



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Överby

Låsta bevis: En nyckelfråga?

En studie av krypterat material som bevismedel i brottmål

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Christoffer Wong

Termin för examen: HT2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund och presentation av ämnet	5
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 De fiktiva fallen: ett praktiskt perspektiv	6
1.3.1 Scenario A och B	7
1.3.2 Scenario C och D	7
1.4 Metod och material	8
1.5 Teoretisk utgångspunkt	10
1.6 Avgränsningar	11
1.7 Definitioner	13
1.8 Disposition	14
2 KRYPTERING: EN KORTFATTAD INTRODUKTION	16
2.1 Några grundläggande begrepp	16
2.2 Absolut säkerhet genom kryptering?	17
2.3 Kryptering och juridiken: det dubbeleggade svärdet	18
2.4 Krypterat material i brottmål	19
2.4.1 Förekomst	19
2.4.2 Brottstyper	21
2.5 Kommentar	22
3 KRYPTERAT MATERIAL SOM BEVISMEDEL	23
3.1 Den fria bevisprövningens princip	23
3.1.1 Den fria bevisföringen	23
3.1.1.1 Ett bevismedel sui generis?	25
3.1.2 Den fria bevisvärderingen	26
3.1.2.1 Särskilt om bevisverkan av passivitet	27
3.2 Bevisbörda och beviskrav i brottmål	28
3.2.1 Bevisbördan	28
3.2.2 Beviskravet	29
3.3 Kommentar	29

4	RÄTTEN ATT INTE BELASTA SIG SJÄLV KRIMINELLT	31
4.1	Rättigheten enligt EKMR	31
4.1.1	Kort om EKMR:s ställning i svensk rätt	31
4.1.2	Terminologi: en rätt till vad?	32
4.1.3	Artikel 6 (1) EKMR	35
4.1.3.1	Tilämplighet	35
4.1.3.2	Förhållande till oskyldighetspresumtionen	36
4.1.4	Framväxten av en rätt att inte belasta sig själv kriminellt	38
4.1.4.1	Rättigheten introduceras	38
4.1.4.2	Rättigheten etableras	42
4.1.4.3	En försvagad rättighet?	43
4.1.5	Rättighetens rättfärdigande: ett uttryck för skyddsprincipen?	48
4.2	Ytterligare om rättigheten enligt svensk rätt	50
4.2.1	Under förundersökning	51
4.2.2	Under rättegång	52
4.3	Kommentar	52
5	EN INTERNATIONELL UTBLICK	54
5.1	Den brittiska dekrypteringsordern	54
5.2	Utländsk praxis	55
5.3	Kommentar	59
6	ANALYS	60
6.1	Direkt tvång	60
6.1.1	Rättighetsaspekter	60
6.1.1.1	Kryptering som ett digitalt kassaskåp: en bristande analogi?	60
6.1.1.2	En inskränkning som inte inkräktar på rättighetens kärna?	62
6.1.2	Genomförandenaspekter	67
6.2	Indirekt tvång	67
6.2.1	Krypterat material som bevismedel?	68
6.2.2	En förklaringsbörda eller en omvänd bevisbörda?	69
7	DE FIKTIVA FALLEN: ÅTERKOPPLING	71
7.1	En lagstadgad dekrypteringsorder?	71
7.1.1	Scenario A och B	71
7.1.2	Scenario C och D	72
7.2	Bevisverkan av det krypterade materialet?	73
7.2.1	Scenario A och B	73
7.2.2	Scenario C och D	74
7.3	Slutkommentar	75
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	76
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	84

Summary

Being able to access evidence is crucial for the realisation of responsibility under criminal law. In today's world, a large part of what can potentially be evidence is stored digitally. In order to protect and keep digital information confidential, encryption is becoming widespread. Encryption, put simply, can be said to be the digital version of locking material in a safe, and basically means that one cannot, at least not without considerable difficulty, access the material if one does not have access to the decryption key. When a suspect has encrypted material, this means that the judiciary is faced with balancing competing interests: at the same time as access to the material that potentially contains evidence is crucial, it is considered a fundamental right under, among other instruments, article 6 of the ECHR that a suspect should not have to incriminate him- or herself and, in other words, not have to contribute in order to access said material.

This thesis examines, with the principle of realisation of criminal responsibility on the one hand and the principle of protection of the individual in that process on the other, two main questions: whether an order that a suspect should decrypt can be compatible with the privilege against self-incrimination and, if and to what extent material that remains encrypted can be given evidentiary value.

It is argued, in line with a previous study, that a decryption order given to a suspect under certain limited circumstances can be compatible with the privilege against self-incrimination as it has developed under article 6 of the ECHR. However, for this to be the case it has to be a matter of a strong public interest, only a relatively low degree of coercion can be used and there has to be strong procedural guarantees for the suspect. These procedural guarantees will mean special challenges in a legal system like the Swedish, where both the production and evaluation of evidence is free. In addition, there are also a number of practical issues as to whether such a decryption order will have any effect. In sum, a decryption order given to a suspect, though under certain conditions possible, is therefore considered to be of a relatively limited value.

Further it is argued that decrypted as well as encrypted material fits rather well into the categorization of evidence under the Swedish code of judicial procedure, and that also material that remains encrypted under certain circumstances may be given evidentiary value at trial. When this becomes relevant it is primarily the suspect's resistance to comment on the material or explain its existence that can possibly lead to adverse inference, even though some aspects relating directly to the material itself can also become relevant. However, this can only be allowed in a limited number of situations, and is highly dependent on the other circumstances of the case. For example this could be whether any of the material has been decrypted and what it shows. Even though such evidentiary value can sometimes be acceptable, this thesis argues that it seems to remain partly unclear how the encrypted material would practically affect the trial.

Sammanfattning

Åtkomst till bevismaterial är avgörande för att förverkliga det straffrättsliga ansvaret. Idag är en stor del av detta bevismaterial digitalt och i syfte att skydda och hemlighålla sådan information används i allt större utsträckning kryptering. Kryptering, som enklast möjligt kan sägas utgöra den digitala versionen av att låsa in material i ett kassaskåp, innebär att man utan den särskilda dekrypteringsnyckeln inte, åtminstone inte utan omfattande svårigheter, kommer åt det krypterade materialet. När en person misstänkt för brott använt sig av kryptering ställs rättsväsendet inför svåra avvägningar. Samtidigt som tillgång till informationen kan vara avgörande för utredningen i målet utgör det en grundläggande rättighet under bland annat artikel 6 EKMR att en misstänkt inte ska behöva belasta sig själv kriminellt och, med andra ord, inte behöva bidra till att material som kan användas mot honom eller henne kan komma åt.

Denna uppsats undersöker, med utgångspunkt i de två grundläggande straffprocessrättsliga principerna om å ena sidan förverkligande av det straffrättsliga ansvaret och å andra sidan skydd för individen, två huvudsakliga frågeställningar: dels om en order att den misstänkte ska dekryptera materialet kan vara förenlig med ovannämnda rättighet, dels om material som förblir krypterat ändå kan tillmätas bevisverkan.

I uppsatsen argumenteras, i linje med vad som konstaterats i en tidigare studie, för att en dekrypteringsorder riktad mot en misstänkt under vissa begränsade förutsättningar kan vara förenlig med rätten att inte belasta sig själv kriminellt så som den utvecklats under artikel 6 EKMR. För att så ska vara fallet måste det dock vara fråga om brottslighet där ett starkt allmänt intresse av lagföring föreligger, endast en förhållandevis låg grad av tvång kan tillåtas och denna måste dessutom förenas med starka processuella garantier för den misstänkte. Vidare konstateras att genomdrivandet av dessa processuella garantier möter särskilda utmaningar i ett rättssystem som det svenska där såväl bevisföring som bevisvärdering är fri. Utöver dessa rättighetsaspekter finns det också praktiska svårigheter på genomförandenivå att beakta. Sammanfattningsvis bedöms därför en dekrypteringsorder riktad mot en misstänkt, trots att en sådan bör vara möjlig i vissa situationer, vara av relativt begränsat värde.

Vidare konstateras att såväl krypterat som dekrypterat material passar förhållandevis väl in under den befintliga regleringen i RB, och det argumenteras för att även material som förblir krypterat i vissa fall kan komma att få bevisverkan. Vad gäller material som förblir krypterat rör det sig framförallt om den misstänktes ovilja att uttala sig om materialet som kan tillmätas oförmånlig bevisverkan, även om vissa omständigheter direkt hänförliga till det krypterade materialet också kan spela in. Sådan oförmånlig bevisverkan får endast förekomma i begränsad utsträckning och är i hög grad beroende av de andra omständigheterna i målet, så som exempelvis om viss del av materialet kunnat dekrypteras. Även om sådan oförmånlig bevisverkan kan accepteras i vissa situationer, argumenteras i denna uppsats för att det i viss mån framstår som oklart på vilket sätt det krypterade materialet i praktiken kan komma att påverka den eventuella domen mot den misstänkte.

Förord

Att skriva uppsats kan vara minst sagt prövande.

Flera personer har bidragit till att ändå göra höstens uppsatsskrivande, såväl som mina år i Lund, till en tid att minnas. Till er som delat otaliga kaffepauser, bollat juridiska, sociala och ibland triviala frågor med mig riktar jag mitt varmaste tack. En extra tanke går också till mina kollegor på kontor 217 på Juridicum för att ni, trots vissa meningsskiljaktigheter om vilken musik man bäst författar en uppsats till, fått alla dagar att bli lite ljusare, samt till er på tredje våningen St Laurentiigatan 3 för att ni alltid erbjudit mig en paus när jag som bäst behövt det.

De som korrekturläst uppsatsen och kommit med välbehövliga synpunkter förtjänar ett stort tack liksom min handledare Christoffer Wong som under arbetets gång bidragit med konstruktiv kritik och värdefulla råd.

Alla eventuella kvarvarande fel och brister vilar givetvis uteslutande på undertecknads axlar.

Lund, januari 2014

Anna

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
Ds	Departementsskrivelse
ECHR	The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
EKMR	Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
Europadomstolen	Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
HD	Högsta domstolen
KL	Konkurslag (1987:672)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
OECD	Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsform (1974:152)
RIPA	Regulation of Investigatory Powers Act 2000
SFL	Skatteförfarandelag (2011:1244)
SKL	Statens kriminaltekniska laboratorium
Skr	Skrivelse
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund och presentation av ämnet

I takt med den tekniska utvecklingen uppstår nya utmaningar för rättsväsendet. Eftersom allt större mängd information sparas digitalt blir betydelsen av sådant material som bevismedel ständigt större. Samtidigt ökar också den säkerhet och konfidentialitet som omgärdar den digitala informationen vilket innebär att konflikter mellan åtkomst till materialet och den misstänktes rättigheter kan uppstå när det aktualiseras som bevismedel i brottmål.

Ett sätt att tillgodose behovet av informationssäkerhet när det gäller digitalt material är kryptering. Kryptering utgör, mycket förenklat, ett sätt att göra digital information oläsbar för den som inte har tillgång till den särskilda dekrypteringsnyckeln. Eftersom avsikten med kryptering är just att begränsa tillgången till den krypterade informationen, begränsar krypteringen också rättsväsendets tillgång till den. I praktiken innebär detta att traditionella tvångsmedel som husrannsakan och beslag riskerar att bli verkningslösa i förhållande till dessa digitala informationsbärare.

När material som potentiellt kan utgöra bevis för allvarliga brott inte kan dekrypteras ställs rättsväsendet inför svåra avvägningar. Samtidigt som åtkomst till materialet är nödvändigt för genomdrivandet av de straffrättsliga bestämmelserna utgör det en grundläggande rättighet enligt bland annat artikel 6 (1)¹ EKMR att en misstänkt inte ska behöva belasta sig själv kriminellt², och därmed inte behöva vara behjälplig när det gäller åtkomsten till material som kan utgöra bevis mot honom eller henne. I en svensk utredning bedömdes nyligen att en skyldighet för den som är misstänkt för det aktuella brottet att dekryptera vore oförenlig med ovannämnda rättighet.³ Ändå har i flera länder, också sådana som är bundna av EKMR, utvecklats en sådan skyldighet. Frågan verkar således inte ha ett helt klart svar.

I skärningspunkten mellan teknik och juridik väcks många intressanta frågor om hur krypterat material ska hanteras när det aktualiseras som potentiellt bevismaterial i brottmål, och det är några av dessa frågor som denna uppsats ämnar behandla.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att utreda förhållandet mellan digitalt krypterat material som bevis i brottmål och den misstänktes rätt att inte belasta sig själv kriminellt. Avsikten är således att företa en rättslig analys av hur krypterat

¹ Det bör redan nu noteras att huruvida rättigheten utvecklats under artikel 6 (1) eller 6 (2) EKMR har varit föremål för viss diskussion och detta behandlas därför mer utförligt i avsnitt 4.1.3.2.

² Även begreppet *rätten att inte belasta sig själv kriminellt* är omdiskuterat och behandlas därför mer ingående i avsnitt 1.7 samt avsnitt 4.1.2.

³ Se SOU 2013:39, s. 158f. samt s. 281ff; se även Ds 2005:6, s. 328ff.

material som kan vara relevant som bevismedel ska hanteras när det aktualiseras i svenska brottmål och uppsatsen eftersträvar att besvara två huvudsakliga frågeställningar:

- Står en lagstadgad dekrypteringsorder riktad mot en misstänkt under alla omständigheter i strid med rätten att inte belasta sig själv kriminellt?
- I vilken mån kan krypterat material tillmätas bevisvärde om det inte kan dekrypteras?

Uppsatsens första frågeställning kan alltså sägas befinna sig på lagstiftningsnivå medan den andra frågeställningen befinner sig på rättstillämpningsnivå. För att besvara dessa två frågeställningar använder jag mig av följande delfrågor:

- Vad är kryptering och i vilken utsträckning förekommer det inom svensk straffrätt?
- Vilka regler i svensk bevisrätt är relevanta i förhållande till ovannämnda huvudfrågeställningar?
- Vad är omfattningen av rätten att inte belasta sig själv kriminellt så som den utvecklats under artikel 6 (1) EKMR?
- Finns det andra regler i svensk rätt som berör rätten att inte belasta sig själv kriminellt?
- Hur har frågan om åtkomst till krypterat material hanterats i länder där en dekrypteringsorder finns?

I detta avseende måste redan inledningsvis noteras att den straffrättsliga processen innehåller två separata stadier: förundersökning och rättegång. Denna uppsats syftar till att belysa hur krypterat material ska hanteras rättsligt under båda dessa stadier, alltså dels i fråga om bevisanskaffning genom en dekrypteringsorder, dels i fråga om hur material som förblir krypterat ska värderas. Även om detta anslag kan kritiseras för att vara alltför omfattande är frågan om åtkomst till materialet och den eventuella bevisverkan det kan få om det förblir krypterat så nära sammanlänkande att en distinktion inte går att göra. Som Koops uttrycker det tar den misstänkte i en situation där denne inte dekrypterar en risk eftersom de krypterade filerna ändå kan komma att få bevisverkan i viss utsträckning.⁴ Således har ansetts att det är nödvändigt att behandla dessa bägge frågor tillsammans.

1.3 De fiktiva fallen: ett praktiskt perspektiv

Denna uppsats tar avstamp i två fiktiva fall, båda med samma alternativa förlopp men rörande olika typer av brottslighet. Avsikten med dessa är att belysa den praktiska relevans som uppsatsens frågeställningar kan ha i svensk straffprocessrätt och tanken är således att, i en annars teoretisk framställning, illustrera för läsaren hur uppsatsens slutsatser kan komma till praktisk

⁴ Koops (2012) (B), s. 180.

användning. I detta avseende kan de fiktiva fallen ses som ett komplement till de ovan angivna frågeställningarna, men det bör noteras att fallen på inget sätt är avsedda att utgöra en heltäckande bild av vilka situationer som kan uppstå utan syftar till att vara exemplifierande.

Medan det är nästintill omöjligt att genom fiktiva fall spegla verkligheten kan det när det gäller krypterat material i brottmål identifieras ett typfall: en husrannsakan genomförs där någon form av digitalt lagringsmedium av intresse påträffas och beslagtogs, men detta lagringsmedium kan inte genomsökas eftersom det är krypterat.⁵ De fall som återges nedan har valts med utgångspunkt i ett sådant typfall och bygger på exempel som återkommer i praxis och doktrin.

1.3.1 Scenario A och B⁶

Scenario A: En person misstänks⁷ för flera fall av våldtäkt mot barn. I samband med utredningen genomförs en husrannsakan i syfte att säkra bevisning för de misstänkta övergreppen. En bärbar dator samt en extern hårddisk beslagtogs. På den externa hårddisken återfinns barnpornografiska bilder,⁸ och det misstänks att det kan finnas fler bilder på den bärbara datorn. Denna är dock krypterad och kan, trots upprepade försök, inte dekrypteras. Den misstänkte vägrar lämna ut lösenordet till den krypterade datorn och vägrar att överhuvudtaget uttala sig om dess innehåll.

Scenario B: Ursprungssituationen är densamma som i scenario A men man lyckas dekryptera vissa av filerna som visar sig innehålla barnpornografi.

