstol.

Advokat Markus Bergdahl  
Advokat Eleonora Johansson  
Advokat Rebecca Linde  
Advokat Frida Antier Bandstein  
Jur. kand. Jana Vujic

Telefon: 042 – 12 79 45  
www.bejoadv.se  
Drottninggatan 30-36, Helsingborg  
Org.nr. 559062-7195  
advokat@bejoadv.se

Bankgiro  
441-9354  
Klientmedelskonto  
489-5561



## SKÄL FÖR YRKANDET

### 1. Bakgrund

Den bevisning som det aktuella åtalet i stor utsträckning bygger på gentemot ett stort antal av de tilltalade är meddelanden mellan olika alias som skickats med hjälp av mjukvaran EncroChat. EncroChat har installerats i telefoner med operativsystemet Android som bas och olika alias har därefter kommunicerat med hjälp av mjukvaran EncroChat.

De olika aliasen i chattarna har enligt åklagaren kunnat knytas till olika tilltalade i målet i varierande grad. Svensk åklagare har fått tillgång till dessa meddelanden genom att utfärda ett flertal europeiska utredningsordrar och således begärt och fått tillgång till avlyssnat material som innehåfts av franska myndigheter. Före den tidpunkt svenska åklagare fick möjlighet att begära materialet behandlades det aktuella materialet som underrättelsematerial av svensk polis enligt uppgift från åklagare (av NOA, nationella operativa avdelningen, Stockholm).

Försvaret har av åklagare begärt tillgång till det franska beslut som gav franska myndigheter tillgång till EncroChats servrar men har fått svaret att svensk åklagare inte har tillgång till detta. Försvaret har vidare av åklagare fått information om att Åklagarmyndigheten inte kommer att få besked från franska myndigheter avseende vilken fransk myndighet som beslutet om tvångsmedlet eftersom det skulle strida mot fransk lag. Det kan således konstateras att varken åklagare eller försvarare synes ha kännedom om vilken fransk myndighet som har fattat beslutet eller dess laglighet i Frankrike, se [bilaga A](#). Varken svensk åklagare, domstol eller försvarare har således kännedom beslutet ens är lagligt verkställt i Frankrike. För försvaret ter det sig som märkligt att franska myndigheter inte är villiga att lämna ut information om tvångsmedlet härrör från ett domstols-, åklagar- eller polisbeslut.



## 2. Vad är det för tvångsmedel som franska myndigheter har använt sig av?

Försvaret har – utifrån dels öppna källor som Europols hemsida, dels från förundersökningsmaterialet – dragit slutsatsen att det är fråga om ett tvångsmedel som motsvarar hemlig dataavläsning som franska myndigheter har använt sig av. Hemlig dataavläsning är tillåten i Sverige sedan den 1 april 2020 under vissa förutsättningar.

Det franska beslutet har, utifrån de källor som finns gällande beslutet, inneburit att samtliga användare av en viss mjukvara har avlyssnats (i förevarande fall samtliga användare av EncroChat). Det har således – såvitt är känt – inte beslutats om att pröva varje misstänkt om de är misstänkta för ett specifikt brott utan avlyssning har skett av samtliga användare av EncroChat. Det innebär att även personer som utnyttjat EncroChat som inte begår brott har avlyssnats. Såvitt kan förstås har franska myndigheter hackat sig in i det IT-system som drev EncroChat och därefter har franska myndigheter dels i realtid kunnat läsa meddelanden och se bilder, dels kunnat ladda hem informationen och spara denna för att ta del av den vid ett senare tillfälle. Det är således den sistnämnda informationen som åberopas mot Altunay i aktuellt mål.

Det är således **avlyssning av samtliga användare av en viss mjukvara** som har skett. Det kan jämföras med ett beslut innebärande att samtliga användare av t.ex. WhatsApp, Signal, eller Snapchat skulle ha avlyssnats. Det är ett sådant beslut franska myndigheter har tagit.

Tvångsmedlet har således inte individualiserats vilket krävs i Sverige. I Sverige krävs en konkret brottsmisstanke, en skäligen misstänkt för brottet och att den skäligen misstänkte har en koppling till den elektroniska adress som avlyssnas eller övervakas för att avlyssning skall få ske.



Avlyssning har vidare skett av svenska medborgare i Sverige utan att den enda instans som enligt regeringsformen, rättegångsbalken och viss specialrättslig lagstiftning har rätt att besluta om sådant tvångsmedel,

har fått fatta beslut i frågan. Det är enbart **svensk domstol** som får besluta om avlyssning i Sverige och endast svensk domstol som får besluta om sådan svensk myndighetsutövning i Sverige. För det fall andra länders brottsbekämpande myndigheter vill avlyssna personer som stadigvarande befinner sig i Sverige måste svensk domstol godkänna sådant tvångsmedel innan det kan verkställas.

Det kan således konstateras att franska myndigheter har – utan tillstånd från svensk domstol – använt sig av hemliga tvångsmedel i Sverige mot svenska medborgare.

### 3. Svenskt grundlagsskydd och skydd enligt EKMR mot avlyssning

Av 2 kap. 6 § regeringsformen framgår följande:

*Var och en är gentemot det allmänna skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp även i andra fall än som avses i 4 och 5 §§. Var och en är dessutom skyddad mot kroppsvisitation, husrannsakan och liknande intrång samt mot undersökning av brev eller annan förtrolig försändelse och mot hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal eller annat förtroligt meddelande.*

Av artikel 8 i EKMR – som avser rätt till skydd för privat- och familjeliv – framgår följande:

1. **Var och en** har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
2. Offentlig myndighet får inte ingripa i denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till den nationella säkerheten, den





*allmänna säkerheten eller landets ekonomiska välstånd, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.*

Av 2 kap 20 § regeringsformen samt av ordalydelsen av artikel 8 i EKMR framgår att ovanstående rättigheter kan begränsas genom lag.

Begränsningen i lag såvitt avser avlyssning regleras enligt svensk rätt av följande lagar

- 1) rättegångsbalken,
- 2) lagen (2020:62) om hemlig dataavläsning,
- 3) inhämtandelagen (2012:278); och
- 4) lagen (2007:979) om åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott.

Mot bakgrund av att det hemliga tvångsmedlet utgör hemlig dataavläsning är rättegångsbalken av sekundärt intresse såvitt avser det aktuella tvångsmedlet. Det kan emellertid konstateras vid granskning av lagen om hemlig dataavläsning att den bygger på bestämmelserna i 27 kap rättegångsbalken såvitt avser de rekvisit som krävs för att hemlig övervakning, hemliga avlyssning, hemlig rumsavlyssning eller hemlig kameraövervakning skall ske. De grundläggande kraven för att hemliga tvångsmedel skall få användas enligt både 27 kap rättegångsbalken och lagen om hemlig dataavläsning är följande:

- a) *En person är skäligen misstänkt för ett brott* med antingen ett ministraff eller visst straffvärde eller ett särskilt listat brott; och att
- b) Det finns anledning att anta att *den misstänkte innehar* eller har innehaft eller kan antas ha använt eller komma att använda *en viss elektronisk adress* (telefonnummer,



- c) epost, användarnamn eller liknande) eller *ett avläsningsbart informationssystem* (dator, telefon, Ipad eller liknande).

Ovanstående framgår av 27 kap 18 – 20 §§ rättegångsbalken och av 4 § i lagen om hemlig dataavläsning.

Under vissa förutsättningar får andra hemliga tvångsmedel än avlyssning användas när det inte finns en skäligen misstänkt person. De hemliga tvångsmedel som då är aktuella är hemlig övervakning av elektronisk kommunikation och hemlig dataavläsning avseende kommunikationsövervaknings- och/eller platsuppgifter. Vid användande av dessa tvångsmedel erhålls emellertid inte *innehållet* i meddelanden utan endast uppgifter om positionering av den aktuella avlyssnade adressen (t.ex. s.k. HÖK-listor). Det av franska myndigheter använda tvångsmedlet är emellertid avlyssning (eftersom innehållet i meddelanden erhållits) varför dessa undantag från huvudregeln inte är av relevans i nu aktuellt ärende såvitt avser ett yrkande om avvisning.

Det kan således konstateras att huvudregeln är att svensk allmän åklagare endast kan få tillstånd av domstol att avlyssna en person som är skäligen misstänkt för ett brott av en viss allvarsgrad (minst två år i straffskalan eller motsvarande straffvärde för **ett brott** för hemlig avlyssning) och att den skäligen misstänkta personen på något sätt är knuten till en elektronisk adress eller ett avläsbart informationssystem.

Av 27 kap 20 § rättegångsbalken framgår att frågor om hemlig avlyssning och hemlig rumsavlyssning prövas av rätten efter att åklagare ansökt om tillstånd.



Av 27 kap 21 a § rättegångsbalken framgår vidare att åklagare får bevilja ett interimistiskt beslut om hemlig övervakning av elektronisk kommunikation, hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation och hemlig kameraövervakning. I sådant fall skall åklagaren skyndsamt anmäla detta till rätten för dess prövning. I bestämmelsens tredje stycke framgår vidare att åklagare – för det fall domstolen inte i efterhand beviljar åtgärden – inte får lov att använda de inhämtade uppgifterna i en brottsutredning till nackdel för den som omfattats av tvångsmedlet. Det kan således konstateras att denna bestämmelse är en avvikelse gentemot 35 kap 1 § rättegångsbalken såvitt vad som får lov att användas som bevisning. Motsvarande bestämmelser finns i 16 – 17 §§ i lagen om hemlig dataavläsning. Det råder således ett direkt bevisförbud om domstol inte i efterhand godkänner avlyssningen.

Vid sammanträde om avlyssning skall vidare ett offentligt ombud utses för att få möjlighet att beakta den enskildes intressen mot att bli avlyssnad oavsett om det gäller hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation eller hemlig dataavläsning.

Sammanfattningsvis kan det således konstateras att artikel 8 i EKMR och 2 kap 6 § regeringsformen ger svenska medborgare ett skydd mot att bli avlyssnade och att vissa förutsättningar måste föreligga för att avlyssning skall ske i Sverige. Svensk domstol beslutar om avlyssning i enlighet med svensk lag mot svenska medborgare på svensk mark.

Det är mot bakgrund av ovan försvarets uppfattning att förutsättningar för att *avlyssna samtliga användare av en viss mjukvara* inte föreligger enligt rättegångsbalken eller lagen om hemlig dataavläsning. Det är vidare försvarets uppfattning att svensk domstol inte med stöd av dessa lagar hade kunnat besluta om ett sådant tvångsmedel som de franska myndigheterna har gjort. Förutsättningar föreligger inte att besluta om sådant tvångsmedel och både artikel 8 i EKMR och 2 kap 6 § regeringsformen förbjuder svensk domstol att fatta sådant beslut.



Svensk domstol kan inte heller fatta ett sådant beslut som det franska med stöd av Inhämtandelagen (2012:278). Inhämtandelagen avser endast hemlig övervakning av elektronisk kommunikation och således inte avlyssning av elektroniska adresser eller avlyssning av ett avläsbart informationssystem.

Svensk domstol får med stöd av lagen (2000:979) om åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott besluta om avlyssning. Det krävs emellertid att för att denna lagstiftning skall bli tillämplig att det finns en påtaglig risk för att en person kommer att utöva särskilt allvarlig brottslig verksamhet (se 1 § aktuell lag avseende viss brottslighet) i avsikt att påverka offentliga organ eller den som yrkesmässigt bedriver nyhetsförmedling eller annan journalistik att vidta eller avstå från att vidta en åtgärd eller att hämnas en sådan åtgärd. Denna lagstiftning är således inte aktuell att tillämpa i nu aktuellt ärende.