1.3.2 Scenario C och D⁹

Scenario C: Förändras bedömningen om det misstänkta brottet som husrannsakan genomförs med anledning av istället är ett bokföringsbrott där man letar efter räkenskapsmaterial som sparats digitalt? Även i detta fall beslagtogs en bärbar dator samt en extern hårddisk där den externa hårddisken innehåller räkenskapsmaterial som utgör bevis för bokföringsbrott medan den bärbara dator som beslagtogs inte kan dekrypteras. Den misstänkte vägrar lämna ut lösenordet till den krypterade datorn och vägrar att överhuvudtaget uttala sig om dess innehåll.

⁵ Jmf Fakhoury (2012), s. 83.

⁶ Fallet är fiktivt men omständigheterna liknar dem i Uppsala tingsrätts dom 2011-10-28, målnr. B 4242-11 samt Vänersborgs tingsrätts dom 2013-04-29, målnr. B 4346-12.

⁷ Jag utgår från att personen *skäligen kan misstänkas för brottet* när husrannsakan genomförs även om det bör noteras att det finns vissa möjligheter att genomföra husrannsakan också hos annan än den som skäligen kan misstänkas, jmf 28 kap. 1 § st. 2 RB.

⁸ Det bör noteras att barnpornografiskt material kan utgöra bevis för såväl barnpornografibrott som bevis för sexuella övergrepp mot barn, jag återkommer till betydelsen av detta i min analys av de fiktiva fallen i kapitel 7.

⁹ Fallet är fiktivt men omständigheterna liknar dem i Stockholms tingsrätts deldom 2008-06-18, målnr. B 20219-07.

Scenario D: Ursprungssituationen är densamma som i scenario C men man lyckas dekryptera vissa av filerna som visar sig innehålla bevis för att bokföringsbrott har begåtts.

I dessa ovan angivna fiktiva fall, liksom i framställningen i övrigt, utgår jag från att dekrypteringsnyckeln till det aktuella materialet inte finns nedskrivnen eller sparad på någon digital informationsbärare, åtminstone inte så vitt man från polis, åklagare eller domstols sida är medveten om. Denna distinktion är viktigt eftersom den på många sätt är avgörande för uppsatsens frågeställningar: i så fall hade ju denna fysiska bärare av dekrypteringsnyckeln, tillsammans med det övriga materialet, kunnat beslagtas och därmed hade den misstänktes aktiva medverkan inte aktualiserats.¹⁰

I avsnitt 7 återkommer jag till hur dessa fiktiva fall skulle kunna hanteras i förhållande till de två ovan uppställda frågeställningarna, alltså dels i fråga om en lagstadgad dekrypteringsorder, dels i fråga om vilket bevisvärde det krypterade materialet eventuellt kan tillmätas.

1.4 Metod och material

Krypterat material som bevismedel i brottmål utgör utforskad juridisk mark, och i svensk doktrin saknas helt material som behandlar ämnet. Detta faktum utgör utan tvekan en omständighet som försvårat arbetet med denna uppsats och har gjort att vissa, i juridisk mening, okonventionella metoder med nödvändighet behövt användas.

Uppsatsen rör sig i gränslandet mellan juridik och teknik och som Koops påpekar har den klassiska rättsdogmatiska metoden begränsad räckvidd särskilt när det kommer till de utmaningar som spänningen mellan teknik och juridik innebär. Eftersom en sådan metod är endimensionell i den bemärkelse att den ser lagen som given och applicerar den, tar den inte i beaktande att teknik formas av, och på samma gång formar, såväl socialt beteende som juridiska normer. Koops menar således att om straffrätten ska kunna hantera de utmaningar som juridik och teknik i kombination innebär måste den roll som tekniken spelar i samhället tas i beaktande. Genom att tillämpa en sådan bredare metod än den strikt juridiska kan undvikas lösningar som ser bra ut i teorin men misslyckas i praktiken.¹¹

Denna uppsats tar fasta på detta som metod genom att inte bara beskriva de juridiska aspekterna av kryptering utan även försöka placera och förklara krypteringens roll i informationssamhället. I uppsatsens inledande kapitel beskrivs därför, utöver i vilken utsträckning krypterat material förekommer i svenska brottmål, hur tekniken fungerar och dess centrala och legitima roll i informationssamhället. En sådan metod faller utanför ramarna för den rent juridiska metoden men förhoppningen är att den ska medföra att jag i analysen kan undvika lösningar som endast tar de juridiska, och inte de praktiska, aspekterna i beaktande. Ytterligare en aspekt av denna bredare metod är de

¹⁰ Jmf Koops (2000), s. 436f.

¹¹ Koops (2012) (A), s. 364ff.

fiktiva fall som denna uppsats tar avstamp i vilka även dessa är avsedda att tillhandahålla ett praktiskt perspektiv och ge möjlighet att beakta såväl juridiska som tekniska frågor.

I avsnitt 2.4 redogörs för förekomsten av krypterat material i brottmål. Att det saknas officiell statistik över detta utgör i metodhänseende ett uppenbart problem. För att ändå kunna ge en övergripande bild har jag dels haft kontakt med två företrädare för rättsväsendet, dels genomfört en sökning i viss praxis. Vad gäller båda dessa redogörelser måste noteras att ingen av dem är, eller har avsett att vara, vetenskaplig men har ändå ansetts vara av värde för att ge läsaren en indikation när det gäller förekomsten av sådant material. Vad gäller kontakterna med företrädare för rättsväsendet måste understrykas att de åsikter de ger uttryck för representerar dessa företrädares subjektiva värderingar. Vad gäller den översiktliga genomgången av förekomsten av krypterat material i praxis har en sökning gjorts genom en kommersiell juridisk databas eftersom det är den enda möjligheten att göra en sökning på sökord.¹² En sådan metod är förstås ofullständig eftersom all praxis inte finns tillgänglig men kan ändå ge viss vägledning. Eftersom syftet varit att ge läsaren en översiktlig bild har dessa båda metoder, trots vissa brister, bedömts vara av värde.

Vad gäller praxis från Europadomstolen har frågan om kryptering i förhållande till rätten att inte belasta sig själv kriminellt inte varit föremål för domstolens prövning.¹³ Således har praxis angående rätten att inte belasta sig själv kriminellt i andra situationer studerats i syfte att identifiera de generella principer som ligger till grund för domstolens avgöranden. Med Lehrbergs ord kan sägas att jag eftersträvat att generalisera det individuella avgörandet i en extensiv mening. Som Lehrberg påpekar finns problem gällande hur långt man kan generalisera från ett individuellt avgörande, varför det måste observeras att viss försiktighet är påkallad när det gäller att göra sådana generaliseringar.¹⁴ Till detta kommer de särskilda problem som följer av att Europadomstolens bedömningar uttryckligen är *in casu*, men då samma principer återkommer i fall efter fall har ändå vissa generella slutsatser ansetts kunna dras ur denna praxis.

Eftersom det saknas material om åtkomst till krypterad information i förhållande till rätten att inte belasta sig själv kriminellt i såväl svensk doktrin som praxis har utländsk sådan använts. Det bör dock understrykas att jag inte tillämpat en komparativ metod. En komparativ metod innebär, som ju namnet antyder, en jämförelse och denna uppsats använder snarare utländsk rätt i exemplifierande syfte. Det kan alltså sägas att jag använt vad Sandgren benämner som en ”utländsk utblick”, vilken till skillnad från en komparation, snarare är avsedd att fungera som en ”argumentationsbank”.¹⁵ Kapitel 5 syftar således inte till att ge någon heltäckande bild av hur krypteringsfrågor lösts i andra länder utan är snarare avsedd att lyfta fram olika sätt att resonera och

¹² För mer detaljerad information om hur sökningen utformats, se fotnot 68 i avsnitt 2.4.1.

¹³ I detta avseende har fall fram till och med 31 december 2013 beaktats och sökning har skett i Europadomstolens officiella databas HUDOC på orden ”encrypted”, ”cryptography” samt ”decryption key”.

¹⁴ Jmf Lehrberg (2010), s. 156.

¹⁵ Sandgren (2007), s. 75.

argumentera i frågan vilka sedan används i uppsatsen analys. I detta avseende måste, vad gäller materialet för denna exemplifierande utblick, noteras att jag använt mig av praxis från såväl brittiska som amerikanska domstolar. Att man kan ha invändningar mot detta som metod, särskilt vad gäller den amerikanska praxisen, när EKMR utgör en central del av det regelverk som analyseras, är förståeligt. Det måste därför understrykas att denna utländska praxis inte använts för att dra slutsatser gällande var gränserna för rätten att inte belasta sig själv enligt artikel 6 (1) går, utan snarare för att identifiera olika argumentationslinjer. Eftersom den rätt att inte belasta sig själv kriminellt som utvecklats under EKMR dessutom på många sätt liknar den amerikanska rätten,¹⁶ har en sådan jämförelse ansetts värdefull. De brittiska och amerikanska rättsfall som diskuteras är de, ännu få fall, som avgjorts vad gäller kryptering och som diskuteras i doktrin. Det bör i detta avseende noteras att en dekrypteringsorder riktad mot misstänkta föreligger också enligt exempelvis fransk rätt,¹⁷ vilket skulle kunna argumenteras är av mer relevans vid en genomgång av regleringen under EKMR men på grund svårigheten att få tag i sådant material samt bristande språkkunskaper har en avgränsning mot sådant material behövt göras.

En notering måste också göras angående den litteratur som använts. Frågan om EKMR:s förenlighet med en dekrypteringsorder har behandlats av Koops som doktorerat gällande krypteringens förhållande till juridiken vid Tilburgs universitet i Nederländerna. Denna doktorsavhandling har använts men är, med hänsyn till att den gavs ut 1999, något föråldrad. År 2012 genomförde Koops en utredning för det nederländska justitiedepartementet där han återigen utvärderade införandet av en dekrypteringsorder i förhållande till Europadomstolens praxis. Denna utredning finns endast tillgänglig på holländska i fulltext men en engelsk sammanfattning tillhandhålls elektroniskt och har, trots att det finns vissa brister i att fulltexten inte kunnat användas, ansetts vara relevant vid författandet av uppsatsen.

Utöver dessa ovannämnda frågor gällande metod och material används också den klassiska rättsdogmatiska metoden till viss del. Detta gäller framförallt kapitel 3 som beskriver vissa grundläggande frågor gällande svensk bevisrätt där lagtext, doktrin och praxis studeras. Med hänsyn till att kapitlet inte i strikt mening beskriver gällande bevisrätt, utan syftar till att placera krypterat material som en del av denna, är metoden kanske snarare att, med Sandgrens ord, beskriva som rättsanalytisk än strikt dogmatisk.¹⁸

1.5 Teoretisk utgångspunkt

Denna uppsats befinner sig i skärningspunkten mellan en effektiv brottskontroll och respekt för grundläggande mänskliga rättigheter. I denna skärningspunkt finns motstridiga intressen: å ena sidan intresset av att kunna bevisa att brott begåtts, å andra sidan intresset av att skydda misstänkta individer från övergrepp.

¹⁶ Jmf Koops (2012) (B), s. 181.

¹⁷ Jmf Koops (2012) (B), s. 180f.

¹⁸ Jmf Sandgren (2005), s. 656.

Spänningen mellan dessa båda sidor av straffprocessen har av Frände uttryckts som en avvägning mellan förverkligandepincipen och skyddsprincipen. Som Frände uttrycker det kan dessa ses som uttryck för straffrättsliga principer på en abstrakt nivå och berör frågor relaterade till de övergripande målen med straffprocessen. Förverkligandepincipen innebär, i sin kärna, att de straffprocessrättsliga reglerna måste vara utformade på så sätt att den som begår ett brott straffas, och strävar alltså mot att förverkliga det straffrättsliga ansvaret. Vid genomdrivandet av denna förverkligandepincip finns begränsningar dels på rättslig nivå, dels på faktisk nivå. På den rättsliga, normativa nivån, är det framförallt de mänskliga rättigheterna som är begränsande och Frände nämner EKMR som ett exempel på ett sådant begränsande regelverk. Eftersom hänsyn måste tas till dessa normativa begränsningar kan sägas att dessa rent konkret begränsar hur straffprocessrätten kan utformas. Dessa begränsningar i form av mänskliga rättigheter uttrycks av Frände som en skyddsprincip.¹⁹

Behovet av åtkomst till krypterat material i syfte att genomdriva det straffrättsliga ansvaret kan sägas spegla förverkligandepincipen, medan den misstänktes rätt att inte belasta sig själv kriminellt är ett uttryck för skyddsprincipen. Avvägningen mellan förverkligandepincipen och skyddsprincipen utgör således den teoretiska utgångspunkten för denna uppsats. Syftet med att lyfta fram dessa principer är att sätta de diskuterade frågorna i ett större sammanhang och förhoppningsvis åstadkomma en typ av generalisering.²⁰

1.6 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar en juridisk fråga som är kopplad till den tekniska utvecklingen. För att tillgodogöra sig den juridiska analysen är det således nödvändigt att förstå vissa grundläggande tekniska begrepp gällande kryptering. Dock kan inte nog poängteras att den kortfattade genomgång av kryptering som görs kapitel 2 endast är avsedd att klargöra de grundläggande termer som är nödvändiga för att tillgodogöra sig den juridiska analysen.

Vidare måste noteras att kryptering i konfidentialitetssyfte kan ske i förhållande till såväl kommunicerad data som lagrad sådan, denna uppsats begränsar sig dock till den sistnämnda sorten. Även om kryptering av kommunicerad data också utgör ett hinder när det gäller utredandet och lagförandet av brott har i litteraturen påpekats att möjligheten för en misstänkt att i efterhand faktiskt dekryptera kommunicerad data är mindre än för lagrad sådan.²¹ Vidare har i litteraturen också påpekats att det framförallt är i förhållande till lagrad data som kryptering i syfte att dölja brott ökar.²² En begränsning till lagrad data har därför ansetts vara av störst relevans. Inte heller

¹⁹ Frände (2009), s. 30f; jmf även Nowak (2003) som använder sig av Frändes begrepp från en äldre upplaga, s. 19.

²⁰ Jmf Hellner (1985), s. 243 om syftet med teori i rättsvetenskapen.

²¹ Jmf Koops (1999), s. 169f.

²² Jmf Koops (2012) (B), s. 181.

behandlas krypterad data som är lagrad i det så kallade ”molnet” eller kryptering som är dold med följderna att man vid beslag inte ens kan se att någon krypterad information existerar.²³

När det gäller kryptering måste också noteras att kryptering och juridik har långt fler beröringspunkter än de som den här uppsatsen tar upp. Således kommer denna uppsats inte behandla de juridiska aspekterna i förhållande till digitala signaturer eller vad gäller exempelvis exportkontroller för kryptering. Inte heller diskuteras vilka möjligheter det finns att genom nya tvångsmedel, som exempelvis hemlig dataavläsning eller så kallade key escrow-system komma runt krypteringen. Även om dessa diskussioner är intressanta, och säkert kan vara effektiva för tillgång till det krypterade materialet, aktualiserar de inte den misstänktes medverkan varför de faller utanför uppsatsens fokus. I detta avseende bör också noteras att en lagstadgad dekrypteringsorder för andra än misstänkta föreligger enligt flera rättsordningar och är på förslag också i svensk rätt.²⁴ Eftersom en dekrypteringsorder riktad mot tredje man inte aktualiserar rätten att inte belasta sig själv kriminellt, behandlas detta dock endast ytterst kortfattat i avsnitt 4.2.1.

Vad gäller tillämpningen av grundläggande rättigheter i förhållande till kryptering i konfidentialitetssyfte kan snabbt konstateras att fler rättigheter än artikel 6 EKMR aktualiseras. Många relevanta frågor uppstår också i förhållande till artikel 8 i konventionen, inte minst i fråga om överskottsinformation. Vidare finns relevanta aspekter att diskutera också i förhållande till artikel 3 i konventionen när det gäller otillåtet åtkommet bevisning, samt vad gäller den negativa aspekten av yttrandefrihet kopplad till artikel 10.²⁵ Även om alla dessa frågor är intressanta och förtjänar att diskuteras måste de på grund av utrymmesskäl lämnas utanför denna framställning.

Vidare måste vissa avgränsningar göras också direkt i förhållande till artikel 6 EKMR. Detta gäller rätten till juridiskt ombud som kommer till uttryck i artikel 6 (3) (c) och utgör en relevant aspekt för uppsatsens frågeställning. På grund av uppsatsens begränsade omfång kommer dock rätten till ombud inte att behandlas självständigt utan endast i den mån den berörs direkt i förhållande till rätten att inte belasta sig själv kriminellt. I förhållande till rätten att inte belasta sig själv kriminellt diskuteras ibland också huruvida det finns en rätt för en misstänkt att vägra uppge sin identitet, men eftersom detta inte har direkt bäring i förhållande till krypterat material diskuteras inte denna aspekt av rättigheten.²⁶ Vad gäller artikel 6 måste det också noteras att det är omdiskuterat huruvida rätten att inte belasta sig själv kriminellt kan tillämpas

²³ Se exempelvis Colarusso (2011), s. 69ff. respektive Koops (2012) (B), s. 181.