#### **4. Franska myndigheters möjlighet att utverka ett tillstånd innebärande att samtliga användare av en viss mjukvara i Sverige skall avlyssnas**

Enligt 1 § lagen (2017:1000) om europeisk utredningsorder (hädanefter benämnd som "LEU") innehåller den aktuella lagen bestämmelser för genomförande av direktiv 2014/41/EU av den 3 april 2014 om en europeisk utredningsorder på det straffrättsliga området.

Aktuell lag reglerar förutsättningarna för övriga EU-medlemmars brottsbekämpande myndigheter att få straffprocessrättsliga åtgärder vidtagna i andra EU-länder. Det kan således konstateras att en annan EU-stat kan få straffprocessrättsliga åtgärder – så som hemlig dataavläsning – verkställda i Sverige. 3 kap LEU reglerar dessa förhållanden. Av 3 kap 1 § LEU framgår att en utredningsorder från annan medlemsstat skall verkställas i Sverige under vissa förutsättningar. Såvitt försvaret kan förstå av försvaret tillgänglig



information, har franska myndigheter inte tillställt en svensk åklagare en utredningsorder i syfte att genomföra avlyssning av svenska medborgare.

Av 3 kap 9 - 10 §§ framgår vidare att om utredningsordern innehåller begäran om sådant som endast domstol får besluta om enligt svensk rätt skall orden underställas domstol för beslut. I förevarande fall innebär det att en fransk begäran om hemlig dataavläsning hade varit tvungen att underställas svensk domstol för godkännande. Åklagaren har förutsättningar att meddela ett interimistiskt beslut enligt 27 kap 23 a § rättegångsbalken och 17 § lagen om hemlig dataavläsning men även sådant beslut skall underställas rätten. Det kan således konstateras att franska myndigheter har haft möjlighet att ansöka om hemliga tvångsmedel i Sverige mot svenska medborgare och *detta i vart fall senast vid den tidpunkten franska myndigheter insåg att svenska medborgare med hemvist i Sverige var avlyssnade genom det franska beslutet.*

Det kan konstateras dels vid genomgång av förundersökningen, dels av öppna källor att franska myndigheter snabbt insåg att de avlyssnade svenska medborgare. Det är inte endast avlyssnade uppgifter som framkom utan såvitt försvaret har förstått även positioneringsuppgifter (motsvarande HÖK-uppgifter med angivande av telemast som varje telefon har kopplat upp till och även från vilken svensk operatörs master som telefonen kopplat upp mot). När positionsuppgifter framkom – vilket borde ha skett redan direkt franska myndigheter fick tillgång till informationen – visste fransmännen således att svenska medborgare i Sverige var avlyssnade och att de utövade myndighet i Sverige utan tillstånd. Utifrån uppgifter i media har svensk polis dessutom fått tillgång till denna information eftersom Polismyndigheten i media har uppgett att den förhindrat allvarlig brottslighet till följd av informationen den erhållit från Frankrike. Vid den tidpunkten franska myndigheter



insåg att de avlyssnade svenska medborgare i Sverige är det försvarets uppfattning att de skulle ha begärt fortsatt tillstånd till avlyssning av svenska medborgare i enlighet med LEU och i enlighet med det EU-direktiv som är grunden för LEU. Svensk domstol skulle i detta läge fått besluta i enlighet med svensk rätt.

Detta har såvitt försvaret uppfattat inte skett och svensk domstol har inte fått möjlighet att pröva det mest integritetskänsliga tvångsmedlet som existerar i svensk rätt mot sina egna medborgare. Franska myndigheter har tydligen inte ansett att svenska domstolar varit viktiga nog att få beslut av trots att man avlyssnade svenska medborgare i Sverige.

### *Reciprocitetsprincipen*

Av 3 kap 4 § LEU framgår att en utredningsorder som avser tvångsmedlet hemlig dataavläsning (se 1 kap 4 § 6 p LEU) endast får erkännas och verkställas i Sverige om de förutsättningarna som gäller för motsvarande åtgärd i en svensk förundersökning är uppfyllda. Aktuell bestämmelse är ett uttryck för reciprocitetsprincipen vilken ur ett straffprocessrättsligt perspektiv innebär att svenska åklagare inte kan begära åtgärder utomlands som de inte enligt svensk rätt har möjlighet att besluta om. Det innebär vidare att svensk rätt inte heller medger andra länder möjlighet att verkställa åtgärder i Sverige som inte är förenliga med svensk rätt. Detta innebär att en svensk domstol inte kan fatta beslut om hemlig dataavläsning om förutsättningarna enligt svensk rätt inte är uppfyllda. I likhet med vad som tidigare har angetts är det försvaret uppfattning att det i aktuellt fall ej funnits förutsättningar i svensk rätt att avlyssna samtliga användare av en viss mjukvara.

Det är försvarets uppfattning att de franska myndigheterna – för det fall de hade respekterat dels svensk grundlag, dels LEU och därmed svenska domstolar – inte av svensk domstol hade fått tillstånd att avlyssna svenska medborgare på sätt som skett om de hade begärt sådant tillstånd.



Det innebär att franska myndigheter dels har avlyssnat svenska medborgare utan att begära och erhålla vederbörligt tillstånd av svensk domstol, dels har avlyssnat svenska medborgare i strid med regeringsformen och EKMR. Myndighetsutövning av franska brottsbekämpande myndigheter har således skett på svensk mark utan svensk domstols tillstånd. Därefter har svenska åklagare begärt ut och erhållit information från franska myndigheter med denna kännedom och åberopat bevisningen i domstol i samband med häktnings- och omhäktningsförhandlingar samt i andra mål i samband med huvudförhandling. Svenska åklagare har således åberopat bevisning som de aldrig fått tillstånd att inhämta enligt svensk rätt.

## **5. Försvarets uppfattning om svenska åklagares hantering av europeisk utredningsorder och underlåtenhet att begära svensk domstols tillstånd att inhämta avlyssnat material**

Det material som har inhämtats av franska myndigheter och som yrkas avvisat **utgör upptagningar/uppteckningar av hemliga tvångsmedel**. Det är inte fråga om sedvanliga handlingar som åtkommit i Frankrike genom t.ex. husrannsakan, undersökning av i beslag taget gods eller liknande och som förvaras hos fransk polis.

### *Särreglering av upptagningar och uppteckningar från hemliga tvångsmedel*

De i målet aktuella handlingarna är en särskild typ av handlingar som är särreglerade i svensk rätt. Det finns särskilda bestämmelser i 27 kap rättegångsbalken om vad som gäller

för upptagningar/uppteckningar som erhållits genom hemliga tvångsmedel. Det finns särskilda bestämmelser om t.ex. förstörelseskyldighet för åklagare och polis beträffande uppteckningar och upptagningar från hemliga tvångsmedel, se 27 kap 24 § rättegångsbalken. Svensk rätt gör således skillnad på handlingar och upptagningar/uppteckningar av hemliga



tvångsmedel. Mot bakgrund av att innehållet i den information som framkommit genom det franska beslutet är uppteckningar/upptagningar från hemliga tvångsmedel bör de också särregleras av svenska åklagare; inte minst eftersom de borde ha förstörelseskyldighet beträffande handlingarna.

Det som svensk åklagare egentligen borde ha gjort enligt försvaret – efter att fått del av underrättelseinformationen från franska myndigheter om att hemlig dataavläsning skett beträffande svenska medborgare – är att begära *hemlig dataavläsning avseende förfluten tid* i enlighet med svenska regler och därmed ansökt om tillstånd av svensk domstol och därefter – under förutsättning att domstol beviljat åtgärden - utfärdat en utredningsorder. Den information som erhållits är nämligen upptagningar från hemliga tvångsmedel och inte sedvanliga utredningshandlingar.

Det torde vara väl känt för tingsrätten att för det fall en svensk åklagare vill få ta del av t.ex. SMS-meddelanden i förfluten tid krävs det ett beslut om hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation avseende förfluten tid. Det är inte tillåtet för svensk åklagare att t.ex. vidta en husrannsakan hos en teleoperatör för att leta upp och införskaffa en lista över samtliga SMS som har skickats av en viss person under en viss tidsperiod och därefter ta listan i beslag. Det anses av Åklagarmyndigheten vara ett kringgående av bestämmelserna om hemliga tvångsmedel. Av Åklagarmyndighetens handbok avseende beslag framgår följande på s. 29 (se bilaga B):

*”Husrannsakan, beslag och editionsföreläggande kan inte användas för att få uppgifter från en teleoperatör om uppgiften omfattas av tystnadsplikten. Tillstånd till hemlig teleavlyssning eller hemlig teleövervakning kan inte ersättas med husrannsakan, beslag eller editionsföreläggande”.*





Av 2 § lagen om hemlig dataavläsning framgår att tillstånd även får avse förfluten tid. Det svensk åklagare borde ha gjort enligt försvaret är således att i sin utredningsorder begära tillstånd enligt 1 kap 3 § och 1 kap 4 § LEU med stöd av rätt bestämmelser. Av 1 kap 4 § LEU framgår att en utredningsorder som svensk åklagare utfärdar till annan medlemsstat skall avse eller motsvara vissa typer av utredningsåtgärder som är uppräknade i den ifrågavarande bestämmelsen.

Av 1 kap 4 § första stycket 6 LEU framgår att det är möjligt att begära hemlig dataavläsning i annan medlemsstat. Av 2 kap 1 § LEU framgår vidare att åklagare får utfärda en order innebärande att man begär hemlig dataavläsning. Det framgår emellertid av 2 kap 5 § LEU att åklagare – före den tidpunkt en utredningsorder utfärdas – **måste ansöka om domstols tillstånd till att utfärda utredningsordern om ordern avser hemlig dataavläsning.**

Försvaret har inhämtat tre utredningsorder som svenska åklagare har utfärdat i det nu aktuella ärendet. Vid en granskning av dessa kan försvaret konstatera att åklagare i det aktuella ärendet inte i förväg har begärt tillstånd från svensk domstol för att få utfärda en utredningsorder trots att det rör sig om upptagningar/uppteckningar från hemlig dataavläsning. Åklagare har utfärdat utredningsorder med stöd av 1 kap 4 § första stycket 11 LEU. Av denna framgår att svensk åklagare får utfärda en utredningsorder – utan föregående tillstånd av domstol – som avser **inhämtande av bevis som finns hos en utländsk myndighet.**

Enligt försvarets uppfattning är inte denna bestämmelse tillämplig såvitt avser det nu aktuella materialet då det är fråga om material som är **upptagningar/uppteckningar från hemligt tvångsmedel.** Sådant material är särreglerat i 1 kap 4 § första stycket 6 och 2 kap 5 § LEU.



Av propositionen till LEU (prop. 2016/17:218 s. 240-241) framgår att sjätte punkten i 1 kap 4 § LEU avser ett antal hemliga tvångsmedel och *att även inhämtande av historiska trafik- och lokaliseringssuppgifter omfattas av denna bestämmelse*. Det aktuella materialet i målet och som åberopas är sådant som avses i den aktuella bestämmelsen, d v s historiska uppgifter från hemliga tvångsmedel.