²⁴ Se SOU 2013:39, s. 278ff., där det med anledning av Sveriges tillträde till konventionen om it-relaterad brottslighet föreslås en möjlighet till föreläggande att lämna upplysningar i syfte att underlätta husrannsakan i it-miljö vilket kan inkludera dekrypteringsnycklar. Förslaget bedöms vara av värde när det riktas mot exempelvis systemadministratörer.

²⁵ Se exempelvis Kommissionens beslut i *K mot Österrike* (1992), punkt 42–52 som berörde rätten att inte belasta sig själv kriminellt i förhållande till artikel 10.

²⁶ För vidare läsning, se exempelvis Berger (2006) s. 367ff.; Treschel (2005), s. 354f.

också i förhållande till juridiska personer och att något klart svar inte finns.²⁷ Med hänsyn till de för denna uppsats uppställda fiktiva fallen, samt av utrymmesskäl, begränsar sig framställningen till fysiska personer.

Ytterligare en avgränsning som bör noteras är att rätten att inte belasta sig själv kriminellt har kopplingar också till provokativa åtgärder som kan vidtas i bevishänseende eftersom sådana åtgärder innebär att den misstänkte belastar sig själv kriminellt. Detta arbete utreder dock inte specifikt provokativa åtgärder utan direkta åtgärder i form av en order att dekryptera, varför detta lämnas utanför uppsatsens framställning. I förhållande till tillåtet bevismaterial i svensk rätt görs dock en jämförelse med material åtkommet genom provokativa åtgärder.

Rätten att inte belasta sig själv kriminellt återfinns i en rad internationella konventioner. I denna uppsats görs analysen dock endast utifrån den rätt som utvecklats under EKMR samt övriga regler enligt svensk rätt som kan ses som ett uttryck för rättigheten. Anledning till detta är att EKMR, till skillnad från övriga relevanta internationella instrument, utgör svensk lag och därmed direkt påverkar den svenska rättsordningen. Visserligen har också under EU-domstolens praxis utvecklats en sådan rättighet men eftersom denna i princip uteslutande rör konkurrensrättsliga förfaranden bortser jag i denna framställning från detta. Det kan dock kort noteras att det är möjligt att denna aspekt av rättigheten kommer få större inflytande i och med att EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna numera är juridiskt bindande.²⁸ Till sist bör poängteras att jag bortser från vissa materiella straffrättsliga bestämmelser som kan aktualisera innehavsfrågor beroende på om innehavaren av informationsbäraren känner till dekrypteringsnyckeln eller inte.²⁹

1.7 Definitioner

Rätten att inte belasta sig själv kriminellt utgör en central del av denna uppsats. Redan nu måste understrykas att terminologin kring denna rättighet är omdiskuterad, och det föreligger inte konsensus gällande dess korrekta benämning. Begreppet *rätten att inte belasta sig själv kriminellt* används i denna uppsats som en övergripande term för den misstänktes rätt att inte på något sätt behöva bidra till utredningen i målet samt för att den misstänktes vägran att göra så inte obegränsat kan komma att få oförmånlig bevisverkan. Eftersom definitionen av rättigheten är av stor vikt för uppsatsen diskuteras de terminologiska frågorna mer ingående i avsnitt 4.1.2 där rättigheten introduceras.

²⁷ För vidare läsning om tillämpligheten i förhållande till juridiska personer, se exempelvis Knuts (2013) samt norska Høyesteretts kjennelse 01.06.2011,HR-2011 01118-A, (sak nr 2011/456) som diskuterar tillämpligheten vad gäller rätten att inte belasta sig själv kriminellt under EKMR i förhållande till juridiska personer.

²⁸ Det kan noteras att särskilt artikel 47 och 53 i stadgan kan komma att bli relevanta utifrån detta arbetes frågeställning.

²⁹ Sådana frågor kan aktualiseras exempelvis vad gäller barnpornografibrott när det är fråga om krypterat material, se vidare om detta Wong (1998/99), s. 604.

Vidare måste ett förtydligande göras angående begreppen misstänkt och tilltalad. I svensk straffprocessrätt skiljer man mellan personer som är *misstänkta* för ett brott och *tilltalade*, där den senare termen avser tidpunkten efter att åtal väckts. Eftersom denna uppsats behandlar krypterat material både vad gäller bevisanskaffning och bevisvärdering aktualiseras egentligen båda begrepp. Terminologin kompliceras ytterligare av att Europadomstolen i sin praxis använder det autonoma begreppet *accused* vilket kan avse en person som enligt svensk rätt är att anses som såväl misstänkt som tilltalad. För att förenkla och förtydliga framställningen används begreppet *misstänkt* som ett övergripande begrepp för såväl misstänkta som tilltalade. Denna terminologi kan kritiseras eftersom den inte helt korrekt återspeglar straffprocessens olika stadier, men kommer förhoppningsvis att underlätta för läsaren.³⁰

Ett förtydligande är nödvändigt också när det gäller termen *dekrypteringsorder*. Inneboende i detta begrepp är frågan om den misstänkte ska åläggas att dekryptera eller åläggas att lämna ut dekrypteringsnyckeln. De två alternativen aktualiserar delvis olika frågor eftersom en begäran att lämna ut nyckeln potentiellt innebär åtkomst till mer material än endast det som är relevant för det aktuella brottet och därmed aktualiserar integritetsfrågor, medan en begäran att dekryptera innebär praktiska frågor för att försäkra materialets autenticitet. Eftersom dessa skillnader egentligen inte är av så stor betydelse för denna uppsats frågeställning används uttrycket *dekrypteringsorder* därför som synonym för bägge alternativ.³¹

Till sist bör noteras att det i denna uppsats diskuteras praxis från både Europadomstolen och nationella domstolar. Av framställningsmässiga skäl används begreppen *Europadomstolen* och *domstolen* omväxlande för att beteckna den förstnämnda. I den mån inhemska domstolar åsyftas påpekas detta.

1.8 Disposition

Uppsatsen är, förutom detta inledande kapitel, indelad i sex huvudsakliga delar:

I uppsatsens första del, det andra kapitlet, beskrivs, helt översiktligt, hur kryptering fungerar, dess roll i informationssamhället och varför det är relevant i förhållande till straffprocessrätten. Vidare redogörs i kapitlet för hur vanligt förekommande kryptering är i brottmål samt i förhållande till vilka typer av brott.

I det tredje kapitlet beskrivs de svenska reglerna om bevis i brottmål med särskilt fokus på digital bevisning. Kapitlet ämnar att redogöra för de grundläggande regler som är av relevans i förhållande till uppsatsens frågeställningar samt att placera krypterat material som ett bevismedel i den svenska bevisrätten.

³⁰ En sådan terminologi återfinns också i doktrin som behandlar rätten att inte belasta sig själv kriminellt, se exempelvis Øyen (2010), s. 25.

³¹ För en längre diskussion angående skillnaderna mellan att begära dekryptering och begära utlämning av dekrypteringsnyckeln, se Koops (1999), s. 168f.

I det fjärde kapitlet beskrivs rätten att inte belasta sig själv kriminellt, först som den utvecklats genom Europadomstolens praxis under artikel 6 (1) EKMR och därefter övriga regler i svensk rätt som är kopplade till rättigheten. I förhållande till den redogörelse som görs under EKMR presenteras också vissa argument i doktrin för hur krypterat material kan förhålla sig den praxis som går igenom.

I det femte kapitlet görs en exemplifierande utblick angående åtkomst till dekrypteringsnycklar och hur detta hanterats i utländsk praxis. Kapitlet går dels igenom den brittiska lagstadgade dekrypteringsordern, dels diskuteras brittisk och amerikansk praxis angående åtkomst till dekrypteringsnycklar.

I det sjätte kapitlet analyseras Europadomstolens praxis samt de övriga svenska reglerna som berör rätten att inte belasta sig själv kriminellt i förhållande till krypterat material. Kapitlet utvärderar vad denna praxis innebär dels för införande av en lagstadgad dekrypteringsorder, dels vad gäller eventuell bevisverkan av krypterat material.

I det sjunde och avslutande kapitlet återknyts till de i inledningen beskrivna fiktiva fallen och hur de slutsatser som dragits i analysen kan komma att tillämpas i en konkret situation.

Varje kapitel avslutas med en kort kommentar där de mest väsentliga slutsatserna i varje kapitel sammanfattas.

2 Kryptering: en kortfattad introduktion

Enligt Svenska Akademiens ordbok betyder ordet *kryptera* att ”överföra till el. avfatta på hemligt språk”³². Ordet härrör från det grekiska ”kryptós logos” som betyder ”gömt ord”.³³ Enkelt uttryckt kan kryptering sägas vara ett sätt att förvränga uppgifter så att de inte kan tolkas av den som inte har tillgång till den särskilda dekrypteringsnyckeln.

Kryptering associeras ofta med modern teknik men faktum är att metoden att dölja meddelanden kan dateras så långt tillbaka som till 2000 år före vår tideräkning då alternativa varianter av hieroglyfer användes för att skydda meddelanden.³⁴ Kryptering i sin moderna form baseras istället på algoritmer som konverterar klartext till krypterad text och krypterad text till klartext och därmed förhindrar obehörig åtkomst till digital information. Den annars läsbara informationen förvandlas till siffror, symboler eller slumpmässiga bokstäver.³⁵

2.1 Några grundläggande begrepp

Kryptering är ett sätt att tillgodose informationssäkerhet vilket innefattar en rad olika användningsområden. När kryptering syftar till att skapa konfidentialitet, vilket är fokus för denna uppsats, kan tekniken användas på två huvudsakliga sätt: dels för att skydda data som kommuniceras, alltså data under transport, dels för att skydda lagrad data.³⁶ Av de skäl som berörs i avsnitt 1.6 behandlar denna uppsats dock endast det förstnämnda.

Ett krypteringssystem är ett system avsett att dölja ett visst innehåll på så sätt att det inte kan tolkas av personer som inte är behöriga. Den information som man genom krypteringssystemet försöker dölja kallas vanligen för *klartext* medan den krypterade informationen benämns *kryptotext*, *kryptogram* eller *chiffertext*.³⁷ Det kan röra sig om såväl bilder, filmer och ljudklipp som textdokument.³⁸

När det specifikt gäller kryptering av lagrad information bör noteras att det dels är möjligt att kryptera enstaka filer eller mappar på en hårddisk, dels att ett digitalt lagringsmedium kan krypteras i sin helhet, och att det i båda fall kan röra sig om externa enheter, så som exempelvis ett USB-minne. När enstaka filer krypteras lämnas data utanför dessa orörd och kan fritt åtkommas. Fulldiskkryptering däremot krypterar all information på en hårddisk och skyddar därmed data oavsett dess lokalisering.³⁹ Fulldiskkryptering är särskilt

³² SAOL (2006) s. 482.

³³ Price (1999), s. 96.

³⁴ Paar & Pelzl (2010), s. 2.

³⁵ Fakhoury (2012), s. 81.

³⁶ Jmf Frank (2011), s. 17; Verheul m.fl. (1997), s. 4.

³⁷ Frank (2011), s. 17.

³⁸ Mason (2012), s. 193.

³⁹ Andersson m.fl. (2012) s. 34.

problematiskt ur ett brottsbekämpande perspektiv eftersom det då helt saknas möjligheter att, till skillnad från när enstaka filer är krypterade, se om övrig digital bevisning eventuellt kan finnas.⁴⁰ Betydelsen av detta i förhållande till de fiktiva fallen återkommer jag till i kapitel 7.

2.2 Absolut säkerhet genom kryptering?

Som Price påpekar är det en nästintill omöjlig uppgift att utvärdera styrkan i ett krypteringssystem och eftersom det rör sig om ett ämne som är beroende av teoretisk matematisk forskning går det inte att med ord beskriva exakt.⁴¹ Denna uppsats syftar inte heller till att göra det men måste ändå helt kort konstatera styrkan hos den moderna krypteringstekniken eftersom det är just denna som skapar de frågeställningar denna uppsats ämnar behandla.

Det kan konstateras att dagens krypteringsteknik kan erbjuda ett mycket starkt skydd. Den allmänna bilden av att krypterat material, förutsatt att tillräckligt mycket tid och resurser läggs ned, kan dekrypteras är numera en sanning med modifikation. I detta ligger en motsägelse i den tekniska utvecklingen: medan datorer möjliggör lösningar konstruerar de också allt svårare problem. Detta innebär att dagens krypteringssystem kan utlova vad som kan beskrivas som absolut säkerhet för den krypterade informationen.⁴² På åtskilliga ställen i litteraturen konstateras således att dagens kryptering, förutsatt att den utformats på rätt sätt, i princip inte går att knäcka inom en rimlig tidsram.⁴³ Detta eftersom det hos ett tillräckligt starkt krypteringssystem är i princip lönlöst att attackera algoritmen och det som återstår är då att rikta in försöken mot nyckeln.⁴⁴ En dekrypteringsnyckel består i praktiken av ett långt tal men ett vanligt system är att man istället använder sig av ett lösenord vilket i sin tur aktiverar dekrypteringsnyckeln.⁴⁵ Försök som riktar in sig mot nyckeln prövar då varje tänkbar nyckel tills man funnit den rätta, vad som på svenska brukar kallas för en uttömmande nyckelsökning.⁴⁶ Enligt beräkningar skulle sådana nyckelsökningar, trots att den mest avancerade tekniken användes, ta decennier, eller enligt vissa beräkningar, årtusenden.⁴⁷ I praktiken innebär detta att utlämnande av dekrypteringsnyckeln från den misstänkte kan vara det enda alternativet för att komma åt materialet.

⁴⁰ Casey m.fl. (2011), s. 129.

⁴¹ Price (1999), s. 101f.

⁴² Jmf McGregor (2010), s. 596ff.

⁴³ Se exempelvis McGregor (2010), s. 598f; Chatterjee (2012), s. 410; Šepec (2013), s. 147.

⁴⁴ Jmf Andersson m.fl. (2012), s. 34.

⁴⁵ Palfreyman (2009), s. 350; Chatterjee (2011), s. 269. Termerna dekrypteringsnyckel och lösenord är alltså två skilda begrepp men jag använder mig här av termen dekrypteringsnyckel som en term som kan avse bådadera eftersom distinktionen inte är avgörande för denna framställning. Vidare kan dekrypteringsnyckeln också finnas sparad på ett annat digitalt lagringsmedium men som angivits i det inledande kapitlet utgår denna uppsats från att något sådan inte hittats.

⁴⁶ Price (1999), s. 102; Frank (2011), s. 21.

⁴⁷ Paar & Pelzl (2010), s. 12; Schneier (1996) i Price (1999), s. 102f.

2.3 Kryptering och juridiken: det dubbeleggade svärdet

I början av 1990-talet började krypteringsteknikens förhållande till juridiken och rättsväsendet att diskuteras, på såväl nationell som internationell nivå. Förutom den diskussion gällande användandet av kryptering för säker e-handel och digitala signaturer som inte är fokus för denna uppsats,⁴⁸ diskuterades frågan också i förhållande till bekämpandet och beivrandet av brott.⁴⁹ På internationell nivå kan OECD:s riktlinjer för politik för kryptografi som antogs 1997 nämnas.⁵⁰ Riktlinjerna tar bland annat upp dilemmat angående de brottsbekämpande myndigheternas tillgång till krypterat material. I litteraturen har dock ifrågasatts huruvida dessa verkligen tillhandhåller några riktlinjer av egentligt värde.⁵¹

Krypteringens förhållande till juridiken är komplext. Detta bottnar i att kryptering är ett av de bästa sätten att tillgodose behovet av informationssäkerhet och därför används i en rad legitima aktiviteter: när vi handlar online eller tar ut pengar i en bankomat, för att bara nämna två exempel, är det krypteringsteknik som används för att försäkra konfidentialitet.⁵² Ytterligare ett av krypteringens positiva användningsområden är i syfte att förebygga brott i digital miljö, exempelvis dataintrång.⁵³

Det är därför viktigt att notera, trots denna uppsats fokus, att kryptering alltså inte på något sätt behöver vara kopplat till kriminella aktiviteter. En illustrerande beskrivning av krypteringens komplexa förhållande till juridiken är den om kryptering som ett ”dubbeleggat svärd”: samtidigt som krypteringen skyddar mot brott genom att tillgodose behovet av informationssäkerhet kan tekniken också användas för att dölja brottslig aktivitet.⁵⁴ I skärningspunkten mellan dessa båda sidor uppstår vad Koops refererar till som ”the crypto controversy” som handlar om att försöka balansera intresset av informationssäkerhet å ena sidan och de brottsbekämpande myndigheternas åtkomst till densamma å andra sidan.⁵⁵ Denna balansgång har på ett träffande sätt uttryckts av Price som menar att:

”[c]ontemporary cryptography is not a panacea, it is a paradox, for it both solves and creates problems of an intrinsically difficult nature simultaneously. The underlying theme of present difficulties is the revolutionary concept of widespread public access to and adoption of powerful encryption for the first time in history.”⁵⁶

⁴⁸ Se exempelvis Ds 1998:14.