En utredningsorder enligt 1 kap 4 § punkten 11 LEU avser inhämtande av bevis som finns hos en myndighet, t.ex. föremål eller handlingar. Enligt försvaret utgörs inte upptagningar/uppteckningar av hemliga tvångsmedel *handlingar* mot bakgrund av den specialreglering som finns beträffande hemliga tvångsmedel. Det är fråga om andra handlingar; handlingar som t.ex. har lämnats in till polis, handlingar som har påträffats i samband med husrannsakan, handlingar avseende teknisk bevisning som t.ex. DNA och fingeravtryck. Det framgår vidare på s. 241 i ovan angiven proposition att förutsättningarna för att begära ut handlingar från en myndighet i annan medlemsstat är att förutsättningarna att få ut sådant material föreligger enligt svensk rätt. Det kan konstateras att svensk åklagare inte hade haft rätt att få tillgång till sådana handlingar i Sverige som de nu har fått tillgång till utan att först att få ansökt och fått tillstånd till ett beslut om hemlig dataavläsning av **svensk domstol**. Det är också enligt försvaret innebörden av vad som framgår i Åklagarmyndighetens beslagshandbok ovan. Det är försvarets uppfattning att åklagare – mot bakgrund av reciprocitetsprincipen – borde ha begärt rättens tillstånd när det är fråga om upptagningar av hemliga tvångsmedel som avser förfluten tid.

Det är vidare försvarets uppfattning att åklagare inte hade fått tillstånd till hemlig dataavläsning avseende förfluten tid under de förutsättningar som nu har skett eftersom förutsättningar inte har förelegat enligt svensk rätt för det aktuella tvångsmedlet när det



initierades (d v s när franska myndigheter knäckte Encrochat initialt.). *Det fanns då inte någon skälig misstänkt.*

Det är således enligt försvaret dels så att ett ursprungligt tillstånd till avlyssning av samtliga användare i Sverige av en viss mjukvara strider mot svensk grundlag och EKMR, dels så att de utredningsorder som har utfärdats av svensk åklagare borde ha underställts svensk domstolsprövning. Det är vidare försvarets uppfattning att svensk domstol hade avslagit en sådan begäran eftersom ett sådant tvångsmedel inte får förekomma i Sverige. Svensk åklagare har ändå begärt in bevisningen från franska myndigheter och inte begärt svensk domstols godkännande av utfärdande av sådan utredningsorder. Det är vidare så att svensk åklagare inte kan bevisa att åtgärden ens är förenlig med fransk rätt och att rätt kompetent myndighet i Frankrike har beslutat om tvångsmedlet.

Det är försvarets uppfattning att avlyssningen är olovlig i Sverige eftersom den strider mot regeringsformen och EKMR och svensk domstol har inte sanktionerat den.

**6. 35 kap 1 § rättegångsbalken – den fria bevisföringen och den fria bevisprövningen och kravet på en rättvis rättegång enligt art 6 EKMR**

Enligt 35 kap 1 § rättegångsbalken skall rätten efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat. Av kommentaren till rättegångsbalken framgår att ett bevis har åtkommit eller upptagits i strid mot en viss rättsregel eller rättsgrundsats i princip inte utesluter att det får läggas fram i en rättegång och tillerkänns ett högt bevisvärde.



## *Undantag från den fria bevisprövningen och bevisprövningen*

Det finns emellertid undantag i rättegångsbalken när viss bevisning inte får åberopas eller att för det fall den åberopas får den inget bevisvärde. Det framgår t.ex. av 27 kap 2 § rättegångsbalken att vissa handlingar och meddelanden inte får tas i beslag. Den bevisningen får inte heller åberopas och om den åberopas bör den inte ha något bevisvärde. Det framgår t.ex. av ett beslut från Justitieombudsmannen ("JO") av den 20 januari 2020 (diarienummer 1447-2018) med rubriken "**Sms-meddelanden i beslagtagna mobiltelefon har använts av polis och åklagare i förundersökning och åberopats som bevis trots att de omfattades av förbud mot beslag**". Där framgår följande:

*"När en mobiltelefon söks igenom kan de utredande myndigheterna komma att påträffa information som omfattas av beslagsförbudet. JO framhåller att det är ett grundläggande krav att en sådan genomsökning görs med viss försiktighet och att den som söker igenom telefonen är uppmärksam på om den kan innehålla information som inte får tas i beslag. **Om sådan information påträffas skall den självfallet inte läsas, skrivs ut eller på något annat sätt användas i en förundersökning eller i en rättegång.** Polismyndigheten kritiseras för hur utredare hanterade och använde informationen som fanns i Sms-meddelandena. Åklagaren kritiseras för att han lät Sms-meddelanden ingå i förundersökningsprotokollet och åberopade dem som bevis i tingsrätten."*

Ett annat exempel på begränsning av 35 kap 1 § rättegångsbalken är 5 kap 1 § lagen (2000:562) om internationell brottslig hjälp i brottmål. För vissa fall, se t.ex. 36 kap. 3 och 6 §§, ligger det i en enskilds hand att vägra att yttra sig. **Generellt synes man kunna hävda att de ändamål som ligger bakom bestämmelser av det nu berörda slaget och som alltså gäller själva bevisföringen enligt balken inte får sättas ur spel genom någon form av kringgående, i vart fall inte till nackdel för en tilltalad.** Ett förbud mot att åberopa en viss handling får alltså inte kringgåas genom vittnesbevisning om vad det står i handlingen och ett vittnes rätt att vägra yttra sig får inte kringgåas genom att det åberopas en skriftlig redogörelse för eller



ett vittnesförhör om vad vittnet har sagt tidigare. Det föreligger också frågeförbud enligt 36 kap 5 § rättegångsbalken.

Det är svårt för försvaret att föreställa sig att en svensk domstol skulle tillerkänna utländsk bevisning något bevisvärde för det fall den strider mot grundläggande bestämmelser i rättegångsbalken, mot svensk grundlag eller EKMR. För det fall svensk förundersökningsledare från t.ex. ungerska myndigheter hade fått in kommunikation mellan försvarsadvokat och klient och denna hade åberopats så som bevisning av åklagaren är det svårt att tänka sig att en svensk domstol skulle tillerkänna den något värde eftersom den strider mot 36 kap 5 § rättegångsbalken. Det är lika svårt att tänka sig att för det fall t.ex. ryska myndigheter hade avlyssnat personer i strid med svensk grundlag och därefter gett den till svensk åklagare för lagföring, att aktuell bevisning skulle tillerkännas något bevisvärde av domstol. Det är lika svårt att tänka sig att ett vittnesförhör i en bevisupptagning i t.ex. Serbien skulle tillmätas något bevisvärde om det i efterhand visar sig att de uppgifter som lämnats vid bevisupptagningen var framtvingade uppgifter genom våld eller tortyr.

Det är enligt försvaret främmande att tillåta bevisning som möjligtvis är lagligt åtkommen i ett annat land men som helt och hållet strider mot svensk grundlag. En utredningsorder kan enligt försvaret inte giltigförklara bevisning som strider mot grundlag; i synnerhet om man inte har utfärdat utredningsorder utan svensk domstols godkännande när sådant krävs.

*Bevisförbud enligt 23 kap 21 a § rättegångsbalken och 17 § lagen om hemlig dataavläsning*

Ett intressant fall är undantaget mot den fria bevisprövningen och fria bevisföringen som framgår av 23 kap 21 a § rättegångsbalken och av 17 § tredje stycket lagen om hemlig dataavläsning. För det fall en åklagare fattar ett interimistiskt beslut om t.ex. avlyssning och domstolen underkänner åklagarens beslut **får åklagaren inte till nackdel för den tilltalade**



**använda informationen** som åklagaren erhöll under den tiden avlyssningen pågick. Det är ett direkt avsteg från 35 kap 1 § rättegångsbalken. Vid en analog tillämpning av de principer som framgår av ovanstående kan det i detta fall konstateras att beträffande avlyssningen av samtliga användare av EncroChat har åtkommit på ett enligt svensk rätt olagligt sätt.

Uppgifterna har därefter tillställts svensk åklagare för lagföring. Svensk åklagare har ingen möjlighet att få ett beslut innebärande avlyssning av mjukvara godkänt av svensk domstol. Upptagningarna från den olagliga avlyssningen har vidare inte underställts svensk domstol för godkännande. Redan av denna anledning borde åklagaren inte få åberopa den aktuella bevisningen eftersom något godkännande varken har begärts enligt 2 kap 5 § LEU eller skulle ha erhållits av svensk domstol vid de tidpunkter åklagaren ursprungligen begärde upptagningarna från Frankrike. Här är ett direkt bevisförbud enligt försvarets uppfattning som är tillämpligt eftersom åklagaren inte till nackdel för den tilltalade får använda information som inte i efterhand har godkänts av svensk domstol. Det råder således ett bevisförbud avseende de uppgifter som är till nackdel för de tilltalade. Det är försvarets uppfattning att Åklagarmyndighetens hantering av den aktuella informationen är ett kringgående av svensk domstol och de regler som gäller för inhämtande av bevisning som avser hemliga tvångsmedel. Bevisningen bör redan av denna anledning inte tillåtas.

*Rätten till en rättvis rättegång enligt art 6 EKMR, brott mot artikel 8 och bevisvärdet av bevisning som åtkommit otillbörligt*

Mot bakgrund av ovanstående kan det konstateras att den fria bevisprövningen inte är absolut. Om domstolen inte delar försvarets uppfattning om att bevisförbud råder för avlyssning som ej underställts svensk domstol för godkännande är det försvarets uppfattning att bevisningen som sådan inte bör tillerkännas något bevisvärde.

Av kommentaren till 35 kap 1 § rättegångsbalken framgår vidare att EKMR måste beaktas för det fall bevisningen har införskaffats på ett otillbörligt sätt. Kravet på en rättvis rättegång enligt EKMR på att en domstol måste se till att rättegången är rättvis medför att det kan förekomma indirekta bevisföringsförbud. **Detta gäller bl.a. olovligt avlyssnade samtal.** Av



Europadomstolens avgörande i fallen Khan ./, Storbritannien (app 35394/97), PG och JH ./, Storbritannien (app 44787/98) och Allan ./, Storbritannien (app 48549/99) framgår att rätten till en rättvis rättegång kränks när domstolen tillerkänner olovligt anskaffad bevisning ett bevisvärde. Den tilltalade får i ett sådant fall inte en rättvis rättegång.

För det första vet varken åklagare, domstol eller försvaret om den åtgärd som vidtagits i Frankrike är i överensstämmelse med fransk lag. För det andra är **avlyssningen i förevarande fall olovlig** alldeles oavsett mot bakgrund av att den har skett av franska myndigheter i strid med svensk grundlag, art. 8 EKMR och utan att svensk domstol i enlighet med 3 kap 4 § LEU har gett franska myndigheter tillstånd samt att svensk åklagare inte har begärt tillstånd av domstol i enlighet med 2 kap 5 § LEU att utfärda en utredningsorder. Försvaret ber tingsrätten att överväga om det verkligen får och kan vara så att annan myndighet än svensk domstol beslutar om hemliga tvångsmedel på svensk mark av svenska medborgare och att avlyssning sker i strid med svenska bestämmelser om avlyssning och att svenska åklagare därefter ges tillgång till denna bevisning och tillåts åberopa den med stöd av 35 kap 1 § rättegångsbalken. Försvarets uppfattning är att det inte får ske på detta sätt. Det är enligt försvaret ett kringgående av svenska bestämmelser om under vilka förutsättningar avlyssning får ske.

Enligt försvaret har överträdelse av både grundlag och EKMR skett enligt vad som ovan beskrivits genom hela förfarandet från de brottsutredande myndigheterna. Av Holmgård, *Bevisning i brottmål*, upplaga 1:1, 2019, s. 80 framgår att bevisning som införskaffats genom brott mot EKMR i och för sig är tillåten men att bevisvärdet påverkas. Holmgård anger vidare att om den bevisningen *utgör den enda eller i stort sett den enda bevisningen skall åtalet ogillas*. Bevisningen får således inget värde enligt Holmgård.

I förevarande fall utgör det material som enligt försvarets betraktas som olovligt avlyssnat material den huvudsakliga bevisningen mot de flesta tilltalade. Bevisvärdet av de s.k.



Encrochattarna bör därför åsättas till noll eftersom ett erkännande av ett bevisvärde av dessa enligt försvaret innebär att de tilltalade inte får en rättvis rättegång.

*Rätten till en rättvis rättegång – principen om equality of arms*

Försvaret har inte samma möjligheter att granska, kritisera och se på originalhandlingar från Frankrike eftersom all bevisning är upptaget i ett annat land. Försvaret får inte ens kännedom om vilken fransk myndighet som har fattat beslutet. Försvaret kan inte granska tillförlitligheten av materialet och vi kan inte vara säkra på att vi har fått tillgång till allt material. Det strider således även mot principen om equality of arms enligt art 6 EKMR.

*Sammanfattande synpunkter*

Försvaret ber tingsrätten överväga följande. För det fall att svenska domstolar skall upprätthålla de rättigheter som varje svensk medborgare har enligt regeringsformen och EKMR, kan domstolen inte låta ändamålet helga medlen. Oavsett hur ”bra bevisning de aktuella chattarna är enligt polis och åklagare. Den aktuella informationen borde enligt försvaret under hela tiden ha behandlats som underrättelseinformation och använts enkom till att förhindra brott och säkra bevisning på sätt som är tillåten enligt svensk straffprocessrätt. Informationen borde aldrig – eftersom sådan bevisning inte enligt svensk rätt går att få tillgång till för polis och åklagare – använts i förundersökningar. Införskaffandet och återopandandet av bevisningen har skett i strid med reciprocitetsprincipen. Det är fråga om bevisning som svensk rätt inte ger åklagare tillstånd att införskaffa på sätt som skett av franska myndigheter.

**7. 35 kap 7 § rättegångsbalken**

Av 35 kap 7 § första stycket 3 rättegångsbalken får rätten avvisa bevisning om bevisningen uppenbart skulle bli utan verkan. Mot bakgrund av vad som ovan har angetts är det försvarets uppfattning att bevisningen inte i första hand bör tillåtas med analogt stöd av 23 kap 21 a § rättegångsbalken och 17 § lagen om hemlig dataavläsning och i andra hand att bevisningen inte bör tillerkännas något bevisvärde. Enligt försvaret innebär detta att





**BERGDAHL &  
JOHANSSON**

ADVOKATBYRÅ

bevisningen uppenbart är utan verkan. Av denna anledning ber försvaret tingsrätten att avvisa ovan angiven bevisning.

Helsingborg den 22 mars 2021

Markus Bergdahl

Eleonora Johansson

# Fria Advokater

Till  
Göteborgs tingsrätt  
Avd 3

GÖTEBORGS TINGSRÄTT  
Avdelning 3

INKOM: 2021-03-22  
MÅLNR: B 533-21  
AKTBIL: 377

Stockholm den 22 mars 2021

## Ang mål nr B 533-21, Åklagarna m.fl. ./ Sebastian Jamal Jobe

Efter att ha tagit del av åtalet, aktbil. 343, får undertecknade i egenskap av offentliga försvarare för Sebastian Jamal Jobe framställa följande

### Yrkande

1. Sebastian Jamal Jobe yrkar att tingsrätten ska avvisa den bevisning som består av Encrochattar och som åklagaren angett och åberopat i bilaga till stämningsansökan, aktbil. 345, punkterna 36, 47-48, 52-53, 56, 58, 61, 63-64, 74-76 samt aktbil. 346, punkten 53.
2. Yrkandena grundar sig på följande omständigheter.

### Kort sammanfattning av skälen för yrkandet

3. Enligt Sebastian Jamal Jobs uppfattning har det aktuella materialet inhämtats genom en åtgärd som är att likställa med hemlig dataavläsning enligt svensk lag. Den hemliga dataavläsningen har riktats mot, inte företaget EncroChatts server, utan mot de enskilda användarna av så kallade Encrotelefoner.
4. I det fall där den aktuella Encrotelefonen befunnit sig utanför Frankrikes territorium innebär den hemliga dataavläsningen att franska myndigheter utövat exekutiv jurisdiktion i andra stater. Folkrådet innehåller ett principiellt förbud mot att utöva exekutiv jurisdiktion på andra staters territorium.

5. Något beslut från svenska myndigheter, eller gambiska för den delen, om att tillåta de franska myndigheterna att utöva exekutiv jurisdiktion på Sveriges, eller Gambias, territorium föreligger inte såvitt är känt. Frankrikes åtgärd är därför att anse som en allvarlig kränkning av Sveriges suveränitet.
6. Det är inte känt om den franska åtgärden är tillåten enligt fransk lag och inte heller hur den franska åtgärden utförts i alla sina praktiska detaljer, men det är uppenbart att åtgärden som sådan inte skulle varit tillåten enligt svensk lag. Det finns därför inte någon laglig möjlighet för en svensk domstol eller annan myndighet att tillåta åtgärden på svenskt territorium.
7. Det sätt som de franska myndigheterna utfört den hemliga dataavläsningen på och hur de svenska myndigheterna inhämtat materialet genom en europeisk utredningsorder innebär allvarliga ingrepp i de drabbades rättigheter enligt artikel 8 och artikel 6 i den Europeiska konventionen den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheter (EKMR). Agerandet från myndigheternas sida medför att det är praktiskt sett omöjligt att verifiera autenciteten av det åberopade materialet och därför är även kränkningen av de drabbades rätt till en rättvis rättegång irreversibel.
8. Rättsföljden enligt svensk lag av att uppgifter läses av eller tas upp genom hemlig dataavläsning utan tillstånd är att materialet inte får åberopas mot den som drabbats eller på annat sätt berörs av åtgärden. Regeln utgör en inskränkning av principen om fri bevisprövning.
9. Även av praxis kring art. 6 i EKMR framgår att bevisning som åtkommit genom hemliga tvångsmedel som inte följer av nationell lag visar att ingreppet i rättigheten är irreversibelt så får inte bevisningen användas i en senare brottmålsprocess.
10. Till utveckling av grunderna får följande anföras.

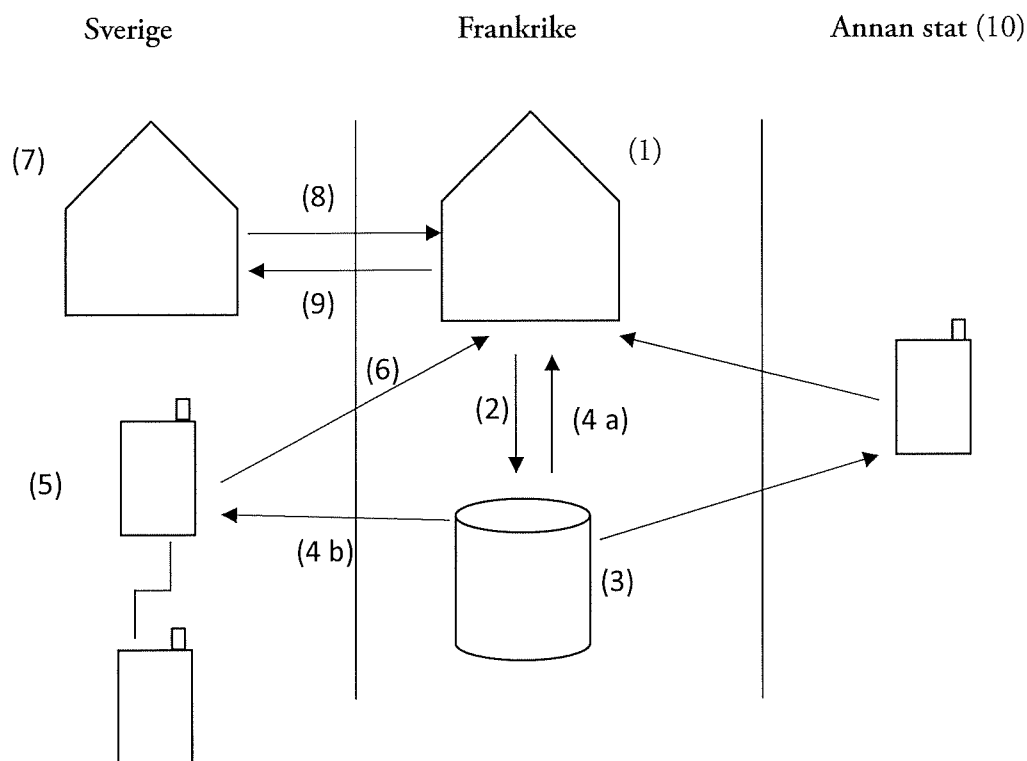
### **Bakgrund**

11. Under mars 2020 lyckades franska myndigheter föra in en programkod i en server som befann sig i Lyon, Frankrike. Servern tillhörde det nederländska företaget EncroChatt.
12. EncroChatt tillhandahöll sedan år 2015 ett operativsystem med krypterade applikationer för kommunikation. Vissa särskilt modifierade mobiltelefoner, såsom Encrotelefoner försågs med det modifierat operativsystemet. Syftet med

operativsystemet var att möjliggöra krypterad in- och utgående kommunikation via mobiltelefonerna genom en chattfunktion, även den kallad "Encrochatt".

13. Programkoden utförde två saker. Den speglade innehållet på servern och den skickade ut en uppdatering till de enskilda kommunikationsenheterna, d.v.s. telefonerna. När användaren av en sådan Encrotelefon accepterade uppdateringen överfördes programkoden till den enskilda kommunikationsenheten.
14. Programkoden var någon form av en så kallad key-log. Det innebär att så fort en kommunikationsenheten användes registrerades det och överfördes till de franska myndigheterna. Genom att läsa av och ta upp kommunikationen på den enskilda kommunikationsenheten kunde de franska myndigheterna kringgå själva krypteringstjänsten.
15. Det som framförallt kunde läsas av och tas upp av de franska myndigheterna var de så kallade Encrochattarna. Det förefaller däremot som om de franska myndigheterna inte kunnat avlyssna röstsamtal via Encrotelefonerna.
16. Följaktligen har de franska myndigheterna inte dekrypterat Encrochatt och inte heller läst av eller tagit upp en kommunikation via servern i Lyon utan via en key-log läst av varje enskild kommunikationsenhet. Avläsningen har skett från den plats där kommunikationsenheten befunnit sig och innan alternativt parallellt med att meddelandena nått servern.
17. Enligt vad försvaret lyckats utröna från olika källor har avläsningen och upptagningen, och senare inhämtningen av upptagningarna, gått till på följande sätt vilket schematiskt beskrivs i Skiss (1) nedan.

## Skiss 1



- (1) En särskild brottsutredande enhet i Lille, Frankrike, har, själva eller tillsammans med franska Gendarmeriet, ansökt om tillstånd hos antingen en domstol eller förundersökningsdomare om att få placera en programkod i en server placerad i Lyon.
- (2) Efter att tillstånd meddelats placerades programkoden i hemlighet på servern. Innehavaren och användarna av servern fick ingen underrättelse om åtgärden.
- (3) Servern tillhörde, i vart fall användes av, det holländska företaget EncroChatt. Via servern erbjöd EncroChatt sina kunder möjlighet att kommunicera med Encrotelefoner.
- (4) (a) Programkoden hade två funktioner, varav den första innebar att servern speglades och informationen översändes till de franska brottsutredande myndigheterna.  
 (b) Den andra funktionen var att programkoden överfördes från servern till de enskilda kommunikationsenheterna, d.v.s. Encrotelefonerna.