⁴⁹ Se exempelvis regeringens skr. 1998/99:116, s. 8.

⁵⁰ Tillgängliga på:

<http://www.oecd.org/internet/ieconomy/guidelinesforcryptographypolicy.htm> (hämtad 2013-20-26).

⁵¹ Koops (1999), s. 262.

⁵² Price (1999), s. 96f; Koops (2000), s. 432.

⁵³ Jmf Koops (1999), s. 262.

⁵⁴ Palfreyman (2009), s. 345f., fotnot 6.

⁵⁵ Koops (1999), s. 1f.

⁵⁶ Price (1999), s. 106.

Således är det viktigt att notera att kryptering spelar en central och viktig roll i dagens informationssamhälle. Detta måste hållas i minnet vid utvärderandet av vilka inskränkningar mot kryptering som kan vidtas i brottsbekämpande syfte, något jag återkommer till i min analys i kapitel 6.

2.4 Krypterat material i brottmål

Denna uppsats behandlar hur digitalt material som är krypterat kan användas som bevis i brottmål. Eftersom det faktum att informationen är krypterad innebär att klartexten, oavsett om det rör sig om text, bilder eller filmer, inte kan åtkommas medför detta att information, som annars lagligen kan beredas tillgång till genom tvångsmedel som husrannsakan och beslag, förhindras. Då denna uppsats syftar till att analysera situationen när den krypterade informationen redan finns hos rättsväsendet beskrivs inte hur beredandet av tillgång till den digitalt lagrade informationen går till, men helt kort kan noteras att svensk processrätt idag inte innehåller någon särskild reglering när det gäller åtkomst till digitalt lagrad information, utan istället tillämpas den traditionella tvångsmedelsregleringen.⁵⁷ Data är immateriellt och kan dock inte beslagtas i sig, utan istället är det de föremål som är bärare av data som blir föremål för åtgärder.⁵⁸ Det har uttalats att det är otillfredsställande att åtkomsten till digitalt lagrat material sker utan direkt lagstöd,⁵⁹ dock ser det i nuläget ut som att reglerna även i fortsättningen kommer att tillämpas på sådant material.⁶⁰

För att klargöra lagrat krypterat materials betydelse i förhållande till den svenska straffprocessrätten beskrivs nedan först förekomsten av sådant material och sedan vilka typer av brott det vanligen förekommer i.

2.4.1 Förekomst

Krypterat material utgör en form av digitala bevis.⁶¹ Det har konstaterats att sådana blir allt vanligare i svensk rätt och att digitalt material idag finns med i princip alla typer av mål.⁶² Dock saknas, såväl när det gäller förekomsten av digitala bevis generellt som när det specifikt gäller krypterade sådana, officiell statistik.

Trots avsaknaden av regelrätt statistik finns vissa indikationer på att krypterat material på senare år kommit att utgöra ett problem i det brottsutredande och lagförande arbetet. Av en utredning från Åklagarmyndigheten och Rikspolisstyrelsen framgår att möjligheten att utreda och lagföra brott har

⁵⁷ Jmf, SOU 2013:39; s. 149ff; Lindberg (2012), s. 583f.

⁵⁸ Kronqvist (2013), s. 49. Ibland genomförs så kallad ”spegling” där det digitala materialet istället kopieras. Eftersom denna distinktion inte är avgörande för uppsatsens frågeställningar bortses här från detta, se vidare Kronqvist (2013) s. 107ff samt 116ff.

⁵⁹ Hallbäck (2009) s. 33.

⁶⁰ Jmf SOU 2013:39, s.145ff.

⁶¹ Se vidare om krypterat material i förhållande till bevismedel i svensk rätt under avsnitt 3.1.1.1.

⁶² Brandberg (2007), s. 12ff.

försvårats av den tekniska utvecklingen och då exempelvis av kryptering.⁶³ Att de brottsbekämpande myndigheterna i ökad utsträckning stöter på krypterat material framgår också av att SKL, som är den nationella forensiska expertmyndigheten, har avsatt kryptering som ett av sina fokusområden för året 2013.⁶⁴ Vid kontakt med Johan Hultman, gruppchef på dokument- och informationsteknikenheten i Datagruppen vid SKL, poängteras att ingen officiell statistik finns när det gäller i vilken utsträckning material som inte kan dekrypteras påträffas i brottmål, men att det förekommer att de vid SKL i sitt arbete stöter på sådant material. Trots avsaknaden av officiell statistik menar Hultman att han upplever det som ett ökande problem i myndighetens arbete och att han tror att detta förmodligen kommer att fortsätta att öka i och med den stora tillgängligheten till krypteringsteknik. Hultman påpekar att om man krypterat på rätt sätt, vilket de som vill dölja information är mycket väl medvetna om hur man gör, är krypteringen omöjlig att knäcka oavsett hur mycket tid och resurser som läggs ned. Vidare berättar han att man vanligtvis i förhör brukar fråga om den misstänkte kan tänka sig att lämna ut dekrypteringsnyckeln men det är mycket ovanligt att den misstänkte går med på detta.⁶⁵

Även vid kontakt med kammaråklagare Ingmarie Olsson vid Åklagarmyndighetens utvecklingscentrum understryks att det inte finns någon officiell statistik över hur vanligt förekommande krypterat material är, men att det däremot är väl känt att det förekommer datorer eller liknande informationsbärare som är krypterade. Dock understryker Olsson att detta inte alltid innebär att informationen inte kan komma åt, samt att det genom annan bevisning kan vara möjligt att väcka åtal ändå.⁶⁶

Vad gäller förekomsten av krypterat material i brottmål kan en indikation också ges genom en översiktlig genomgång av förekomsten i praxis. Det är tyvärr inte möjligt att genomföra sökningar på sökord i samtlig svensk brottmålspraxis men via databaser tillhandahålls sådana möjligheter i viss utsträckning. Som påpekats i avsnitt 1.4 ger en sådan sökning på inget sätt en heltäckande bild, men eftersom det ändå ger en indikation av hur vanligt förekommande krypterat material är, kan det vara av relevans. Vid en sökning på InfoTorg Juridik⁶⁷ med avgränsning till brottmål nämns krypterat material i 98 fall.⁶⁸ I åtminstone åtta av dessa fall uppges uttryckligen att polisen, helt eller delvis, inte kunnat komma åt det lagrade material på grund av kryptering.⁶⁹

⁶³ Åklagarmyndigheten och Rikspolisstyrelsens utredning (2013), s. 43.

⁶⁴ SKL:s årsberättelse (2012), s. 23.

⁶⁵ Telefonsamtal med Johan Hultman, gruppchef på dokument- och informationsteknikenheten, Datagruppen, SKL, 2013-11-15.

⁶⁶ E-postkorrespondens med Ingmarie Olsson, kammaråklagare, specialist vid Åklagarmyndighetens utvecklingscentrum i Stockholm, 2013-11-19 samt 2013-11-25.

⁶⁷ www.infotorgjuridik.se.

⁶⁸ Sökning på InfoTorg Juridik den 6 november 2013. Sökning har gjorts med så kallad trunkering på termen krypte* vilket infattar orden "krypterad", "krypterade", "krypterat", "krypterats", "kryptering", "kryptera". Noteras bör att denna sökning alltså omfattar såväl kommunicerad som lagrad data.

⁶⁹ Uppsala tingsrätts dom 2013-02-26, målnr. B 7066-11; Stockholms tingsrätt dom 2013-08-02, målnr. B 1821-13; Stockholms tingsrätts deldom 2008-06-18, målnr. B 20219-07; Uppsala tingsrätts dom 2011-10-28, målnr. B 4242-11; Vänersborgs tingsrätt dom 2013-04-29, målnr. B

Ytterligare en viktig faktor vid bedömningen av hur vanligt förekommande det är att kryptering används i syfte att dölja brottslighet är den ökade tillgängligheten till krypteringsteknik. Idag innehåller de stora operativsystemen inbyggda verktyg som möjliggör kryptering.⁷⁰ Utöver detta finns tillgång till mycket effektiva krypteringsprogram på Internet, exempelvis kan nämnas programmen TrueCrypt och Pretty Good Privacy vilka gjort krypteringstekniken mer tillgänglig än någonsin.⁷¹ Särskilt TrueCrypt har dessutom visat sig erbjuda mycket säker kryptering.⁷²

2.4.2 Brotts typer

Som ovan nämnts saknas officiell statistik över hur vanligt förekommande krypterat material är i brottmål i Sverige och därmed också statistik över i vilken typ av brott det förekommer. Vid den ovannämnda kontakten med SKL uppgavs att barnpornografibrott samt olika typer av organiserad brottslighet är områden där man särskilt ofta stöter på krypterat material.⁷³

Den översiktliga genomgång av praxis som nämnts ovan under avsnitt 2.4.1 visar att de rättsfall där krypterat material förekommer rör vitt skilda brott så som exempelvis grov oredlighet mot borgenärer⁷⁴, dopingbrott⁷⁵ och grovt dopingbrott⁷⁶, barnpornografibrott⁷⁷, utnyttjande av barn för sexuell posering⁷⁸, narkotikabrott⁷⁹ samt grovt narkotikabrott⁸⁰. Även om detta, med hänvisning till vad som anförts under avsnitt 2.4.1, inte kan ses som någon heltäckande undersökning utgör det väl en indikation på den stora spridningen av brott där krypterat material förekommer.

I doktrin understryks att kryptering för närvarande främst används av nätverk som innehar barnpornografi, och att barnpornografibrott idag begås nästan enbart i digital form.⁸¹ Just barnpornografinätverk pekas i litteraturen också ut som en grupp som snabbt anpassar sig till ny teknik i syfte att kunna dölja potentiella bevis.⁸² Även av Åklagarmyndigheten och Rikspolisstyrelsen pekas barnpornografibrott ut som ett område där kryptering försvårar utredande och

4346-12; Umeå tingsrätts dom 2006-05-12, mål nr. B 2039-05; Sundsvalls tingsrätt dom 2002-02-25, mål nr. B 2277-08; Linköpings tingsrätts dom 2013-01-02, mål nr. B 3707-12; Svea Hovrätts dom 2012-06-29 mål nr. 3763-12.

⁷⁰ Apples operativsystem OS X erbjuder inbyggd krypteringsteknik i form av ett så kallat "file vault" och Microsoft Windows operativsystem inkluderar den så kallade "Bitlocker Drive" för kryptering; se exempelvis Fakhoury (2012), s. 81.

⁷¹ Jmf Castle (2013), s. 92; Stern (2009), s. 95; SC Magazine (2007), s. 61.

⁷² Jmf Balogun & Zhu (2013), s. 38f.

⁷³ Telefonsamtal med Johan Hultman, gruppchef på dokument- och informationsteknikenheten, Datagruppen, SKL, 2013-11-15.

⁷⁴ Varbergs tingsrätts dom 2013-02-04, mål nr. B 678-12.

⁷⁵ Linköpings tingsrätts dom 2013-01-03, mål nr. B 3707-12.

⁷⁶ Sundsvalls tingsrätts dom 2002-02-25, mål nr. B 2277-08.

⁷⁷ Vänersborgs tingsrätts dom 2013-04-29, mål nr. B 4346-12; Uppsala tingsrätts dom 2011-10-28, mål nr B 4242-11.

⁷⁸ Mora tingsrätts dom 2013-04-15, mål nr. B 55-13.

⁷⁹ Svea Hovrätts dom 2012-06-29, mål nr. B 3763-12.

⁸⁰ Uppsala tingsrätts dom 2013-04-10, mål nr. B 6505-12.

⁸¹ Koops (2012) (B), s. 181; Kronqvist (2013) s. 22; jmf även Chatterjee (2012), s. 412 och Gillespie (2011), s. 325f.

⁸² Koops (2012) (B), s. 181.

lagföring.⁸³ I detta avseende kan det också vara värt att notera att just sexualförbrytares användande av modern teknik för att begå och dölja brottslighet har varit föremål för omfattande forskning.⁸⁴

2.5 Kommentar

Kryptering utgör ett av de främsta sätten att tillgodose informationssäkerhet och erbjuder idag ett så starkt skydd att man, förutsatt att rätt teknik används, kan tala om en nästintill ”absolut säkerhet”. I förhållande till straffprocessrätten är kryptering relevant eftersom det förhindrar åtkomst till de digitala informationsbärare som rättsväsendet annars kan beredas tillgång till genom de traditionella tvångsmedlen som husrannsakan och beslag. Kryptering utgör dock inte enbart ett problem sett ur rättsväsendets perspektiv eftersom det också genom att försäkra konfidentialitet skyddar många legala aktiviteter och utgör en förutsättning för dagens informationssamhälle. På så sätt kan man tala om krypteringens förhållande till juridiken som ett ”dubbeleggat svärd”.

I vilken utsträckning lagrat krypterat material utgör ett problem inom svensk straffprocessrätt idag finns inte något klart svar på. Indikationer på flera håll, såväl från företrädare för rättsväsendet, i litteraturen och i praxis, ger dock uttryck för att kryptering idag börjat utgöra ett problem när det gäller att säkra åtkomst till bevis. Med tanke på den stora tillgången, i många fall i form av inbyggda eller nedladdningsbara program, till sådan teknik kommer det förmodligen inte att minska. Avsaknaden av statistik till trots kan det konstateras att det verkar som att det är särskilt i förhållande till barnpornografibrott och, till viss del möjligen också i förhållande till organiserad brottslighet, som krypterat material förekommer.

⁸³ Åklagarmyndigheten och Rikspolisstyrelsens utredning (2013), s. 43.

⁸⁴ Se Eneman (2010).

3 Krypterat material som bevismedel

Denna uppsats behandlar krypterat material som bevismedel i svenska brottmål. Regler om bevis i svensk rätt återfinns i 35–41 kap. RB. Dessa är tillämpliga på såväl brottmål som tvistemål men diskuteras i detta kapitel med brottmål som utgångspunkt.

Nedan redogörs först under den fria bevisprövningens princip kortfattat för två aspekter med särskild relevans i förhållande till krypterat material: under den fria bevisföringen diskuteras hur krypterat material passar in under RB:s reglering av bevismedel, och under den fria bevisvärderingen diskuteras bestämmelsen i 35 kap. 4 § RB om verkan av parts passivitet. Därefter görs en kortfattad genomgång av bevisbördas respektive beviskrav i brottmål.

3.1 Den fria bevisprövningens princip

I 35 kap. 1 § 1 st. RB stadgas den fria bevisprövningens princip. Denna inrymmer, trots att det inte framgår direkt av bestämmelsens ordalydelse, i sin tur såväl principen om fri bevisföring som principen om fri bevisvärdering. Den fria bevisprövningen innebär dels att det inte finns någon begränsning gällande vad som får läggas fram som bevis, dels att det är upp till domstolen att fritt värdera styrkan hos denna.⁸⁵ Vid införandet av RB uttrycktes detta som att "... någon begränsning ej uppställes i fråga om arten av det material eller de kunskapskällor som få användas för sanningens utletande"⁸⁶. Nedan utvecklas kort vad den fria bevisföringen respektive den fria bevisvärderingen innebär, med särskilt fokus på vilka verkningar detta får för krypterat material.

3.1.1 Den fria bevisföringen

Den ena delen av den fria bevisprövningens princip utgörs, som ovan nämnts, av principen om fri bevisföring. Bevisföring innebär i praktiken att olika bevismedel åberopas inför rätten och kännetecknas av att det "möjliggör för rätten att ta del av relevanta bevisfakta, hjälpfakta, erfarenhetssatser eller rättsfakta"⁸⁷. I RB regleras bevismedlen i 36–40 kap. och utgörs i tur och ordning av vittnesförhör, förhör med part och med målsägande som inte för talan, skriftliga bevis, syn och sakkunnig. Dessa bevismedel brukar klassificeras som antingen personella eller reella beroende på om det som läggs fram är en muntlig utsaga eller någon typ av föremål.⁸⁸ Att bevisföringen i svensk rätt är fri innebär dock inte att den är helt i avsaknad av regler gällande vad som får föras fram. Det finns vissa begränsningar i form av domstolens möjlighet att avvisa bevisning, exempelvis då det är fråga om bevisning som är uppenbart utan betydelse i målet eller, när det gäller skriftlig berättelse, om inte

⁸⁵ Ekelöf m.fl. (2009), s. 26; Fitger m.fl. (1990), 35:3.

⁸⁶ Prop. 1942:5, s. 219.

⁸⁷ Ekelöf m.fl. (2009), s. 23.