- (5) När programkoden överförts till respektive Encrotelefon uppmanades användaren att uppdatera sin Encrotelefon/krypteringstjänst. Genom uppdateringen aktiverades den utsända programkoden i den enskilda Encrotelefonen.
  - (6) I telefonen fungerade programkoden som en så kallad key-log, vilket innebar att varje användning av Encrotelefonens tangentbord överfördes i realtid till de franska brottsutredande myndigheterna.
  - (7) Avläsningen och upptagningen pågick under perioden från slutet av mars till den 13 juni 2020. Under den tid som åtgärden pågick deltog flera andra länder, däribland Sverige genom Nationella Operativ Avdelningen (NOA), i en samarbetsgrupp inom Eurojust som verkar ha tillåtits att sitta med och ta del av avläsningarna i realtid.
  - (8) Sedan EncroChatt uppdagat intrånget i servern skickade företaget ut en varning till sina användare som uppmanades att göra sig av med telefonerna. För att få del av upptagningarna ställde svenska åklagare ut en europeisk utredningsorder till Frankrike med en begäran om att få del av upptagningar knutna till vissa angivna användarnamn.
  - (9) Efter beslut av en fransk domstol överlämnades upptagningarna till de svenska brottsutredande myndigheterna, som framgår i ett annat ärende, genom att gendarmeriet överlämnade en "CD-ROM".
  - (10) I flertalet fall handlar det om enskilda Encrotelefoner som befunnit sig på svenskt territorium, men även Encrotelefoner i andra stater, såväl inom som utanför EU, har blivit föremål för avläsning och upptagning.
18. De franska brottsutredande myndigheterna har genom det ovan beskrivna förfarandet läst av och tagit upp uppgifter från, i princip, alla kommunikationsenheter som använder Encrochatt. Avläsningarna och upptagningarna har skett direkt från kommunikationsenheterna, och inte från den server som var stationerad i Lyon och som var den enhet som först angreps med programkoden. Såvitt kan förstås var inga av de enskilda användarna av kommunikationsenheterna föremål för misstankar i den franska förundersökning där åtgärden utfördes, utan det var företrädare för företaget EncroChatt som misstänktes för brott. Användarna av kommunikationsenheterna och kommunikationsenheterna själva befann sig i ett stort antal fall utanför Frankrikes territorium, däribland i Sverige, när

avläsningen och upptagningen genomfördes och riktades mot personer som var medborgare i andra stater än Frankrike, däribland medborgare i den stat där såväl användare som kommunikationsenhet befann sig fysiskt.

19. Detta förfarande väcker ett flertal frågor av betydelse för nu aktuellt mål vad gäller användandet av Encrochattarna och andra uppgifter som lästs av och tagits upp som bevisning mot de tilltalade.

#### Gällande rätt

20. Utifrån ett folkrättsligt perspektiv skiljer man mellan legislativ, judiciell och exekutiv jurisdiktion. Med legislativ jurisdiktion avses lagstiftningens tillämpningsområde och med judiciell jurisdiktion avses de rättstillämpande organens tillämpning av nationell rätt. Med exekutiv jurisdiktion avses verkställigheten av beslutade åtgärder.
21. Av suveränitetsprincipen följer att varje stat har exklusiv jurisdiktion inom sitt eget territorium (SOU 2002:98 s. 73). En verkställighetsåtgärd eller annan maktutövning på en annan stats territorium utgör därför en klar suveränitetskränkning (Hilding Eek, Folkrätt (4:e uppl.) s. 405), såvida inte staten har en materiell kompetens, d.v.s. kan lagstifta med bindande verkan för andra stater (Reinhold Reuterswärd, Lagstiftningsmaktens folkrättsliga gränser, SvJT 1977 s. 108 f.).
22. Detta bekräftades i det så kallade Lotus-fallet (S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J., bilaga 1, där det fastställs på s. 18 och 20 att;

*Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that failing the existence of a permissive rule to the contrary it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention. (vår understrykning).*

23. Stater har givetvis en möjlighet att bilateralt eller genom traktater tillåta en annan stat att utöva exklusiv jurisdiktion på den andra statens territorium. Lagen (2017:1000) om europeisk utredningsorder (LEUO) är en implementering av EU:s direktiv 2014/41 som utgör ett sådant internationellt instrument som kan anses inskränka den folkrättsliga suveränitetsprincipen.

24. Det får anses uppenbart att den åtgärd som genomförts av de franska brottsutredande myndigheterna – d.v.s. att läsa av och ta upp uppgifter från kommunikationsenheter där såväl enheten som användaren befinner sig på en annan stats territorium, och inte är medborgare i Frankrike – innebär att det franska myndigheterna utövat exekutiv jurisdiktion utanför franskt territorium. Åtgärden förutsätter således stöd i traktat eller andra internationella instrument eller i den berörda statens nationella rätt, för att inte anses vara en kränkning av den andra statens suveränitet.

#### En europeisk utredningsorder

25. En europeisk utredningsorder (EUO) definieras, enligt 1 kap, 3 § LEUO, som ett beslut som innebär att en utredningsåtgärd ska vidtas i en annan medlemsstat i syfte att inhämta bevisning och som har meddelats av en åklagare eller domstol under en förundersökning eller rättegång i brottmål eller utanför en förundersökning.
26. En EUO kan avse tre olika förfaranden: i) att staten ska utföra åtgärden, ii) att staten ska bistå vid åtgärden eller iii) att staten ska tillåta åtgärden.
27. En EUO är ett beslut *sui generis* och det behöver inte finnas ett underliggande nationellt beslut avseende motsvarande åtgärd. Däremot får en EUO endast utfärdas om de förutsättningar som gäller för att vidta motsvarande utredningsåtgärd under en svensk förundersökning eller rättegång i brottmål är uppfyllda (2 kap, 3 § LEUO). Således kan en EUO inte utfärdas eller bifallas om utredningsåtgärden inte finns tillgänglig enligt svensk rätt eller de materiella förutsättningarna för åtgärden inte är uppfyllda enligt svensk rätt.
28. Med *inhämta bevis* avses såväl bevis som de behöriga myndigheterna har i sin besittning som bevis som behöver inhämtas genom att någon specifik utredningsåtgärd vidtas. Inhämtning av bevis som behöriga myndigheter har i sin besittning regleras i 1 kap, 4 §, 11-12 pp. LEUO.
29. I 4 kap, 13-16 §§ LEUO regleras skyldigheten för en annan stat att underrätta Sverige om hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation eller hemlig övervakning av elektronisk kommunikation som utförs i Sverige utan bistånd av Sverige.
30. Av 13 § framgår att behörig myndighet i annan stat ska underrätta behörig åklagare om hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation eller hemlig övervakning av elektronisk kommunikation i Sverige. Motsvarande underrättelseskyldighet gäller även för hemlig dataavläsning (16 §).



31. Finner behörig åklagare att förutsättningarna för åtgärden är uppfyllda enligt svensk rätt ska ärendet överlämnas till domstol för beslut om tillstånd ska meddelas (14 §) En förutsättning för beviljande av tillstånd är att gärningen är straffbar enligt svensk rätt och förutsättningarna för motsvarande åtgärd enligt svensk rätt är tillämpliga.
32. Såvitt är känt för försvaret har behörig myndighet i Frankrike inte underrättat behörig åklagare i Sverige om den aktuella åtgärden och svensk domstol har inte heller gett sitt tillstånd till den.

### Hemlig dataavläsning

33. Med hemlig dataavläsning (HDA) avses att uppgifter, som är avsedda för automatisk behandling, i hemlighet och med tekniskt hjälpmedel läses av eller tas upp i ett avläsningsbart informationssystem enligt 1 § lagen (2020:62) om hemlig dataavläsning, (LHDA).
34. Avläsningsbara informationssystem kan vara av fysisk karaktär, t.ex. datorer, mobiltelefoner och servrar, men även internetbaserade kommunikations- eller lagringstjänster och andra informationssystem som inte i sig utgör elektronisk kommunikationsutrustning innefattas. För det fall det avläsningsbara informationssystemet används av flera bör HDA endast få avse de relevanta uppgifter som är avgränsade till den enskilde användaren och de delar som denne har behörighet till.
35. De uppgifter som kan inhämtas med HDA är *kommunikationsavlyssningsuppgifter, kommunikationsövervakningsuppgifter, platsuppgifter, kameraövervakningsuppgifter, rumsavlyssningsuppgifter och andra uppgifter* som finns i det avläsningsbara informationssystemet samt uppgifter som visar hur det används. HDA anses i stor utsträckning vara en form av verkställighet av redan befintliga hemliga tvångsmedel och förutsättningarna för att använda HDA följer därför i stor utsträckning bestämmelserna för de bakomliggande tvångsmedlen. De övriga uppgifter som inte svarar mot redan befintliga uppgifter likställs med hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation (HAK), se prop. 2019/20:64 s. 113 f.
36. HDA kan tillämpas under en förundersökning (4-6 §§ LHDA) och utanför en förundersökning (7-10 §§ LHDA). De senare reglerna bygger på föreskrifterna i lagen (2007:979) om åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott (preventionslagen), lagen (2012:78) om inhämtning av uppgifter om elektronisk kommunikation i de brottsbekämpande myndigheternas underrättelseverksamhet (inhämtningslagen) och lagen

(1991:572) om särskild utlänningskontroll, (LSU).

37. Vad gäller den som kan bli föremål för HDA under en förundersökning gäller att denne ska vara skäligen misstänkt (4 § LHDA) alternativt att HDA kan användas för att utreda vem som skäligen kan misstänkas (5 § LHDA).
38. Förutsättningar för HDA riktad mot den som skäligen kan misstänkas svarar, i princip, mot reglerna för HAK, med vissa särskilda regler när det kommer till kameraövervaknings- och rumsavlyssningsuppgifter.
39. När HDA använts för att utreda vem som skäligen kan misstänkas gäller ett antal inskränkningar. För det första gäller det bara kommunikationsövervaknings- och platsuppgifter och vad gäller kommunikationsövervakningsuppgifter får de endast avse förfluten tid. En ytterligare förutsättning är att det avläsningsbara informationssystemet använts vid ett brott eller i anslutning till en brottsplats eller som av någon annan anledning är av synnerligen vikt för utredningen.
40. HDA enligt 7 § LHDA är kopplade till en person och förutsätter att det föreligger en påtaglig risk för att personen antingen kommer att utöva sådan brottslig verksamhet som avses i 1 § preventionslagen eller medvetet kommer att främja att sådan brottslig verksamhet kommer att utövas inom en organisation eller grupp som personen tillhör eller verkar för. De avläsningsbara informationssystem som avses är sådana som personen använder eller som det finns särskild anledning att anta har använt eller kommer att använda eller, om det finns synnerlig anledning att anta, har kontaktat eller kommer att kontakta.
41. I de fall där avläsningen eller upptagningen riktar sig mot ett avläsningsbart informationssystem som t.ex. tillhandahåller kommunikations- eller lagringstjänster som erbjuds flera personer får HDA endast användas för att få tillgång till den del som den misstänkta personen använder eller har behörighet att använda (prop. 2019/2020:64 s 104 f.)
42. HDA enligt 10 § LHDA är inte kopplad till person, utan avser de fall där det är av synnerligen vikt att förebygga, förhindra eller upptäcka brottslig verksamhet som innefattar brott enligt 2 § inhämtningslagen. Vad som får läsas av eller tas upp är kommunikationsövervaknings- och platsuppgifter. Vad gäller kommunikationsövervakningsuppgifter får det endast avse uppgifter i förfluten tid.