⁸⁸ Ekelöf m.fl. (2009) s. 23.

särskilda omständigheter föreligger.⁸⁹ Dock gäller i enlighet med stadgandet i 35 kap. 1 § 1 st. RB att om domstolen inte avvisat viss bevisning kan den inte välja att bortse från den vid bevisvärderingen.⁹⁰

En omdiskuterad fråga i förhållande till den fria bevisföringen, som också har en tydlig koppling till denna uppsats frågeställningar, är huruvida bevisning som tillkommit i strid med en rättsregel kan läggas fram inför rätten. I de fall som frågan prövats har HD tydligt tagit ställning för den fria bevisföringen.⁹¹ Europadomstolen har också uttryckligen uttalat att garanterandet av en rättvis rättegång under artikel 6 EKMR inte principiellt innebär förbud mot någon viss bevisning utan att tillåtligheten av bevisning är en fråga som måste av göras av de nationella domstolarnas med bedömning av processen som helhet.⁹² I litteraturen har frågan diskuterats och medan vissa argumenterat för ett införande i svensk rätt av en regel som förbjuder viss oegentligt åtkommen bevisning,⁹³ har på andra håll tagits ställning mot sådana bevisförbud.⁹⁴ En träffande beskrivning av rättsläget idag är den som görs av Fitger m.fl. vilka menar att de krav som EKMR ställer kan innebära att det förekommer ”indirekta bevisföringsförbud” i den mån kravet på en rättvis rättegång annars skulle åsidosättas.⁹⁵ När HD 2007 prövade tillåtligheten av bevismaterial som framkommit genom provokation, underströks liksom tidigare den fria bevisföringens starka ställning i svensk rätt. HD betonade att principen om fri bevisföring innebär att bevisförbud bör ses som främmande i svensk rätt, och dessutom att avvisning av viss bevisning inte bör anses vara förenligt med den praxis som utvecklats under EKMR i frågan. Däremot menade HD att, i fall där rätten till en rättvis rättegång blivit oåterkalleligen undergrävd kan de provokativa åtgärderna istället ses som antingen ett rättegångshinder eller en ”bristande materiell straffbarhetsbetingelse”, och valde därefter att tillämpa det sistnämnda alternativet. Vidare menade HD att i fall där straffrihet inte aktualiseras kan istället lindring av påföljden eller påföljdseftergift komma i fråga.⁹⁶

Särskilt värt att notera i förhållande till denna uppsats frågeställningar är att HD i ett senare rättsfall, också det gällande provokativa åtgärder, uttryckligen uttalade att det faktum att provokationen inneburit att den enskilde lämnat uppgifter som varit belastande för honom var en omständighet som talade för att välja ett lindrigare straff än vad som var föreskrivet för brottet.⁹⁷ Huruvida dessa uttalanden kan vara av relevans som processuella garantier för den misstänkte vid införandet av en dekrypteringsorder återkommer jag till i min analys i kapitel 6.

⁸⁹ Jmf 35 kap. 7 § och 35 kap. 14 § RB; se även Zeidner (1992), s. 276.

⁹⁰ Ekelöf m.fl. (2009), s. 37.

⁹¹ Se NJA 1986 s. 489; NJA 2003 s. 323; se även Ekelöf m.fl. (2009), s. 35ff.

⁹² Se exempelvis *P.G. och J.H. mot Förenade kungariket* (2001), punkt 76.

⁹³ Lundqvist (1999).

⁹⁴ Ahlstrand (2002).

⁹⁵ Fitger m.fl. (2009), 35:28.

⁹⁶ NJA 2007 s. 1037; se även NJA 2009 s. 475 I och II.

⁹⁷ NJA 2011 s. 638, punkt 32.

3.1.1.1 Ett bevismedel sui generis?

Som framgått ovan är bevisföringen i svensk rätt fri. Att så är fallet innebär dock inte att det står helt klart hur alla bevismedel ska klassificeras. I denna uppsats behandlas en typ av digital bevisning: lagrat krypterat material. Som redogjorts för ovan i kapitel 2 kan det vara fråga om såväl digitala bilder och filmer som rena textdokument. Omedelbart kan konstateras att digitala bevis, och särskilt inte krypterat sådant, inte finns med i de bevismedel som räknas upp i 36–40 kap. RB. Det är därför värt att beröra hur krypterat material förhåller sig till regleringen i RB.

Begreppet *digitala bevis* saknar definition i svensk rätt. Kronqvist menar att såväl bevismaterial från digitala miljöer som bevismaterial som bearbetats och presenteras genom digital teknik faller in under definitionen i dess bredaste mening.⁹⁸ I denna uppsats avses dock med termen endast den förstnämnda kategorin. Även om digitala bevis inte omnämns i uppräkningsavsnittet i 36–40 kap. RB är uppräkningsavsnittet inte uttömmande, och det faktum att fri bevisföring råder i Sverige innebär således att det inte finns något hinder mot att åberopa digitalt material som bevis.⁹⁹ I praxis har det fastslagits att när det är fråga om digitalt lagrat material där en utskrift är tekniskt möjlig ska materialet vara att anse som ett skriftligt bevis.¹⁰⁰ Det var i fallet fråga om utdrag ur en statuslogg och HD konstaterade att enbart den omständighet att materialet måste genomgå en viss teknisk behandling för att en person ska kunna tillgodogöra sig innehållet inte innebar att 38 kap. RB inte kunde tillämpas.

När det gäller den digitala informationen i sig, alltså innan den genomgått den tekniska behandling som krävs för att någon ska kunna ta del av den, måste dock konstateras att det i viss mån fortfarande är oklart om denna ska behandlas under reglerna i 38 kap. RB. Ekelöf m.fl. menar dock att även sådant material förmodligen är att anse som skriftligt bevis.¹⁰¹ Detta är särskilt relevant för material som inte kunnat dekrypteras och därför endast kommer finnas som digital information i sig utan någon möjlighet till utskrift. Vidare bör noteras att oavsett om det går att få tillgång till klartexten kan det vara möjligt att tolka den information som är synlig, krypteringen till trots, och sätta den i förhållande till redan känd information. Detta kan vara möjligt i exempelvis misstänkta fall av barnpornografi där bilderna ofta cirkulerar och exemplar av dem redan finns tillgängliga i klartext hos myndigheterna. Genom att jämföra filnamn och filstorlek kan det ändå vara möjligt att identifiera dem.¹⁰² I en sådan situation bör alltså, med hänsyn till ovan förda resonemang, framförallt reglerna om skriftligt bevis aktualiseras.

⁹⁸ Kronqvist (2013), s. 19. Jag använder begreppet digitala bevis och inte elektroniska bevis eftersom det senare kan anses ha en vidare betydelse.

⁹⁹ Se exempelvis SOU 1992:110, s. 411; jmf även Woodcock (1995), s. 32.

¹⁰⁰ NJA 1998 s. 829. Det bör observeras att det i detta fall var fråga om ett tvistemål, men eftersom bevisreglerna i RB omfattar både tviste- och brottmål är det ändå relevant; jmf även Ekelöf m.fl. (2009), s. 255.

¹⁰¹ Ekelöf m.fl. (2009), s. 255.

¹⁰² Jmf Mason (2012), s. 194.

Om materialet däremot kunnat dekrypteras kan, förutom möjligheten till utskrift som ovan nämnts, det digitala materialets innehåll beaktas. Detta kan i förhållande till krypterat material bli aktuellt om det rör sig om exempelvis filmer. Ekelöf m.fl. framhåller att det är bevisningens intellektuella innehåll som är avgörande för hur det ska klassificeras. Således bör en videofilm med tal falla in under reglerna om skriftliga bevis, men om det rör sig om en videofilm utan tal bör istället reglerna om syn i 39 kap. RB bli tillämpliga.¹⁰³

I den mån det är svårt att klassificera det digitala bevismaterialet har diskuterats huruvida det ska betraktas som ett bevismedel *sui generis*.¹⁰⁴ Den rådande uppfattningen verkar dock vara att en analogisk tillämpning av de befintliga reglerna, oaktat vissa problem, är att föredra.¹⁰⁵ En annan sak är att digitala bevis ofta också har beröringspunkter med bevismedlen vittne och sakkunnig. Det rör i sådana fall inte det digitala materialet som sådant, men medverkan av vittne eller sakkunnig är ofta nödvändig, dels för att kunna läsa information i digital form, dels för att bedöma frågor om systems uppbyggnad och kvalitet.¹⁰⁶

3.1.2 Den fria bevisvärderingen

Att domstolen bevisvärderar kan uttryckas som att domstolen jämför nivån hos det tillämpliga beviskravet och det intryck den fått gällande styrkan av den bevisning som lagts fram.¹⁰⁷ I brottmål handlar bevisvärdering således om att bedöma sambandet mellan ett påstått beteende och de bevis som lagts fram angående detta påstående för att försöka avgöra om åklagarens gärningspåstående verkligen ägt rum.¹⁰⁸ Att bevisvärderingen är fri innebär att domstolen vid denna inte är bunden av några regler för hur vad som lagts fram i målet ska värderas. Detta innebär dock inte att metoden för denna är något som lämnats utan diskussion, och Ekelöf m.fl. beskriver det som ett ”kontroversiellt ämne”.¹⁰⁹ Även om olika metoder för att värdera den bevisning som lagts fram inför rätten har varit, och är, föremål för omfattande diskussion,¹¹⁰ måste dessa av utrymmesskäl lämnas utanför denna uppsats.

Av särskild vikt för denna uppsats är dock att uppmärksamma att även om det saknas regler för hur olika bevismedel förhåller sig till varandra så har det i doktrin påpekats att det är oundvikligt att viss typ av bevisning i praktiken kommer att tillmätas ett högre värde än annan. Som exempel på sådan anges bevisning med hög statistisk sannolikhet, exempelvis kriminaltekniska bevis.¹¹¹ Det skulle kunna argumenteras för att krypterat material, åtminstone i de fall då man kommit åt klartexten, utgör en sådan typ av bevisning med hög statistisk sannolikhet.

¹⁰³ Ekelöf m.fl. (2009), s. 256 samt s. 276.

¹⁰⁴ Woodcock (1995), s. 38f; jmf även Ekelöf & Boman (1992), s. 243f.

¹⁰⁵ Jmf Ekelöf m.fl. (2009), s. 255; Woodcock (1995), s. 39.

¹⁰⁶ Woodcock (1995), s. 38.

¹⁰⁷ Ekelöf m.fl. (2009) s. 160; Fitger m.fl (2009), 35:30a.

¹⁰⁸ Diesen (1997), s. 14.

¹⁰⁹ Ekelöf m.fl. (2009), s. 160.

¹¹⁰ Se exempelvis Ekelöf m.fl. (2009), s. 169ff. för en översiktlig genomgång av bevisvärde-metoden respektive bevismetoden.

¹¹¹ Schelin (2007), s. 23.

3.1.2.1 Särskilt om bevisverkan av passivitet

Att bevisvärderingen är fri innebär inte att den svenska processrätten helt är i avsaknad av regler för hur bevis ska värderas. I RB finns vissa bestämmelser som i litteraturen har refererats till som ”bevisvärderingsinstruktioner”.¹¹² Av relevans för denna uppsats är särskilt bestämmelsen i 35 kap. 4 § RB om bevisverkan av en parts passivitet. Enligt bestämmelsens ordalydelse får rätten pröva om det faktum att en part inte infinner sig vid rätten, underlåter att fullgöra något i rättegången eller underlåter att besvara en för utredning framställd fråga kan ges verkan som bevis. I fall när det gäller material som är krypterat bör det framförallt vara den sistnämnda omständigheten som kommer i fråga.

Av lagmotiven framgår att det rått viss tveksamhet huruvida bestämmelsen skulle vara tillämplig också i brottmål men att det med hänsyn till den fria bevisprövningens princip inte kunnat uteslutas. Dock understryks att särskild försiktighet är påkallad i brottmål och att domstolen ”endast med stor varsamhet tolka den tilltalades tredska som bevis mot honom”¹¹³. Detta uttalande om ”varsamhet” har i doktrin tolkats som att eventuell tredska inte får tillmätas någon större betydelse,¹¹⁴ och det har påpekats att i fall där sådan tillåtits har det varit fråga om ”särskilt graverande omständigheter”¹¹⁵. I dessa sammanhang brukar man ibland tala om en ”förklaringsbörda”. Som Westberg påpekar är det inte helt klart vilken innebörd denna term egentligen har och den har använts på olika sätt i rättstillämpningen. Antingen kan det innebära en form av bevisbörda, vilket i brottmål, menar Westberg, inte innebär något annat än ”en illa kamouflerad bevisbördeomkastning” då den läggs på den tilltalade. Alternativt, menar Westberg, kan det vara ett sätt att tillämpa en ”bevislättning till förmån för åklagaren” vilket i praktiken innebär att om åklagaren nått en bit, men inte ändå upp, till beviskravet så fylls ut med passiviteten.¹¹⁶

I vilken utsträckning oförmånlig bevisverkan på grund av passivitet kan tillåtas kan diskuteras, särskilt utifrån oskyldighetspresumtionen,¹¹⁷ men, som Westberg påpekar och som ovan redogjorts för, framgår av motiven att sådan verkan inte är utesluten i brottmål. Dock innebär det försiktiga uttalandet i motiven att passiviteten inte generellt kan utnyttjas för att åstadkomma varken en bevisbördeomkastning eller en betydande bevislättning för åklagaren.¹¹⁸ Medan Ekelöf & Boman menar att bestämmelsen helt enkelt utgör en applicering av principen om fri bevisvärdering när det gäller passivitet,¹¹⁹ framhåller Bring och Diesen att bristen på förklaring innebär en faktisk lindring av åklagarens bevisbörda eftersom åklagarens uppgift, som ju är att motbevisa

¹¹² Schelin (2007), s. 23ff.

¹¹³ SOU 1938:44, s. 381f.

¹¹⁴ Diesen (1993), s. 477.

¹¹⁵ Bring & Diesen (2009), s. 122.

¹¹⁶ Westberg (1992/93), s. 883f.

¹¹⁷ Se vidare om oskyldighetspresumtionen under avsnitt 3.2.1, samt avsnitt 4.1.3.2 för en kort redogörelse för oskyldighetspresumtionen enligt EKMR och dess förhållande till rätten att inte belasta sig själv kriminellt.

¹¹⁸ Westberg (1992/93), s. 885f.

¹¹⁹ Ekelöf & Boman (1992), s. 81f.

eventuella friande förklaringar, blir mindre konkret när den misstänkte inte uttalar sig.¹²⁰ Bolding å andra sidan menar att åklagarens beviskrav i brottmål inte kan sänkas på detta sätt på grund av en vägran att svara på frågor.¹²¹

Vidare har i förhållande till 35 kap. 4 § RB i såväl doktrin som rättspraxis diskuterats huruvida en åtskillnad bör göras mellan olika slags passivitet. I praxis har exempelvis oviljan att besvara en specifik fråga, i fallet varför man befunnit sig på brottsorten vid tidpunkten för brottet, tillmäts bevisverkan,¹²² medan en genomgående vägran att uttala sig inte bedömts kunna tillmätas någon sådan.¹²³ Ett liknande resonemang gällande specifika och enkla frågor till den misstänkte återkommer i Europadomstolens praxis, se vidare om detta i avsnitt 4.1.4.3.

3.2 Bevisbörda och beviskrav i brottmål

3.2.1 Bevisbördan

Trots att ingen uttrycklig regel i RB stadgar att så är fallet anses det vara en fundamental princip att bevisbördan i brottmål vilar på åklagaren, och att denna bevisbörda gäller för alla objektiva moment som omfattas av gärningsbeskrivningen. Intresset av att inte döma någon oskyldig kan i detta avseende sägas överskugga intresset av en effektiv straffrättskipning och brukar uttryckas med den latinska frasen *in dubio pro reo*: i tveksamma fall till förmån för den tilltalade.¹²⁴ Att bevisbördan vilar på åklagaren är således en rättssäkerhetsgaranti avsedd att tillse att oskyldiga inte döms för brott de inte begått och kan härledas till oskyldighetspresumtionen.¹²⁵

Oskyldighetspresumtionen, varifrån principen om att bevisbördan vilar på åklagaren alltså härleds, framgår inte uttryckligen av RB men gäller som svensk lag genom EKMR, samt ansågs, redan innan EKMR fick status som svensk lag, utgöra en del av svensk rätt.¹²⁶ Att det rör sig om en presumtion innebär rent konkret att bevisningen måste nå upp till en viss styrka, med andra ord det i brottmål uppställda beviskravet (redogjort för nedan), för att denna presumtion ska upphöra.¹²⁷ Träskman uttrycker detta som att en frikännande dom alltid innebär en bekräftelse av oskyldighetspresumtionen medan en fällande dom innebär att densamma har omkullkastats.¹²⁸

¹²⁰ Bring & Diesen (2009), s. 122.

¹²¹ Bolding (1951), s. 123f.

¹²² Svea hovrätts dom 2009-02-16, målnr. B 8390-08, s. 33.

¹²³ RH 2008:54; jmf även Ekelöf m.fl. (2009), s. 35.

¹²⁴ Ekelöf m.fl. (2009), s. 150ff.

¹²⁵ Jmf Ekelöf m.fl. (2009), s. 150; Schelin (2007), s. 54f.

¹²⁶ Nowak (2003), s. 21. Se vidare om oskyldighetspresumtionen i artikel 6 (2) EKMR under avsnitt 4.1.3.2.

¹²⁷ Jmf Nowak (2003), s. 419.

¹²⁸ Träskman (1988), s. 478.

3.2.2 Beviskravet

I 35 kap. 1 § 1 st. RB anges att rätten ska pröva vad i målet som är ”bevisat”. Av lagtexten kan inte närmare utläsas innebörden av detta begrepp men genom praxis har kravet i brottmål kommit att preciseras, inspirerat av den amerikanska rättstraditionen, till ”bortom rimligt tvivel” eller ”ställt utom rimligt tvivel”.¹²⁹ Exakt vad detta krav innebär är dock svårt avgöra och Ekelöf m.fl. poängterar att man i svensk rätt inte använder sig av numeriska sannolikhetsstal vad gäller beviskrav.¹³⁰ Ett sätt att uttrycka det är att, som Diesen, hävda att det gärningspåstående som åklagaren lagt fram ska framstå som den enda rimliga förklaringen i målet.¹³¹

Som huvudregel gäller detta höga beviskrav i alla typer av brottmål. Dock bör noteras att även om kvalitetsnormen inte varierar mellan olika typer av mål kan de krav som ställs på underlaget för att nå upp till rimligt tvivel skifta.¹³² Betydelsen att detta i brottmål höga beviskrav och huruvida material som förblir krypterat kan nå upp till den standard som krävs återkommer jag till vid genomgången av de fiktiva fallen i kapitel 7.

3.3 Kommentar

Det kan konstaterats att krypterat material, trots att det inte på något sätt omnämns i vare sig förarbeten, lagtext eller doktrin, faller förhållandevis väl in i det regelverk som uppställs i RB. Den fria bevisföringen innebär att såväl krypterat som dekrypterat material kan åberopas av åklagaren i brottmål och då som ett reellt bevismedel. Även om den teknikneutrala lagstiftningen innebär att det i viss mån förblir oklart vilket bevismaterial sådant ska betraktas som, tyder det mesta på att det ska hanteras som skriftligt bevis enligt 38 kap. RB eller, i sådana fall då tankeinhållet inte utgör det centrala, i vissa fall under reglerna om syn i 39 kap. RB. I detta avseende kan noteras att situationen gällande klassificering förmodligen, med hänsyn till HD:s uttalande om möjligheter till utskrift, är än mer oklar för odekrypterat material i den mån åklagaren skulle vilja föra fram sådant när det gäller filnamn, filstorlek eller liknande men att det kan argumenteras för att även sådant material förmodligen faller in under reglerna om skriftligt bevis.

Ytterligare en intressant aspekt i förhållande till bevisföringen är att den starka betoning på den fria bevisföringens ställning i svensk rätt som HD gett uttryck för innebär att det, åtminstone rent principiellt, inte föreligger något hinder mot att föra fram dekrypterat material där dekrypteringsnyckeln åtkommit i strid med exempelvis EKMR. Dock kan det, med hänsyn till den praxis som finns gällande provokation, vara möjlighet att i sådana situationer argumentera för att en bristande materiell straffbarhetsbetingelse föreligger, men huruvida en sådan

¹²⁹ Se exempelvis NJA 1980 s.725; NJA 1990 s. 555; se även Bring & Diesen (2009), s.180ff. Att det i doktrin råder viss oenighet hur beviskravet ”ställt bortom allt rimligt tvivel” ska tillämpas på uppsätsfrågan bortses här ifrån, se dock vidare Diesen (2011), s. 160ff samt Träskman (2008), s. 503ff.

¹³⁰ Ekelöf m.fl. (2009), s. 151.

¹³¹ Diesen (1996/97), s. 526.

¹³² Diesen (1996/97), s. 526f.

ordning kan tillämpas också i de situationer denna uppsats behandlar finns inget klart svar på. Dessa frågor om möjligheten att bortse från eller exkludera viss bevisning och hur det kan utgöra en garanti för den misstänkte återkommer jag till i min analys i kapitel 6.

Vad gäller bevisvärderingen i förhållande till krypterat material är bestämmelsen om verkan av parts passivitet i 35 kap. 4 § RB av särskilt intresse eftersom det är just passivitet som ovilja att lämna ut dekrypteringsnyckeln, eller berätta vad materialet innehåller, utgör. Vad gäller detta är det intressant att notera att det framförallt är oviljan att besvara en specifik fråga som kan få bevisverkan. Huruvida frågor om det krypterade material kan anses vara sådana specifika frågor och ovilja att besvara dem därför kan tillmätas större bevisverkan än ovilja att annars vägra uttala sig återkommer jag också till i min analys i kapitel 6.

4 Rätten att inte belasta sig själv kriminellt

Den misstänktes rätt att inte belasta sig själv kriminellt, och med andra ord att förhålla sig passiv vid utredande av brott mot sin egen person, har beskrivits som en av de mest förbryllande rättigheterna i straffprocessen.¹³³ Samtidigt anses den utgöra ett ”oersättligt bålverk”¹³⁴ i alla moderna straffrättsliga system och återfinns, om än i något olika tappningar, i en rad olika internationella instrument såväl som i nationell lagstiftning. Exempelvis finns uttryck för rätten i konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter i artikel 14 (3) (g), i den amerikanska konventionen om mänskliga rättigheter i artikel 8 (2) (g) samt 8 (3) och i Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolen i artikel 67 (g). Rätten har även erkänts av EU-domstolen.¹³⁵

Av de skäl som redovisats i avsnitt 1.6 återges nedan rättigheten först i den form den utvecklats under Europadomstolens praxis och sedan, helt kort, vilka övriga regler i svensk rätt som ger uttryck för den.

4.1 Rättigheten enligt EKMR

4.1.1 Kort om EKMR:s ställning i svensk rätt

Europakonventionen har beskrivits som en reflektion över Europas strävan efter en gemensam standard för individuella friheter och mänskliga rättigheter.¹³⁶ Sverige anslöt sig som en av de första staterna till konventionen och ratificerade den 1953.¹³⁷ Konventionen blev dock i och med detta inte en del av svensk rätt men under tiden från ratificerandet och fram till början på 1990-talet utvecklades principer som innebar att svensk rätt så långt som möjligt skulle tolkas så att den överensstämde med konventionens krav.¹³⁸ I takt med konventionens ökade inflytande blev det dock alltmer problematiskt att konventionen inte var direkt tillämplig, och efter utredning inkorporerades så genom *lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna* konventionen i svensk rätt.¹³⁹ I praktiken innebär detta att konv och dess tilläggsprotokoll sedan den 1 januari 1995 gäller som svensk rätt. Konventionens ställning som

¹³³ Redmayne (2007), s. 209.

¹³⁴ Ward och Gardner (2003), s. 388 (eng. ”indispensable bulwark”).

¹³⁵ Se exempelvis *Aktiebolaget Orkem mot Europeiska gemenskapernas kommission* (mål 374/87) samt *Mannesmannröhren-Werke AG mot Kommissionen* (Mål T-112/98). Av de avgränsningsskäl som redogjorts för i avsnitt 1.6 diskuteras dessa inte närmare här men det kan noteras att EU-domstolen använder en smalare definition av rättigheten än Europadomstolen gjort, se vidare exempelvis Redmayne (2007), s. 210, fotnot 5.

¹³⁶ Berger (2006), s. 339.

¹³⁷ Jmf Danelius (2012), s. 36.

¹³⁸ Se exempelvis NJA 1989 s.131; se även Danelius (2012), s. 37.

¹³⁹ Se SOU 1993:40; prop. 1993/94:117; se även Ehrenkrona i Karnov (2013).

rättskälla i Sverige har därmed fastslagits.¹⁴⁰ Viktigt att notera är dock att konventionslagen inte har grundlagsstatus vilket har lett till att vissa oklarheter än idag kvarstår när det gäller förhållandet emellan konventionslagen och övrig nationell rätt.¹⁴¹ Klart är dock att sedan konventionens inkorporering har dess betydelse i svensk rättstillämpning ökat och, som Victor påpekar, var det förmodligen få som vid tiden för inkorporeringen insåg vilken betydelse konventionen skulle komma att få för den konkreta rättstillämpningen i Sverige.¹⁴²

Det huvudsakliga ansvaret för efterlevnaden av konventionen vilar inte, i motsats till vad många tror, på Europadomstolen utan istället på de enskilda staterna. Detta framgår av artikel 1 EKMR som stadgar att alla som befinner sig inom någon av de fördragsslutande staternas jurisdiktion ska tillförsäkras de i konventionen angivna rättigheterna, och vidare av artikel 13 av vilken framgår att eventuella kränkningar i första hand ska korrigeras genom att effektiva nationella rättsmedel tillhandahålls.¹⁴³

4.1.2 Terminologi: en rätt till vad?

Att rätten att inte belasta sig själv kriminellt är komplex kommer till uttryck genom att till och med de grundläggande terminologiska frågorna är omdebatterade. Som Treschel påpekar verkar det finnas konsensus angående vad som utgör det grundläggande problemet, men när det gäller mer specifika frågor angående rättigheten finns ingen egentlig enhetlig struktur.¹⁴⁴ Eftersom rättigheten så som den utvecklats under Europadomstolens praxis dessutom har en komplicerad struktur måste vissa terminologiska frågor diskuteras ytterligare.

Inledningsvis måste förhållandet mellan begreppen rätten att inte belasta sig själv och rätten till tystnad diskuteras. Dessa två har beskrivits som ”oupplösligen förbundna” med varandra,¹⁴⁵ och denna nära länk märks inte minst i Europadomstolens praxis. I det första rättsfallet där rättigheten aktualiserades uttryckte domstolen att det rörde sig om:

”...the right of anyone ‘charged with a criminal offence’, ...to remain silent and not to contribute to incriminating himself”¹⁴⁶

Denna terminologi, där Europadomstolen nämner rättigheterna som två sammanhörande enheter, återfinns i de efterföljande domarna där rättigheten

¹⁴⁰ Ehrenkrona i Karnov (2013).

¹⁴¹ Istället för att ge konventionen grundlagsstatus infördes en bestämmelse i RF vilken stadgar att lag eller föreskrift inte får meddelas i strid med Sverige åtaganden enligt konventionen, denna bestämmelse kan ses som ett uttryck för principen om *lex superior*; se 2 kap. 19 § RF (tidigare 2 kap. 23 § RF) samt exempelvis Cameron (2007) för vidare diskussion om detta.

¹⁴² Victor (2013), s. 355f; se även Danelius (2012), s. 39.

¹⁴³ Jmf även Danelius (2012), s. 36.

¹⁴⁴ Treschel (2005), s. 341.

¹⁴⁵ Bogan (2009) s. 347 (eng. ”inextricably bound together”).

¹⁴⁶ *Funke mot Frankrike* (1993), punkt 44.

aktualiseras.¹⁴⁷ I vissa domar uttrycker domstolen till och med det är fråga om ”the privilege against self-incrimination or the right to remain silent” (min kursivering),¹⁴⁸ och även i de franska språkversionerna av domar används ett uttryck där rättigheterna beskrivs som sammanhängande: ”le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence”¹⁴⁹. Även om enskilda domare i Europadomstolen i skiljaktiga meningar påpekat att domstolen inte tydligt skiljer mellan rättigheterna så som borde göras,¹⁵⁰ kvarstår denna terminologi även i de senaste domarna.¹⁵¹ En antydning till distinktion dem emellan kan dock ses genom att Europadomstolen uttalat att ”...the privilege against self-incrimination is commonly understood...to be primarily concerned with respecting the will of the defendant to remain silent in the face of questioning...”¹⁵² men att en skyldighet att aktivt samarbeta och lämna ut något samtidigt är ”.. in breach of the principle against self-incrimination (in its broader sense)”¹⁵³.

I doktrin används en mängd varierande uttryck, såväl på engelska som på svenska. På engelska, där den största delen doktrin återfinns, märks exempelvis ”freedom from self-incrimination”¹⁵⁴, ”the right to silence”¹⁵⁵, ”the principle against self-incrimination”¹⁵⁶, ”the right of the accused ‘not to contribute to incriminating himself’”¹⁵⁷, samt ”privilege against self-incrimination”¹⁵⁸. I den svenska doktrinen har uttryck såsom ”skyddet mot självbelastning”¹⁵⁹, ”rätten till tystnad”¹⁶⁰, ”självinkriminering”¹⁶¹, ”rätten att förbli tyst”¹⁶², ”passivitetsrätten”¹⁶³ samt ”rätten att inte belasta sig själv”¹⁶⁴ använts. Vad respektive författare avser och omfattar med dessa uttryck varierar dock. För att ytterligare komplicera begreppsbyggnaden används ibland också den latinska maximen *nemo tenetur seipsum accusare vel prodere*¹⁶⁵. Denna kan

¹⁴⁷ Se exempelvis: *John Murray mot Förenade kungariket* (1996) punkt 45; *Saunders mot Förenade kungariket* (1996), punkt 68; *Serves mot Frankrike* (1997), punkt 46; *Heaney och McGuinness mot Irland* (2001) punkt 40; *Weh mot Österrike* (2004) punkt 39.

¹⁴⁸ *Bykov mot Ryssland* (2009), punkt 92; se även *Allan mot Förenade kungariket* (2002), punkt 44.

¹⁴⁹ Se exempelvis *Brusco mot Frankrike* (2010), punkt 44.

¹⁵⁰ Se domare Martens skiljaktiga mening i *Saunders mot Förenade kungariket* (1996) som även domare Kuris anslöt sig till, punkt 4. Martens menar att det utifrån domstolens resonemang är uppenbart att rör sig om två distinkta rättigheter och att det är klart att rätten att inte belasta sig själv är den bredare av rättigheterna vilken i sin tur innefattar rätten till tystnad.

¹⁵¹ Se exempelvis *Sorokins och Sorokina mot Lettland* (2013), punkt 110.

¹⁵² *Jalloh mot Tyskland* (2006), punkt 110.

¹⁵³ *Jalloh mot Tyskland* (2006), punkt 111.

¹⁵⁴ Harris m.fl. (2009), s. 259.

¹⁵⁵ White m.fl. (2010), s. 281ff.

¹⁵⁶ White m.fl. (2010), s. 281ff.

¹⁵⁷ van Dijk m.fl., (2006) s. 592.

¹⁵⁸ Redmayne (2007), s. 209.

¹⁵⁹ Knuts (2012/13).

¹⁶⁰ Nowak (2003), 195ff.

¹⁶¹ Nowak (2003), s. 219ff.

¹⁶² Träskman (1993).

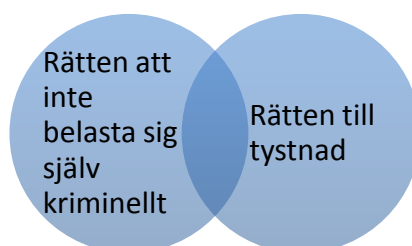
¹⁶³ Prop. 2002/03:106, s. 79.

¹⁶⁴ Danelius (2012), s. 282; se även SOU 2013:39, s. 283.

¹⁶⁵ På svenska ungefär ”ingen ska behöva anklaga sig själv”.

dock snarare sägas uttrycka den grundläggande princip som ligger bakom rättigheten än dess innebörd.¹⁶⁶

I doktrin har förhållandet mellan rätten till tystnad och rätten att inte belasta sig själv kriminellt beskrivits som att den sistnämnda rör rätten att inte lämna ut information medan den förstnämnda berör oförmånlig bevisverkan av densamma; det kan alltså sägas vara fråga om en tvådelad rättighet.¹⁶⁷ Detta kan uttryckas som att rätten att inte belasta sig själv kriminellt har två aspekter: en direkt aspekt som berör situationer där en misstänkt förväntas ge någon sorts reaktion som att exempelvis svara på en fråga och en indirekt aspekt som berör hur material, inklusive tystnad, ska användas.¹⁶⁸ En illustrerande beskrivning i detta avseende kan vara att som Treschels se dessa som två delvis överlappande cirklar.¹⁶⁹



Att rättigheterna ses som två delvis överlappande cirklar är en på många sätt talande beskrivning av hur de hör ihop, de är så att säga beroende av varandra. I förhållande till kryptering kan man i detta avseende säga att rättigheterna hör ihop på så sätt att en misstänkt som inte dekrypterar, eller lämnar någon förklaring till det krypterade materialet, tar en viss risk eftersom denna ovilja då i vissa fall kan tillmätas bevisvärde.¹⁷⁰ I förhållande till denna uppsats frågeställningar är således båda aspekter av rättigheten relevanta: dels huruvida en misstänkt kan tvingas bidra till utredningen genom att lämna ut en dekrypteringsnyckel, dels i vilken mån en vägran att göra så kan tillmätas bevisverkan.

Trots att beskrivningen ovan, med rättigheterna som två delvis överlappande cirklar, är talande använder jag som redan fastslagits i avsnitt 1.7 den ena av dem, *rätten att inte belasta sig själv kriminellt*, som ett övergripande begrepp som omfattar rättighetens bredare betydelse: den misstänktes rätt att inte på något sätt behöva bidra till utredningen i målet samt att den misstänktes vägran att göra så inte obegränsat kan komma att få oförmånlig bevisverkan. Även om detta kan kritiseras för bristande precision är det ett synsätt som med hänsyn till det ovan anförda vinner visst stöd i domstolens praxis och även i doktrin och kommer förhoppningsvis att underlätta den fortsatta framställningen.

¹⁶⁶ Treschel (2005), s. 341.

¹⁶⁷ Ashworth (2008), s. 754; Wu (2011) s. 46.