43. Som framgått tidigare, och som kommer att utvecklas i det följande, har försvaret inte någon insyn i den franska förundersökning där den aktuella åtgärden genomförts, och inte heller tillgång till det franska domstolsbeslut eller liknande, enligt vilket tillstånd ges till åtgärden. Vad försvaret kunnat utröna om de bakomliggande förhållandena grundar sig på olika källor såsom pressmeddelanden, uttalanden i media, promemorior från andra förundersökningar, muntliga kontakter med kollegor i bl.a. Frankrike m.m.
44. Som försvaret förstår det handlar åtgärden om genomförandet av HDA med anledning av misstankar som riktats mot företrädare för det holländska företaget EncroChatt. Åtgärden riktar sig emellertid inte mot kommunikationsenheter som används eller kan komma att användas av de misstänkta eller enheter som de misstänkta kan kontakta eller kan komma att kontakta. Istället riktar sig åtgärden mot ett stort antal personer som inte kan misstänkas för det aktuella brottet och som inte heller på någon rimlig grund kan förväntas ha kontakt med de misstänkta.
45. Den åtgärd som de franska brottsutredande myndigheterna genomfört är närmast urskillningslös när det kommer till vem den drabbar. Enligt uppgift har åtgärden berört 60 000 – 70 000 användare av Encrochatt runt om i världen. Faktum är att det förefaller mycket sannolikt att de franska brottsutredande myndigheterna inte ens visste vem som skulle bli föremål för HDA när åtgärden vidtogs, utöver den omständigheten att vederbörande använde en Encrotelefon. Huruvida det sedan var en journalist, advokat, politiker eller präst förefaller varit helt likgiltigt.
46. Enligt försvarets uppfattning är det helt uppenbart att en liknande åtgärd inte kunnat tillåtas enligt LHDA och således inte varit möjlig att genomföra enligt svensk rätt.

#### Det franska beslutet

47. Såvitt är känt i föreliggande fall har en fransk domstol i Lille beslutat om att tillåta franska myndigheter att föra in en programkod i EncroChatts server som var placerad i Lyon. Den franska domstolens beslut är att likställa med ett beslut om HDA enligt svensk rätt. Vidare har inte behöriga franska myndigheter underrättat Sverige enligt 4 kap, 13-15 §§ LEUO om att kommunikationsenheter kopplade till EncroChatt är föremål för avläsning eller upptagning under tid som de befinner sig på svenskt territorium. Följaktligen har inte heller en svensk domstol meddelat tillstånd till en sådan utredningsåtgärd.

48. Som det får förstås har den franska domstolen tagit beslutet under en förundersökning mot företrädare för företaget EncroChatt eller företaget EncroChatt. Misstanken ska ha varit att företrädare för företaget EncroChatt eller företaget EncroChatt tillhandahöll en tjänst som utnyttjades av, och endast av, kriminella personer.
49. Exakt vilka straffbestämmelser enligt fransk lag som låg till grund för beslutet är inte känt. Det är inte heller känt om det franska domstolsbeslutet avsåg att läsa av eller ta upp kommunikation på servern eller om det även innefattade en möjlighet att läsa av och ta upp uppgifter från enskilda kommunikationsenheter. Inte heller är det känt om beslutet innehöll en prövning av det förhållandet att en avläsning eller upptagning av uppgifter från enskilda kommunikationsenheter med nödvändighet skulle medföra att franska myndigheter utövade exekutiv jurisdiktion i andra stater.
50. Det är inte heller möjligt att utifrån föreliggande material bedöma om den teknik som de franska brottsutredande myndigheterna använt sig av, d.v.s. att översända en programkod till enskilda enheter via servern, och därefter läsa av och ta upp uppgifter direkt från de enskilda enheterna, svarar mot de uppgifter som den franska domstolens tillstånd avser. Försvaret och en svensk domstol har således inte ens möjlighet att ta ställning till om villkoren i 23 § HDA är uppfyllda eller om även den bestämmelsen skulle kunna utgöra en grund för svensk domstol att inte tillåta åtgärden.

#### **Rättsliga förutsättningar för att meddela tillstånd enligt LEUO**

51. Förutsättningarna för att meddela tillstånd enligt LEUO för franska brottsutredande myndigheter att genomföra HDA i Sverige utan bistånd av behörig svensk myndighet är att gärningen är straffbar enligt svensk rätt och förutsättningarna för motsvarande åtgärd enligt svensk rätt är tillämpliga (4 kap, 14 § LEUO).
52. Utan kännedom om den gärningsbeskrivning eller motsvarande beskrivning av brottet som ligger till grund för den franska domstolens beslut kan det inte med säkerhet fastställas att den aktuella gärningen ens är straffbar enligt svensk nationell rätt. Allmänt kan sägas att det enligt svensk rätt kan vara straffbart att tillhandahålla kommunikationsutrustning i avsikt att den ska användas för att utföra ett brott. Det torde då handla om någon form av medhjälp till en brottslig gärning.
53. Problemet är, som försvaret ser det, att den kommunikation som skedde medelst Encrotelefoner inte varit tillgänglig för de brottsutredande

myndigheterna på grund av krypteringen. Grunden för misstanken förefaller ha varit att misstänkta kriminella personer använt Encrotelefoner, och att Encrotelefoner därför kan misstänkas användas i kriminella verksamheter, snarare än misstankar om mer eller mindre konkreta brottsliga gärningar.

54. Under sådana förhållanden finns två möjligheter enligt LHDA att ge tillstånd till HDA, nämligen för att utreda vem som skäligen kan misstänkas för brottet (5 § LHDA) eller för att förebygga, förhindra eller upptäcka brottslig verksamhet (10 § HDA). I båda fallen kan tillståndet endast avse kommunikationsövervakningsuppgifter i förfluten tid. Någon möjlighet enligt svensk rätt att ge tillstånd till att läsa av eller ta upp kommunikationsavlyssnings- eller kommunikationsövervakningsuppgifter i realtid finns inte.
55. Tillämpningen av LHDA för att läsa av eller ta upp kommunikationsavlyssningsuppgifter förutsätter även att åtgärden riktar sig mot sådana avläsningsbara informationssystem som den misstänkta personen använder eller kan komma att använda eller, om det föreligger synnerligen anledning, kan kontakta eller kommer att kontakta. För det fall HDA riktar sig mot en server som tillhandahåller kommunikations- eller lagringstjänster till ett stort antal personer får åtgärden endast avse de delar som den misstänkta personen använder eller har behörig åtkomst till.
56. Som framhållits ovan har den aktuella åtgärden inte riktats mot kommunikationsenheter som används eller kan komma att användas av de misstänkta eller kommunikationsenheter som de misstänkta kan kontakta eller komma att kontakta, utan istället riktats helt urskillningslöst mot ett mycket stort antal individer som inte är misstänkta för brott och som inte heller kan kopplas till företrädarna för EncroChatt på annat sätt än att de använder EncroChatts kommunikationssystem. Någon möjlighet enligt LHDA att besluta om HDA avseende ett avläsningsbart informationssystem som används av ett stort antal personer, av vilka den övervägande majoriteten, om ens någon, inte är misstänkta för brott, och som inte heller kan antas stå i kontakt med de misstänkta eller komma att stå i kontakt med de misstänkta, existerar inte enligt svensk rätt.

#### **Den franska åtgärden är otillåten**

57. Således kan konstateras att det är oklart om den gärning som ligger till grund för den franska domstolens beslut är straffbar enligt svensk rätt, och att den åtgärd som de franska myndigheterna använt sig av, d.v.s. att rikta HDA för att läsa av eller ta upp kommunikationsavlyssningsuppgifter mot personer

som inte misstänks för brott, inte heller finns tillgänglig enligt svensk rätt. Det får därför anses uteslutet att en svensk domstol skulle tillåta utredningsåtgärden även om den blivit underrättad om den enligt 4 kap, 13 § LEUO.

58. De franska myndigheternas åtgärd att läsa av och ta upp uppgifter från avläsningsbara informationssystem som befunnit sig på svenskt territorium, och där användaren är många gånger svensk medborgare, har därför skett utan stöd i svensk lag eller traktat eller andra internationella instrument som reglerar frågan om exekutiv jurisdiktion mellan Sverige och Frankrike och innebär således en kränkning av den svenska suveräniteten.
59. Kränkningen är av synnerligen allvarlig karaktär, eftersom den varit urskillningslös och riktats mot ett stort antal individer utan hänsyn till svenska nationella intressen, som t.ex. yttrandefrihet, grundläggande fri- och rättigheter och säkerhet.

#### Rättsliga konsekvenser av den olovliga åtgärden

60. Varken LEUO eller LHDA innehåller uttryckliga bestämmelser om vad som gäller i ett fall där en annan stat läst av eller tagit upp uppgifter från en enhet som befinner sig på svenskt territorium utan att underrättelse skett och rätten gett tillstånd till åtgärden.
61. I 17 § HDA framgår att om uppgifter lästs av eller tagits upp av en svensk myndighet utan tillstånd från rätten och det inte i efterhand anses föreligga skäl att ge tillstånd till åtgärden får uppgifterna inte användas i en brottsutredning till nackdel för den som omfattas av åtgärden eller för någon annan som uppgifterna avser. Med det senare uttrycket avses t.ex. personer som omtalas i en kommunikation mellan två andra personer (prop. 2019/2020:34 s. 230 ff.).
62. En motsvarande bestämmelse finns intagen i 27 kap, 21 a § rättegångsbalken avseende hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation. I förarbetena till den bestämmelsen uttalades att (prop. 2013/2014:237 s. 143 ff.):

*”Regeringen anser därför att en begränsningsregel av det nu aktuella slaget är nödvändig för att säkerställa att ett förslag om utökade möjligheter till interimistiska beslut inte får negativa konsekvenser för enskildas rättssäkerhet. En sådan regel är således en förutsättning för att förslaget om interimistiska beslut ska kunna genomföras. Under sådana omständigheter anser regeringen att det får accepteras att begränsningsregeln i viss mån innebär en avvikelse från vad som*

*normalt gäller i fråga om bevisrätten i brottmål. Det kan också påpekas att begränsningar i möjligheterna att använda information gäller även beträffande överskottsinformation från hemliga tvångsmedel”.*

63. Uttalandet har relevans vid tillämpningen av motsvarande bestämmelser i LHDA, särskilt mot bakgrund av att lagstiftaren framhållit att HDA ska uppfattas som en verkställighetsåtgärd av det bakomliggande tvångsmedlet, i detta fall HAK, och att det HDA allmänt sett bör likställas med HAK (se t.ex. prop. 2019/20:34 s. 112 ff.)
64. Enligt försvarets uppfattning ska 17 § HDA tillämpas analogt i ett fall som detta där en annan stat har ägnat sig åt HDA utan tillstånd. De skäl som ligger bakom 17 § HDA gör sig lika starkt, om inte starkare, gällande i ett sådant fall. Inte minst de krav på dubbel straffbarhet och övriga förutsättningar för åtgärden som svensk lag enligt 14 § LEUO föreskriver understryker vikten av en domstolsprövningen för att kunna upprätthålla de rättssäkerhetsgarantier som ska omgärda ett så pass ingripande tvångsmedel som HDA.
65. Som framhållits ovan har de franska brottsutredande myndigheterna genomfört åtgärden helt urskillningslöst, inte bara när det kommer till misstänkta och inte misstänkta, utan även till vilka kategorier av personer som avlyssnats (se 17 § LHDA) och vilka uppgifter som lästs av eller tagits upp (se 11 och 23 §§ LHDA) . Det finns således en påtaglig risk för att åtgärden utan tillstånd från svensk domstol har kommit att rikta mot sig mot ett mycket stort antal personer och verksamheter som det är förbjudet att använda åtgärden mot.
66. Här kan även tilläggas att det, allmänt sett, vore synnerligen olämpligt om en annan stat, utan tillstånd, skulle kunna använda sig av HDA mot t.ex. en svensk tidningsredaktion som befinner sig på svenskt territorium, och det materialet sedan, med kringgående av de svenska bestämmelserna om källskydd och frågeförbud, skulle kunna åberopas av svenska åklagare i en brottmålsprocess.
67. Detta talar med styrka för att material som härrör från HDA som genomförts utan rättens tillstånd inte får användas i en brottmålsprocess, och det även i de fall där det är en utländsk myndighet som genomfört åtgärden och sedan lämnat över materialet till en svensk myndighet. Till det kommer även att åtgärden utgör en allvarlig kränkning av den svenska suveräniteten och har skett i direkt strid med gällande lag och de bakomliggande EU-rättsliga

direktiven.

68. På de skäl som redovisas ovan ska även 17 § LHDA anses utgöra en lagstadgad inskränkning av principen om fri bevisföring och tillämpas analogt på fall där behöriga myndigheter i annan stat olovligen ägnat sig åt HDA på svenskt territorium utan tillstånd från svensk domstol. Sådana uppgifter som lästs av eller tagits upp utan tillstånd från rätten får inte användas i en brottsutredning och således inte heller åberopas som bevis i en rättegång mot den som omfattas av åtgärden eller för någon annan som uppgifterna avser.

69. Den aktuella bevisningen ska därför avvisas.

### Kränkning av EKMR

70. Sedan 1994 är EKMR en del av svensk rätt och den har en särskild ställning i förhållande till övriga lagar och förordningar. Således ska tidigare lagar tolkas föredragskonformt och senare lagstiftning får inte stå i strid med EKMR.

71. Enligt artikel 8, 1 st. i EKMR äger var och en rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens. Europadomstolen har fastslagit att hemlig avläsning av meddelanden på individers mobiltelefoner utgör ett ingrepp i nämnda rättigheter. Ett sådant ingrepp är endast godtagbart om det är förenligt med lag (artikel 8, 2 st. EKMR).

72. Den franska domstolens beslut som möjliggjort avläsningen är grundad på fransk lag. Som framhållits ovan är såväl fransk lag i denna del som innehållet i det franska domstolsbeslutet okänt för försvaret. Det går därför inte att ta ställning till om den åtgärd som faktiskt utfördes av de franska brottsutredande myndigheten är förenlig med fransk lag.

73. Som framhållits ovan är den åtgärd som de franska brottsutredande myndigheterna genomfört att likställa med sådana åtgärder som i svensk rätt regleras i LHDA. Vidare har tidigare framhållits att för det fall HDA genomförs avseende enheter eller uppgifter som befinner sig i Sverige av en annan stat, utan bistånd av den svenska staten, ska Sverige underrättas om åtgärden och en svensk domstol ge sitt tillstånd till den. I avsaknad av ett sådant tillstånd kan inte åtgärden under några förhållanden anses förenlig med svensk lag.

74. Således utgör den franska myndighetens avläsning och upptagning av meddelande från Encrotelefonerna en uppenbar kränkning av artikel 8 EKMR.



75. En kränkning av art 8 EKMR utgör i sig inte en grund för avvisning av bevisning, men kränkningen kan, tillsammans med övriga omständigheter, komma att anses utgöra även en kränkning av artikel 6 EKMR. Enligt den Europeiska domstolen ska i så fall den nationella rättsordningen erbjuda möjlighet till prövning om tillåtligheten av bevisning åtkommen i strid med artikel 8 (se p. 39, Case of Khan v. The United Kingdom, application no. 35394/97 (nedan "Khanmålet") och p. 79, case of P.G. and J.H. v. the United Kingdom, application no. 44787/98 (nedan "P.G-målet")), bilaga 2-3.

76. I målet Schenk v. Switzerland, application no. 10862/84, bilaga 4, uttalade den Europeiska domstolen att:

*"While Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law.*

*The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible. It has only to ascertain whether Mr. Schenks trial as a whole was fair." (p. 46).*

77. Utifrån ett rättighetsperspektiv ska således inte bevisning tillåtas om den medför att rätten till en rättvis rättegång inte kan uppfyllas. Domstolen konstaterade sedan att i föreliggande fall hade inte art. 6 EKMR kränkts, eftersom följande kriterier (de s.k. Schenk-kriterierna) var uppfyllda.

(1) Schenk hade givits möjlighet att ifrågasätta äktheten (authenticity) av ljudinspelningen (p. 47)

(2) Schenk hade givits möjlighet att förhöra Pauty, som var den som genomförde avlyssningen (p. 47)

(3) Schenk hade avstått från att kalla polisinspektör Messerli som vittne, trots att denne ledde förundersökningen och var ansvarig för insamlandet av bevis (p. 47)

(4) Det faktum att ljudinspelningen inte utgjorde det enda beviset som domen grundade sig på och att det av domskälen framgår att domen även grundade sig på andra bevis än ljudinspelningen (p. 48)

78. Vad gäller *det första kriteriet* kan, som konstaterats ovan, försvaret inte ens fastställa om den utförda HDA:n varit förenlig med fransk rätt. Ännu mindre kan det i någon detalj fastställas hur åtgärden vidtagits, hur det avlästa och

upptagna materialet har hanterats eller lagrats, inte heller vilka säkerhetsåtgärder som var på plats för att garantera en korrekt upptagning går att kontrollera. Försvaret kan inte heller kontrollera hur materialet hanterats i samband med att det överfördes till Sverige och vilka säkerhetsåtgärder som vidtogs för att säkerställa en korrekt överföring.

79. Vad gäller *det andra och tredje kriteriet* är det helt okänt för försvaret vem som läste av eller tog upp de aktuella uppgifterna, eftersom dessa åtgärder vidtogs av personal hos de franska brottsmyndigheterna och försvaret ges inte tillgång till de underliggande besluten m.m. som eventuellt skulle kunna fastställa deras identitet. Försvaret har överhuvudtaget inte någon insyn i den franska förundersökningen eller rätt till sådan insyn.
80. Vad gäller *det tredje kriteriet* så grundar sig bevisningen i föreliggande fall i allt väsentligt på de uppgifter som lästs av och tagits upp från de enskilda kommunikationsenheterna.
81. Enligt försvarets uppfattning är det uppenbart att de brister som föreligger inte går att avhjälpa under rättegången, eftersom försvaret inte kan få tillgång till det material som krävs för att kunna kontrollera och pröva den nu aktuella bevisningen.
82. Högsta domstolen har konstaterat att olovligen åtkommen bevisning inte måste leda till att den avvisas, utan istället kan effekten bli att den fränkänns värde (NJA 2007 s 1037). Det ska noteras att Högsta domstolen inte utesluter att sådan bevisning i vissa fall kan komma att avvisas.
83. Med hänvisning till att HDA är ett synnerligen ingripande och integritetskränkande hemligt tvångsmedel och det i LHDA föreskrivs i 17 § och 23 § att uppgifter som lästs av eller tagits upp utan tillstånd och/eller riktats mot förbjudna kategorier av personer är att anse som otillåten bevisning, vilket inskränker den fria bevisföringen, menar försvaret att om åtgärden även medför en kränkning av artikel 6 EKMR, så ska den avvisas även på den grunden.

#### HDA i en annan stat än Sverige

84. Som framgår av Brukaranalys 2021-02-22 görs det gällande att den Encrotelefon med IMEI-nr 358098092418328 som kopplas till användarnamnet "Quaileye" har haft uppkopplingar i Republiken Gambia. För försvaret är det okänt vilka internationella överenskommelser om rättshjälp som ingåtts mellan Frankrike och Gambia, men håller det för helt

osannolikt att Gambia tillåter franska brottsutredande myndigheter att fritt avlyssna eller läsa av och ta upp uppgifter från kommunikationsenheter som befinner sig på gambiskt territorium.

85. För svensk del kan konstateras att HAK och HDA som inte kräver bistånd av en stat som inte omfattas av LEUO kräver att åtgärden får ske enligt en bindande överenskommelse med den staten och att den andra staten lämnar sitt tillstånd till åtgärden (4 kap, 26 c § lag (2000:562) om internationell rättshjälp i brottmål (LIRB)). Således hade det inte varit möjligt att företa motsvarande åtgärd för svenska brottsmyndigheter utan stöd i en internationell överenskommelse och med tillstånd från Gambia.
86. Försvarets utgångspunkt är att Frankrike varit förpliktat att, i vart fall, söka tillstånd från Gambia för att få läsa av eller ta del av uppgifter från en kommunikationsenhet som befinner sig på gambiskt territorium. Detta förutsätter givetvis att åtgärden överhuvudtaget är möjlig med hänsyn till internationell rätt och internationella överenskommelser som rör rättshjälp mellan Frankrike och Gambia.
87. Det finns ingen grund att tro att Frankrike har sökt ett sådant tillstånd, särskilt inte mot bakgrund av att Frankrike förefaller ha underlåtit det mot Sverige och andra europeiska stater. Av det följer att Frankrike, av skäl som redovisats ovan, genom åtgärden utövat en otillåten exekutiv jurisdiktion på gambiskt territorium och därmed kränkt Gambias suveränitet. Och av skäl ovan rör det sig om en synnerligen allvarlig kränkning, eftersom åtgärden vidtagits urskillningslöst och därmed kunnat komma att rikta sig mot subjekt som skyddas mot åtgärden enligt den gambiska lagstiftningen.
88. För svensk del gäller att om HAK eller HÖK vidtagits på svenskt territorium utan tillstånd, och tillstånd inte meddelas efter underrättelse, ska den andra staten underrättas om att materialet inte får användas eller endast användas enligt vissa villkor (4 kap, 26 b §, 2 st. LIRB). Vad som gäller enligt gambisk lagstiftning är f.n. okänt.
89. Utgångspunkten måste vara att Sveriges ståndpunkt är att de svenska myndigheterna i sin verksamhet ska honorera folkrätten och gällande internationella överenskommelser. Eftersom suveränitetsprincipen är en grundläggande princip i folkrätten är det svårt att se något fall där det skulle anses godtagbart att en svensk myndighet kränker en annan stats suveränitet. För det fall en suveränitetskränkning skulle inträffa genom t.ex. HDA på den andra statens territorium, och följden enligt internationell rätt eller

internationella överenskommelser är att upptagningarna ska förstöras, finns det inte heller någon möjlighet att läka kränkningen genom att låta en annan myndighet inhämta materialet från den myndighet som utförde den suveränitetskränkande åtgärden. Tvärtom, torde en sådan åtgärd uppenbarligen stå i strid med *etablerad och godtagbar praxis* i Sverige.

90. Vad gäller de delar av Encrochattarna som avser andra användare som "Quaileye" påstås ha varit i kontakt med förefaller åklagarna inte göra gällande att de befunnit sig någon annan stans än på svensk territorium under den tid som de var föremål för HDA från de franska brottsutredande myndigheternas sida. Som framgått ovan gäller inskränkningen i den fria bevisföringens princip enligt 17 § LHDA även för *någon annan som uppgifterna avser*. I den utsträckning åklagaren gör gällande att uppgifterna kan användas som bevis mot Sebastian Jobe ska de således avvisas redan på tidigare angivna grunder.