¹⁶⁸ Jmf Treschel (2005), s. 346f.

¹⁶⁹ Treschel (2005), s. 342.

¹⁷⁰ Jmf Koops (2012) (B), s. 180.

4.1.3 Artikel 6 (1) EKMR

Artikel 6 i Europakonventionen stadgar rätten till en rättvis rättegång och uppställer ett antal processuella garantier för såväl brottmål som tvistemål. Europadomstolen har understrukit artikelns centrala roll i ett demokratiskt samhälle och påpekat att detta innebär att den inte får tolkas restriktivt.¹⁷¹ Artikeln utgör även den artikel i konventionen som åberopas flest gånger inför Europadomstolen.¹⁷²

Artikel 6 är uppdelad i tre stycken vilket i doktrin beskrivits som att rätten till en "rättvis rättegång" i artikel 6 (1) kan ses som den generiska eller allmänna rättigheten medan mer specifika krav för rättegången i brottmål återfinns i artikel 6 (2) och 6 (3).¹⁷³ Europadomstolen har dock undvikit att definiera detta allmänna kriterium på en "rättvis rättegång" på ett abstrakt sätt utan valt att istället i varje enskilt fall, utifrån processen som helhet, bedöma huruvida kravet uppfyllts.¹⁷⁴ Artikel 6 (1) stadgar en rätt till en "rättvis och offentlig rättegång" och genom praxis har domstolen utvecklat ett antal kriterier som faller in under begreppet "rättvis rättegång", exempelvis rätten att vara närvarande vid förhandlingen,¹⁷⁵ parternas likställdhet i processen¹⁷⁶ och rätten till muntlig förhandling,¹⁷⁷ för att bara nämna några.

Det är under detta allmänna krav som rätten att inte belasta sig själv kriminellt har utvecklats¹⁷⁸ och eftersom denna således är beroende av att artikel 6 är tillämplig beskrivs nedan, helt kort, dess tillämpningsområde.

4.1.3.1 Tillämplighet

Av konventionstexten framgår att artikel 6 är tillämplig vid förfaranden som rör någons civila rättigheter och skyldigheter alternativt en anklagelse för brott. Just när det gäller rätten att inte belasta sig själv kriminellt är det dock, som påpekats i doktrin, uppenbart redan utifrån rättighetens benämning att denna endast gäller inom straffrättsliga förfaranden.¹⁷⁹ En grundläggande förutsättning för att avgöra huruvida artikel 6 är tillämplig i sådana situationer är alltså dels huruvida det rör sig om ett "brott" och dels huruvida det rör sig om en "anklagelse". Tolkningen av dessa två kriterier har varit föremål för omfattande diskussion såväl i Europadomstolens praxis som i doktrin och kan

¹⁷¹ *Delcourt mot Belgien* (1970), punkt 25.

¹⁷² Mowbray (2012), s. 344.

¹⁷³ Stavros (1993), s. 42.

¹⁷⁴ van Dijk m.fl., (2006), s. 579.

¹⁷⁵ Se exempelvis *Colozza mot Italien* (1985), punkt 27.

¹⁷⁶ Se exempelvis *Ernst m.fl. mot Belgien* (2003) punkt 60–61.

¹⁷⁷ Se exempelvis *Fredin mot Sverige* (nr 2) (1994), punkt 21.

¹⁷⁸ Som nämnts redan i inledningen har frågan huruvida rättigheten utvecklats under artikel 6 (1) eller 6 (2) EKMR har varit föremål för viss diskussion och detta behandlas därför mer utförligt i avsnitt 4.1.3.2.

¹⁷⁹ Treschel (2005), s. 349. Som Treschel nämner är en annan fråga är att det i domstolens praxis diskuterats huruvida administrativa förfaranden som sedan leder till en brottmålsprocess också omfattas av rätten, men eftersom denna uppsats behandlar rena brottmålsförfaranden går jag inte närmare in på detta. För en sådan diskussion, se exempelvis *Saunders mot Förenade kungariket* (1996), punkt 67.

inte redogöras för på ett fullständigt sätt inom ramen för denna uppsats. Helt kort måste dock nämnas att det följer av Europadomstolens praxis att begreppet ”anklagad” måste tolkas autonomt, med andra ord oavsett hur det definieras i nationell lag. Vidare har domstolen hävdad att begreppet bör förstås substantivt snarare än formellt.¹⁸⁰ Även begreppet ”brott” ska i enlighet med Europadomstolens praxis tolkas autonomt och avgöras med utgångspunkt i tre, icke-kumulativa, kriterier: nationell klassificering, överträdelsens karaktär samt svårighetsgraden hos den sanktion som aktualiseras.¹⁸¹

Även om denna uppsats inte kan gå in mer ingående på betydelsen av dessa begrepp är det särskilt relevant i förhållande till krypterat lagrat material som beslagtagits att notera att begreppet ”anklagelse” givits en vid tolkning och att domstolen påpekat att en sådan föreligger dels då någon fått en officiell underrättelse om anklagelse för brott, dels då en misstänkt har blivit väsentligen påverkad av misstänkarna mot honom eller henne.¹⁸² Det är med andra ord oväsentligt om någon är formellt anklagad i enlighet med nationell rätt. Denna autonoma definition av begreppet ”anklagad” innebär att artikel 6 alltså kan vara tillämplig redan under förundersökningsstadiet under förutsättning att en ”anklagelse” i konventionens mening då föreligger.¹⁸³ Specifikt när det gäller rätten att inte belasta sig själv kriminellt har Europadomstolen åtskilliga gånger ansett en person vara anklagad just baserat på att dennes situation blivit väsentligen påverkad, trots att någon formell anklagelse inte förelegat.¹⁸⁴ Vidare har Europadomstolen uttalat att när det gäller rätten att inte belasta sig själv kriminellt ska begreppet ”anklagad” anses uppfyllt även om anklagelsen aldrig leder till åtal eller, om den gör det men klaganden sedermera frias från anklagelsen, eftersom rättigheten annars skulle bli teoretisk och illusorisk.¹⁸⁵

4.1.3.2 Förhållande till oskyldighetspresumtionen

Rätten att inte belasta sig själv kriminellt har en tydlig koppling till den press som statens övertag i brottmål innebär. Sett på detta sätt kan man säga att rätten att inte belasta sig själv hänger samman med ett ”kluster” av rättigheter i straffprocessen där oskyldighetspresumtionen utgör en del av navet.¹⁸⁶

Den tydligaste av dessa kopplingar är den till oskyldighetspresumtionen som stadgas i artikel 6 (2) EKMR. Den rättsliga oskyldighetspresumtionen kan

¹⁸⁰ *Deweere mot Belgien* (1980), punkt 42 respektive punkt 44; se även *Tejedor García mot Spanien* (1997), punkt 27.

¹⁸¹ De s.k. Engel-kriterierna; *Engel m.fl. mot Nederländerna* (1976), punkt 80–85, se även van Dijk m.fl. (2006), s. 543ff.; Vitkauskas & Dikov (2012), s. 16.

¹⁸² *Deweere mot Belgien* (1980), punkt 42–46; *Eckle mot Tyskland* (1982), punkt 73; Mole & Harby (2006), s.19f. På engelska används uttrycket ”substantially affected”, i svensk doktrin används exempelvis ”deras situation väsentligen påverkats av förfarandet”, se Nowak (2003), s. 211.

¹⁸³ Jmf exempelvis van Dijk m.fl. (2006), s. 541; Danelius (2012), s. 169f.; Ashworth (2008), s. 756.

¹⁸⁴ Se exempelvis *Marttinen mot Finland* (2009), punkt 62; *Quinn mot Irland* (2000), punkt 42; *O’Halloran och Francis mot Förenade kungariket* (2007), punkt 35; *Serves mot Frankrike* (1997), punkt 42.

¹⁸⁵ Jmf *Heaney and McGuinness mot Irland* (2001), punkt 43–46; *Shannon mot Förenade kungariket* (2005), punkt 34–35; *Marttinen mot Finland* (2009), punkt 64.

¹⁸⁶ Ashworth (2008), s. 768f.

definieras som ett initialt ställningstagande till den tilltalades fördel och innebär, inter alia, att domstolen ska utgå från att den tilltalade inte begått det påstådda brottet, att bevisbördan ligger på åklagaren samt att eventuellt tvivel ska tolkas till den tilltalades fördel.¹⁸⁷ Europadomstolen har i flera rättsfall påpekat den nära kopplingen mellan rätten att inte belasta sig själv kriminellt och oskyldighetspresumtionen när den uttryckt att:

”[t]he right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention ...”¹⁸⁸

I doktrin påpekas också den nära kopplingen mellan dessa två, och det har ifrågasatts huruvida Europadomstolen möjligen hade kunnat utveckla rätten att inte belasta sig själv kriminellt under oskyldighetspresumtionen i artikel 6 (2) istället.¹⁸⁹ Att deras inbördes förhållande inte är helt utrett framgår också av Europadomstolens praxis när det gäller rätten att inte belasta sig själv kriminellt. I vissa fall där båda artiklar åberopats och en kränkning av artikel 6 (1) förelegat har Europadomstolen uttryckt att det är överflödigt att också pröva talan under artikel 6 (2).¹⁹⁰ I andra fall har dock domstolen uttalat att en kränkning av rätten att inte belasta sig själv kriminellt under artikel 6 (1) också utgör en kränkning av oskyldighetspresumtionen i artikel 6 (2),¹⁹¹ och för att ytterligare komplicera bilden, har Europadomstolen i somliga fall också helt enkelt prövat dem gemensamt.¹⁹²

Vad gäller tillämpligheten av artikel 6 (1) eller 6 (2) har i doktrin uttryckts att ”Europadomstolens praxis på området har inte alltid varit konsekvent och domstolen har inte gjort någon djupgående analys av rättens systematiska placering...”¹⁹³. Medan vissa författare behandlar rätten inom ramen för oskyldighetspresumtionen,¹⁹⁴ behandlas rätten i detta arbete framförallt, som redan ovan framgått, under artikel 6 (1). En sådan tillämpning vinner stöd på flera håll i doktrin,¹⁹⁵ och med hänsyn till Europadomstolens uttalanden om att rätten att inte belasta sig själv kriminellt har en nära koppling till oskyldighetspresumtionen är det, enligt min mening, en rimlig tolkning att denna inte primärt härleds ur artikel 6 (2) utan istället framförallt ur artikel 6 (1). Ytterligare stöd för detta kan hämtas i att Europadomstolen uttryckligen

¹⁸⁷ Nowak (2003), s. 32; se även *Barberà, Messegue och Jabardo mot Spanien* (1988) punkt 77, *Telfner mot Österrike* (2001), punkt 15.

¹⁸⁸ *Saunders mot Förenade kungariket* (1996), punkt 68; se även exempelvis *Weh mot Österrike* (2004) punkt 39.

¹⁸⁹ Berger (2006), s. 344f.

¹⁹⁰ Se exempelvis *Funke mot Frankrike* (1993), punkt 45; *Averill mot Förenade kungariket* (2000), punkt 54; *Condron mot Förenade kungariket* (2000), punkt 72.

¹⁹¹ *Heaney och McGuinness mot Irland* (2000), punkt 59.

¹⁹² *Krumpholz mot Österrike* (2010), punkt 30; se även *John Murray mot Förenade kungariket* (1996), punkt 57.

¹⁹³ Nowak (2003), s. 195.

¹⁹⁴ Se exempelvis Nowak (2003), s. 195.

¹⁹⁵ Jmf Beger (2006), s. 344f; Ward & Gardner (2003), s. 388.

uttalat att rätten att inte belasta sig själv kriminellt ”lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 § 1”¹⁹⁶.

Eftersom detta arbete inte syftar till att utreda förhållandet mellan oskyldighetspresumtionen och rätten att inte belasta sig själv kriminellt utvecklas denna fråga inte vidare men det bör hållas i minnet att frågan inte har något helt klarlagt svar och att det, oavsett under vilken del av artikel 6 rätten behandlas, finns ett nära samband dem emellan. Detta är särskilt viktigt eftersom inskränkningar av rätten att inte belasta sig själv kriminellt kan leda till en i viss mån omvänd bevisbörda,¹⁹⁷ och att de därför, precis som Europadomstolens uttryckt, har en nära koppling till varandra. I förhållande till oskyldighetspresumtionen och detta arbetes frågeställningar är det också värt att nämna att Europadomstolen uttalat att presumtioner inom det straffrättsliga området inte principiellt är förbjudna så länge som dessa hålls inom rimliga gränser vilka “take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence”.¹⁹⁸

4.1.4 Framväxten av en rätt att inte belasta sig själv kriminellt

Som nämnts ovan framgår rätten att inte belasta sig själv kriminellt inte explicit av artikel 6 (1) EKMR utan har istället kommit att utvecklas genom Europadomstolens praxis. Nedan redogörs för de mest centrala rättsfallen där rätten kommit att utvecklas och formas. Vid en genomgång av Europadomstolens praxis är det dock viktigt att, likt domstolen själv gjort, poängtera att bedömningar inte görs *in abstracto* utan i varje enskilt fall, och då med beaktande av processen i sin helhet.¹⁹⁹ Det bör med andra ord hållas i minnet att domstolen bedömningar i fall som återges är *in casu*.

Nedan återges innebörden och omfattningen av rätten att inte belasta sig själv kriminellt enligt Europadomstolens praxis, av framställningsmässiga skäl, under gemensamma rubriker vad gäller rätten att inte belasta sig själv som helhet: det vill säga både när det gäller ålägganden för den misstänkte att vara aktiv och när det gäller oförmånlig bevisverkan. I kapitel 6, där Europadomstolens praxis analyseras i förhållande till krypterat material skiljs dock dess effekter åt i förhållande till uppsatsens två frågeställningar: möjligheterna att komma åt dekrypteringsnyckeln (direkt tvång) samt bevisvärderingen vid avsaknad av en sådan (indirekt tvång).

4.1.4.1 Rättigheten introduceras

Redan på 1970-talet diskuterades rätten att inte belasta sig själv kriminellt i en rapport till Europarådet som ”the very essence of a ’fair trial’”,²⁰⁰ men det var

¹⁹⁶ *J.B. mot Schweiz* (2001), punkt 64.

¹⁹⁷ Jmf exempelvis *Easton* (1991), s. 170.

¹⁹⁸ *Salabiaku mot Frankrike* (1988), punkt 28.

¹⁹⁹ Se exempelvis *John Murray mot Förenade kungariket* (1996), punkt 44; se även Ward & Gardner (2004), s. 397.

²⁰⁰ *Report of the Committee of Experts on Human Rights to the Committee of Ministers*, Europarådet (1970), s. 39, punkt 141 (vi); jmf även Jackson (2009), s. 835.

först i och med rättsfallet *Funke mot Frankrike* (1993) som Europadomstolen officiellt erkände rättigheten som en del av konventionen. Funke, en tysk medborgare boende i Frankrike, misstänktes för tullrelaterad brottslighet. Under en husrannsakan i hans hem upptäcktes uppgifter om utländska bankkonton och när Funke vägrade att tillhandhålla uppgifter om dessa bötfälldes han. Efter att Funke vänt sig till Europadomstolen konstaterade denna att:

“[b]eing unable or unwilling to procure them [dokumenten] by some other means, they attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed. The special features of customs law... cannot justify such an infringement of the right of anyone ‘charged with a criminal offence’, within the autonomous meaning of this expression in Article 6...to remain silent and not to contribute to incriminating himself”²⁰¹

Genom detta relativt korta uttalande introducerade Europadomstolen alltså rätten att inte belasta sig själv som en del av rätten till en rättvis rättegång under artikel 6 (1). Det korta uttalande till trots kunde två saker sägas stå klart i och med det: dels att rätten är tillämplig på dokument, dels att ett intrång i rättigheten inte kan rättfärdigas genom att balanseras mot ett allmänt intresse.²⁰² På flera håll inom doktrin kom rättsfallet att blir mycket kritiserat, framförallt den aspekt att de dokument som Funke ålades att överlämna existerade innan, och alltså självständigt, i förhållande till utredningen. Huruvida sådant material ska omfattas av rätten att inte belasta sig själv kriminellt har ifrågasatts,²⁰³ och Europadomstolens syn på sådant, självständigt existerande material återkommer nedan.

Efter det ursprungliga uttalandet i *Funke mot Frankrike* skulle det komma att dröja tre år innan Europadomstolen återigen berörde frågan om rätten att inte belasta sig själv kriminellt. År 1996 återkom domstolen i två uppmärksammande fall till rättigheten. Det ena av dem, *John Murray mot Förenade kungariket* (1996) berörde en irländsk man som påträffas på en brottsplats där brott med kopplingar till en terroristorganisation misstänktes. *Murray* vägrade dock, under såväl utredning som rättegång, att överhuvudtaget uttala sig om varför han befunnit sig på platsen eller hur han eventuellt varit inblandad. Denna tystnad till trots fann de nationella domstolarna att *Murray* kunde dömas till ett åtta år långt fängelsestraff. Efter att *Murray* vänt sig till Europadomstolen konstaterade denna att någon kränkning av artikel 6 inte förelåg. I sin bedömning underströk Europadomstolen inledningsvis att rätten att inte belasta sig själv kriminellt utgör en central del av artikel 6 och att detta också återspeglas av det faktum att liknande rättigheter återfinns i en rad internationella instrument.²⁰⁴ Vidare uttalade domstolen att det visserligen är uppenbart att det är oförenligt med rätten att basera en fällande dom enbart, eller till största del, på en anklagads tystnad eller annan vägran att bidra med bevis mot sig själv. Samtidigt är det dock lika uppenbart, menade domstolen, att detta inte innebär att den anklagades tystnad, i situationer där en förklaring

²⁰¹ *Funke mot Frankrike* (1993), punkt 44.