Stockholm dag som ovan,



Thomas Olsson



Alparslan Tügel

# Fria Advokater

Till  
Göteborgs tingsrätt  
Avd 3  
404 83 Göteborg

GÖTEBORGS TINGSRÄTT  
Avdelning 3

INKOM: 2021-03-24  
MÅLNR: B 533-21  
AKTBIL: 451

Stockholm den 24 mars 2021

## Ang mål nr B 533-21, Åklagaren ./. Sebastian Jobe

Efter att ha tagit del av åklagarens yttrande, aktbil 446, får jag anföra följande.

Inledningsvis kan det ifrågasättas om åklagaren tillgodogjort sig innehållet i Sebastian Jamal Jobs inlägga från den 22 mars 2021. Frågan aktualiseras av att åklagaren lämnar en helt missvisande redogörelse för de grunder och lagrum som åberopas till stöd för avvisningsyrkandet. Så har Sebastian Jamal Jobe inte åberopat 2 kap, 6 § regeringsformen eller 3 kap, 4 § lagen om europeisk arresteringsorder (LEUO).

Faktum är att det finns vissa substantiella skillnader mellan de grunder som åberopas. Som exempel kan nämnas att Sebastian Jamal Jobe inte ansluter sig till vad medtilltalad har anfört om den rättsliga grunden för utfärdandet av en europeisk utredningsorder skulle vara 1 kap, 4 §, 6 p. LEUO och påståendet om att den skulle förutsätta en tillåtelse från svensk domstol. Sebastian Jamal Jobe anser inte heller att 3 kap, 4 § LEUO är tillämplig på hans talan.

Åklagaren förefaller ha uppfattat Sebastian Jamal Jobs talan på så sätt att det är lagligheten av inhämtningen av materialet genom en utfärdandet av en svensk europeisk utredningsorder. Det är i så fall en fundamental missuppfattning och Sebastian Jamal Jobe menar att det finns inget stöd för en sådan tolkning i det som anförts till stöd för avvisningsyrkandet.

Det Sebastian Jamal Jobe åberopar är att den åtgärd som de franska myndigheterna utfört när de läst av och tagit upp uppgifterna är att likställa med det hemliga tvångsmedlet hemlig dataavläsning och den åtgärden har varit olaglig enligt svensk

rätt på de grunder som redovisats tidigare. Sebastian Jamal Jobe har i och för sig inga synpunkter på hur uppgifterna senare inhämtats av svenska åklagare, utan menar att uppgifternas uppkomstbetingelser medför att de inte får användas i en brottmålsprocess och därför ska avvisas.

Åklagaren anför även att det enligt åklagarmyndighetens *uppfattning* inte har genomförts någon *avlyssning* (sic!) i Sverige eftersom den aktuella servern fanns utomlands. Det noteras att åklagaren inte anför något stöd för sin uppfattning. Det är märkligt, eftersom försvaret relativt ingående förklarat hur den hemliga dataavläsningen gått till i praktiken så långt som försvaret kan utröna. Det kan nämnas att redogörelsen i allt väsentligt har hämtats från en dom från brittiska High Court där ett antal personer som var inblandade i operation Emma hördes som vittnen.

Av redogörelsen framgår klart och tydligt att en programkod planterats i de enskilda kommunikationsenheterna via servern och att det är från de enskilda kommunikationsenheterna som uppgifterna lästs av och tagits upp. Uppgifterna har således inte lästs av eller tagits upp via servern, vilket dessutom vore omöjligt, eftersom uppgifterna i det skedet är krypterade.

Bifogas: dom 2020-10-26 från High Court

Stockholm dag som ovan,

Thomas Olsson

rätt på de grunder som redovisats tidigare. Sebastian Jamal Jobe har i och för sig inga synpunkter på hur uppgifterna senare inhämtats av svenska åklagare, utan menar att uppgifternas uppkomstbetingelser medför att de inte får användas i en brottmålsprocess och därför ska avvisas.

Åklagaren anför även att det enligt åklagarmyndighetens *uppfattning* inte har genomförts någon *avlyssning* (sic!) i Sverige eftersom den aktuella servern fanns utomlands. Det noteras att åklagaren inte anför något stöd för sin uppfattning. Det är märkligt, eftersom försvaret relativt ingående förklarar hur den hemliga dataavläsningen gått till i praktiken så långt som försvaret kan utröna. Det kan nämnas att redogörelsen i allt väsentligt har hämtats från en dom från brittiska High Court där ett antal personer som var inblandade i operation Emma hördes som vittnen.

Av redogörelsen framgår klart och tydligt att en programkod planterats i de enskilda kommunikationsenheterna via servern och att det är från de enskilda kommunikationsenheterna som uppgifterna lästs av och tagits upp. Uppgifterna har således inte lästs av eller tagits upp via servern, vilket dessutom vore omöjligt, eftersom uppgifterna i det skedet är krypterade.

Bifogas: dom 2020-10-26 från High Court, särskilt pp. 11-12

Stockholm dag som ovan,



Thomas Olsson



## Göteborgs tingsrätt

GÖTEBORGS TINGSRÄTT  
Avdelning 3

INKOM: 2021-03-23  
MÅLNR: B 533-21  
AKTBIL: 446

**Yttrande i mål nr B 533-21****Angående begäran om avvisning av bevisning, aktbil 365 och 377**

Jag har tagit del av advokaterna Eleonora Johanssons och Thomas Olssons respektive inlagor och kan konstatera att de i allt väsentligt överensstämmer med varandra. Detta yttrande är därför gemensamt för de båda inlagorna.

Såsom kan förstås begärs all skriftlig bevisning som härrör från EncroChat-material avvisad med hänvisning till att införskaffandet av materialet strider mot artiklarna 6 och 8 EKMR och 2 kap 6 § Regeringsformen samt då franska myndigheter inte har följt 3 kap 4 § lagen (2017:1000) om europeisk utredningsorder då man har avlyssnat svenska medborgare i Sverige utan tillstånd av svensk domstol. Det anförs vidare att bevisningen på ovan angivna grunder skulle vara utan betydelse då dess autenticitet inte kan kontrolleras. Det görs vidare gällande att Frankrikes åtgärd i fråga är att anse som en allvarlig kränkning av Sveriges suveränitet.

**Yttrande**

Begäran om avvisning av bevisning bestrids. Grunderna för bestridandet redovisas nedan.

**Grunder**

Som en utgångspunkt får rätten enligt 35 kap. 7 § rättegångsbalken avvisa bevisning endast:

1. om den omständighet som en part vill bevisa är utan betydelse i målet,
2. om beviset inte behövs,
3. om beviset uppenbart skulle bli utan verkan,
4. om bevisningen med avsevärt mindre besvär eller kostnad kan föras på annat sätt, eller
5. om beviset trots rimliga ansträngningar inte kan tas upp och avgörandet inte bör fördröjas ytterligare.

Inget av dessa skäl föreligger. EncroChat-materialet i fråga har stor betydelse för utgången i målet och behövs för prövningen av de tilltalades delaktighet i de åtalade gärningarna och det är inte uppenbart att bevisningen skulle bli utan verkan. När de gäller bevisningens autenticitet råder inga tvivel om att materialet har redovisats från Frankrike i sin helhet utan att ha påverkats på vägen. Det material som har redovisats i förundersökningen har dock redigerats för att lättare förstås och presenteras, men innehållet har inte påverkats.



Enligt svensk rätt råder som huvudregel att parterna kan åberopa all relevant bevisning, även om den inte tillkommit i föreskriven ordning eller om bevisets ursprung är oklart. I vad mån åtkomsten eller bevisets ursprung ska tillmätas någon betydelse, är ett förhållande som domstolen har att bedöma inom ramen för sin fria bevisprövning och gäller följaktligen inte frågan om beviset ska tillåtas eller ej. Bara som rent undantag – närmast då uppgifter har skaffats fram i strid med ett absolut förbud som det i Europakonventionens artikel 3 (förbudet mot tortyr och omänsklig eller förnedrande behandling) – kan det finnas anledning att överväga om beviset över huvud taget får läggas till grund för en fällande brottmålsdom.

Undantag från denna huvudregel finns reglerad i lag. Exempelvis är det stadgat att viss bevisning inte får användas i en brottsutredning till nackdel för den misstänkte (27 kap. 21 a § andra stycket rättegångsbalken och 17 § andra stycket lag (2020:62) om hemlig dataavläsning), att vissa befattningshavare inte får höras som vittnen om vad de iakttagit i tjänsten (36 kap. 5 § rättegångsbalken), att bevisning inte får läggas fram på visst sätt (36 kap. 16 § rättegångsbalken) samt att skriftliga utsagor endast under vissa omständigheter får åberopas som bevis (35 kap. 14 § rättegångsbalken).

Det omstridda materialet har överlämnats från Frankrike efter att behöriga åklagare i juli och i december 2020 har utfärdat europeiska utredningsordrar i enlighet med de krav som ställs för utfärdande av sådana. Materialet som överlämnats från Frankrike är så kallat överskottsmaterial från tvångsmedelsåtgärder i Frankrike och har således funnits nedtecknat när materialet har lämnats till den aktuella förundersökningen. Det rör sig således inte om något hemligt tvångsmedel utan om överlämnande av utredningsmaterial. Enligt entydig information från franska myndigheter och det europeiska samarbetet EUROJUST har materialet införskaffats i enlighet med fransk lagstiftning. Hur inhämtandet rent tekniskt gått till har inte avslöjats. Det svenska materialet har således inte inhämtats genom en HDA enligt svensk rätt. Undantagen i 27 kap 21 a § andra stycket rättegångsbalken och 17 § andra stycket lag (2020:62) om hemlig dataavläsning, som tar sikte på den situationen när en svensk åklagare fattar ett intermistiskt beslut om HAK (Hemlig avlyssning), HKÖ (Hemlig kameraövervakning), HRA (Hemlig rumsavlyssning) eller HDA (Hemlig dataavläsning) utan tillräckliga skäl, är därför inte tillämpliga i den aktuella situationen.

Att vi inte vet exakt vilken typ av beslut som ligger bakom eller vilken teknisk lösning som har använts innebär således inte att bevisningen ska avvisas. Inte heller den omständigheten att den franska åtgärden har påverkat svenska medborgare. Åklagarmyndighetens uppfattning är att någon avlyssning av svenska medborgare i Sverige inte har ägt rum eftersom den aktuella servern fanns utomlands.

Det centrala för tingsrättens prövning är således att det inte finns något skäl att avvisa den åberopade bevisningen vare sig med stöd av 35 kap. 7 § rättegångsbalken eller annars med hänvisning till att bevisningen tillkommit på ett sätt som strider mot EKMR. I sammanhanget kan konstateras att det inte finns skäl att misstänka att materialet har inhämtats genom tortyr och omänsklig eller förnedrande behandling (se art 3 EKMR) eller att den svenska rättegångsbalkens regler om kraven på en förundersökning och de misstänkta rättigheter inte har iakttagits.

Invändningar mot EncroChat-material har därtill bedömts i ett flertal domar, senast den 19 mars 2021 av Svea Hovrätt i mål nr B 1090-21 och den 25 januari 2021 av Hovrätten för Västra Sverige i mål nr B 5902-20.

Mot bakgrund av det ovan anförda saknas således skäl att avvisa den åberopade EncroChat-bevisningen.

Stefan Lind