²⁰² Jmf Ashworth (2008), s. 753.

²⁰³ Se exempelvis Ward & Gardner (2004), s. 391.

²⁰⁴ *John Murray mot Förenade kungariket* (1996), punkt 45. Se exempel på sådana internationella instrument under avsnitt 4.

uppenbarligen krävs, inte kan tas i beaktande vid bedömningen när styrkan hos åklagarens bevisning ska utvärderas. Huruvida rätten i ett enskilt fall kan låta den misstänktes tystnad få oförmånlig bevisverkan är alltså en fråga som måste avgöras i ljuset av alla tillgängliga omständigheter med särskilt beaktande av vilken grad av tvång som utövats i det aktuella fallet samt vilken vikt tystnaden givits vid bevisvärderingen i den nationella domstolen.²⁰⁵ Således fastslog domstolen att:

“[i]t cannot be said therefore that an accused’s decision to remain silent throughout criminal proceedings should necessarily have no implications when the trial court seeks to evaluate the evidence against him”²⁰⁶

Domstolens menade vidare att det finns exempel på situationer där en förklaring är påkallad och som exempel på en sådan angav domstolen att det ”as a matter of common sense” kan vara godtagbart att tystnaden får oförmånlig bevisverkan.²⁰⁷ Europadomstolen har i senare praxis återkommit till detta uttalande om att ”sunt förnuft” kan kräva en förklaring.²⁰⁸ I förhållande till kryptering har Koops, som utvärderat rätten att inte belasta sig själv kriminellt i förhållande till nederländsk rätt, uttryckt att en sådan verkan skulle kunna aktualiseras när de krypterade filerna ”clearly raises questions”.²⁰⁹ Koops går dock inte närmare in på vilka sådana omständigheter gällande det krypterade materialet som uppenbarligen leder till frågor skulle kunna vara. Jag återkommer till detta i min analys nedan i avsnitt 6.2.

Vidare är det värt att notera att Europadomstolen tydligt skiljde den typ av tvång som det var fråga om i *Murrays* fall från den typ av tvång som hade aktualiserats i *Funkes* fall. Medan det i det tidigare fallet varit fråga om en form av direkt tvång, att lämna ut dokument, menade domstolen att det i *Murrays* fall rörde sig om en form av indirekt tvång. Domstolen medgav att även ett indirekt tvång innebär en viss grad av tvång, men eftersom den misstänkte inte direkt har tvingats till något kan denna faktor inte vara avgörande.²¹⁰ Istället måste större vikt läggas vid vilket bevisvärde klagandens tystnad fått i den nationella domstolen samt vilka garantier som funnits till dennes förmån. I det aktuella fallet lades vikt vid att *Murray* vid flera tillfällen varnats för att hans tystnad kunde komma att få bevisverkan samt att åklagaren enligt den nationella rättsordningen varit tvungen att lägga fram prima facie-bevisning mot den misstänkte innan frågan om oförmånlig bevisverkan kunnat komma i fråga. Vidare ansågs den övriga bevisning som fanns mot *Murray* i sig också utgöra ett starkt fall.²¹¹ Värt att notera är dessutom att Europadomstolen synes ha lagt viss vikt vid att prövningen i nationell domstol gjorts av en domare och inte av en jury, något som återkommit även i senare praxis.²¹²

²⁰⁵ *John Murray mot Förenade kungariket* (1996), punkt 47.

²⁰⁶ *John Murray mot Förenade kungariket* (1996), punkt 47.

²⁰⁷ *John Murray mot Förenade kungariket* (1996), punkt 51–52.

²⁰⁸ Se exempelvis *Averill mot Förenade kungariket* (2000), punkt 51. Jag återkommer till detta rättsfall under avsnitt 4.1.4.2 nedan.

²⁰⁹ Koops (2012) (B), s. 180.

²¹⁰ *John Murray mot Förenade kungariket* (1996), punkt 50.

²¹¹ *John Murray mot Förenade kungariket* (1996), punkt 51–58.

²¹² *John Murray mot Förenade kungariket* (1996), punkt 51; se även de senare fallen *Condron mot Förenade kungariket* (2000), punkt 61–66; samt *Beckles mot Förenade kungariket* (2002),

Det andra av rättsfallen gällande rätten att inte belasta sig själv kriminellt från samma år, *Saunders mot Förenade kungariket* (1996), skulle också komma att bli omdiskuterat. I doktrin har hävdats att det var först i och med detta mål som rättighetens innebörd kom att preciseras.²¹³ *Saunders*, som misstänktes för felaktigheter i samband med uppköp av ett annat bolag kallades, vid flera tillfällen, till förhör under en administrativ utredning. Under hot om sanktionering med böter eller fängelse ålades han att svara på frågor. *Saunders* uttalanden under utredningen kom sedan att användas som bevis i en rättegång mot honom. Europadomstolen kom i sin bedömning att dra en viktig skiljelinje mellan att belasta sig själv genom uttalanden och att belasta sig själv genom att tillhandhålla redan existerande dokument eller prov av andra slag.²¹⁴ Man kan säga att domstolen således skiljde mellan material som åtkoms genom aktivt samarbete med den misstänkte och mellan material som existerar oberoende av den misstänktes vilja där endast det förstnämnda omfattas av rättigheten.²¹⁵ Som exempel på material som existerar oberoende av den misstänkte angav domstolen att det utöver dokument som erhålls genom husrannsakan även kan röra sig om exempelvis blod-, urin-, eller utandningsprov, samt kroppsvävnad som tas i syfte att utföra DNA-analys.²¹⁶

Jämfört med det ovannämnda fallet *Funke mot Frankrike* utgör *Saunders mot Förenade kungariket* en motsägelse, vilket också påpekats i doktrin. De bankutdrag som var aktuella i *Funke mot Frankrike* existerade ju även de oberoende av klagandens vilja, och det har därför uttryckts att uttalandet i *Saunders mot Förenade kungariket* kan ses som att Europadomstolen backade i fråga om rättighetens omfattning.²¹⁷ Ytterligare en aspekt särskild värd att notera i *Saunders mot Förenade kungariket* är domare Martens skiljaktiga mening som uttryckligen nämner problematiken med en dekrypteringsnyckel som existerar endast i den misstänktes minne. Domare Martens, som i sin skiljaktiga mening ifrågasatte distinktionen mellan självständigt och icke-självständigt material, nämnde nyckeln till ett krypteringssystem som ett exempel där det inte står klart huruvida denna existerar oberoende av den misstänktes vilja eller ej men gav, utöver att lyfta frågan, inget svar på hur en sådan nyckel skulle kunna hanteras under Europadomstolens praxis.²¹⁸

Ytterligare en intressant aspekt av *Saunders mot Förenade kungariket* är att Förenade kungariket invände att bekämpandet av bedrägeri, vilket utredningen mot *Saunders* handlat om, kunde rättfärdiga ett intrång i rättigheten. Europadomstolen uttalade det inte var nödvändigt att avgöra huruvida rätten att

punkt 57–66, där domarens bristande instruktioner till juryn särskilt understrukits av Europadomstolen.

²¹³ Jackson (2009), s. 837.

²¹⁴ Jmf *Saunders mot Förenade kungariket* (1996), punkt 69.

²¹⁵ Jmf Ward & Gardner (2003), s. 392. I doktrin har påpekats att detta uttalande kan ses som en länk till förbudet mot tortyr i konventionens artikel 3, rätten till skydd för privat- och familjeliv i artikel 8 och yttrandefrihet i artikel 10. Detta utvecklas dock inte på grund av de i avsnitt 1.6 klargjorda avgränsningarna; jmf Ashworth (2008), s. 759.

²¹⁶ *Saunders mot Förenade kungariket* (1996), punkt 69.

²¹⁷ Ward & Gardner (2003), s. 391.

²¹⁸ *Saunders mot Förenade kungariket* (1996), domare Martens skiljaktiga mening som biträdades av domare Kuris, punkt 12.

inte belasta sig själv är absolut eller om inskränkningar kan rättfärdigas under vissa omständigheter, men att bekämpandet av bedrägeri i vart fall inte kunde rättfärdiga ett intrång i den.²¹⁹

4.1.4.2 Rättigheten etableras

Efter det att Europadomstolen introducerat och satt ut ramarna för rätten att inte belasta sig själv kriminellt följde några rättsfall där domstolen bekräftade dessa inledande principer, men också utvecklade och delvis förändrade dem.

I *Heaney och McGuinness mot Irland* (2001) var det fråga om två klaganden som gripits i samband med ett bombdåd och misstänktes tillhöra en terroristorganisation. I enlighet med nationell lag ålades de att redogöra för sina förhållanden under en viss tidsperiod i samband med de misstänkta brotten, men vägrade bägge att göra så. Klagandena kom att frias från det faktiska brottet men dömdes till sex månaders fängelse för att ha vägrat att uppge var de befunnit sig under tiden för brottet. Efter att klagandena vänt sig till Europadomstolen konstaterade denna, precis som i det ovannämnda rättsfallet *John Murray mot Förenade kungariket*, att rätten att inte belasta sig själv kriminellt inte är en absolut rättighet.²²⁰ Vid bedömningen av huruvida ett visst förfarande inkräktat på rätten att inte belasta sig själv kriminellt menade domstolen att hänsyn måste tas till den grad av tvång som förekommit samt till huruvida detta tvång inkräktat på själva kärnan av rättigheten. I detta fall ansåg Europadomstolen att det aktuella tvånget, ett sex månader långt fängelsestraff, varit av så hög grad att det inkräktat på själva kärnan av rättigheten.²²¹ Vidare är intressant att notera att statens invändning om att försäkrandet av allmän ordning och säkerhet rättfärdigat inskränkningen inte godtogs av Europadomstolen. Europadomstolen påpekade explicit, med hänvisning till ovannämnda uttalande i *Saunders mot Förenade kungariket*, att något allmänt intresse inte kunde uppväga ett sådant intrång som inskränker kärnan av rätten att inte belasta sig själv kriminellt.²²² Ett resonemang längs samma linjer förekom även i fallet *Shannon mot Förenade kungariket* (2005), där Europadomstolen avvisade statens argument om att det inhemska förfarandet var nödvändigt för spårandet av ekonomisk vinning med anledning av brott.²²³

Under denna period återkom domstolen också till de uttalanden om oförmånlig bevisverkan den gjort i *John Murray mot Förenade kungariket*. Domstolens uttalande i *Murray mot Förenade kungariket*, att en oförmånlig bevisverkan av en misstänkts tystnad kan vara godtagbart i situationer som tydligt kräver en förklaring, fick ytterligare en exemplifiering i fallet *Averill mot Förenade kungariket* (2000). I fallet ansågs viss teknisk bevisning som band klaganden

²¹⁹ *Saunders mot Förenade kungariket* (1996), punkt 74.

²²⁰ *Heaney och McGuinness mot Förenade kungariket* (2001), punkt 47. Klagandena menade att även artikel 8 och 10 kränkts men dessa diskuteras med hänsyn till de avgränsningar som angivits i avsnitt 1.6 inte vidare här.

²²¹ *Heaney and McGuinness* (2001), punkt 48 respektive 55. Samma irländska lagstiftning prövades också i fallet *Quinn mot Irland* (2000) där klaganden fått konsultera advokat. Trots detta fann domstolen att det tvång som den irländska lagstiftningen uppställde inkräktade på rättighetens kärna, punkt 54–60.

²²² *Heaney and McGuinness mot Irland* (2001), punkt 57–58.

²²³ *Shannon mot Förenade kungariket* (2005), punkt 29, samt punkterna 37–38.

till brottet utgöra en omständighet som krävde förklaring. Europadomstolen påpekade särskilt i detta fall att oförmånlig bevisverkan på grund av den misstänktes oförmåga att tillhandahålla en förklaring endast utgjort en av de faktorer som använts för att konstatera att åtalet var ställt utom rimligt tvivel.²²⁴ I detta avseende bör noteras, vilket påpekats i doktrin, att den psykologiska effekten av en misstänkts tystnad egentligen aldrig utvärderas, så vad uttalanden om oförmånlig bevisverkan egentligen reglerar är referens till tystnad i domskälen.²²⁵

Vidare återkom under denna tid Europadomstolens resonemang från *Saunders mot Förenade kungariket* om självständigt existerande material i fallet *JB mot Schweiz* (2001). Fallet rörde en skyldighet enligt nationell lag att lämna ut dokument angående vilka bolag klaganden hade investerat i och Europadomstolen fann att det som krävts av klaganden inte kunde sägas existera självständigt i förhållande till dennes vilja, varför en kränkning ansågs föreligga.²²⁶ Principen om skillnaden mellan självständigt och icke-självständigt material kom således att upprepas.

4.1.4.3 En försvagad rättighet?

2006 och 2007 kom på vissa sätt att bli en vändpunkt när det gäller Europadomstolens tolkning av rätten att inte belasta sig själv. I doktrin har hävdats att i och med två domar från dessa år, båda från domstolens stora kammare, kom rättighetens innebörd att delvis klargöras men också nya frågor att skapas.²²⁷

Det första av rättsfallen, *Jalloh mot Tyskland* (2006),²²⁸ som på flera sätt skiljer sig från tidigare praxis, har varit omdiskuterat i doktrin och kommit att bli föremål för både kritik och debatt. I korta ordalag rörde fallet en man som misstänktes ha svält en påse innehållande narkotika. I syfte att åtkomma narkotikan iförde man honom med tvång kräkmedel varpå han kräktes upp en påse innehållandes narkotika. Detta användes sedan som bevis mot honom i den efterföljande rättegången där han dömdes till sex månaders fängelse.

I sin bedömning konstaterade Europadomstolen inledningsvis, i linje med tidigare domar, att rätten att inte belasta sig själv kriminellt inte omfattar material som existerar oberoende av den misstänktes vilja. Domstolen uttalade att droger gömda i en misstänkts kropp visserligen kan anses falla in i denna kategori av självständigt existerande material, men med hänsyn till bland annat den mycket höga grad av tvång som behövt användas för att komma åt materialet, och som också ansågs vara i strid med artikel 3 EKMR, menade domstolen att situationen ändå måste anses omfattas av rätten att inte belasta sig själv kriminellt.²²⁹ Därefter uttalade domstolen att bedömningen av

²²⁴ *Averill mot Förenade kungariket* (2000), punkt 51. Fallet aktualiserade även artikel 6 (3) (c), men jag bortser med hänsyn till de avsnitt 1.6 uppställda avgränsningarna från detta

²²⁵ Treschel (2005), s. 356.

²²⁶ *J. B. mot Schweiz* (2001), punkt 68 samt punkt 71.

²²⁷ Jmf Ashworth (2008), s. 762.

²²⁸ Fallet aktualiserade även artikel 3 och artikel 8, men jag bortser med hänsyn till de i avsnitt 1.6 uppställda avgränsningarna från detta.

²²⁹ *Jalloh mot Tyskland* (2006), punkt 112–116.

huruvida kärnan av rätten att inte belasta sig själv kränkts eller inte måste göras med utgångspunkt i fyra kriterier: karaktären av och graden av det tvång som använts för att åtkomma den aktuella bevisningen, det allmänna intresset av lagföring för det aktuella brottet, vilka garantier till förmån för den misstänkte som stadgas i den nationella lagstiftningen samt hur det åtkomna materialet använts i rättsprocessen.²³⁰

Vid appliceringen av de ovan angivna kriterierna i det aktuella fallet uttryckte Europadomstolen att tvånget varit av en mycket hög grad, det hade varit nödvändigt att flera polismän höll fast klaganden för att kräkmedlet skulle kunna injiceras via hans näsa, och därför hade detta allvarligt inkräktat på hans fysiska och mentala integritet. Vidare hade det allmänna intresset av att lagföra klaganden inte varit stort med tanke på att han var en relativt småskalig drogförsäljare, och detta relativt svaga intresse ansågs komma till uttryck också i att den inhemska domen i slutänden endast resulterat i sex månaders fängelse. Vad gällde garantierna för klaganden konstaterades att det visserligen fanns vissa sådana nationellt, exempelvis att kräkmedlet måste ordinerats av läkare, men domstolen menade att klaganden ändå måste anses ha varit i en mycket utsatt situation. Till sist konstaterades vad gällde användningen av bevisningen att drogerna åtkomna genom kräkmedlet utgjorde den huvudsakliga bevisningen i rättegången mot klaganden. Vid en sammantagen bedömning av dessa fyra kriterier fann Europadomstolen således att förfarandet inkräktat på kärnan av rätten att inte belasta sig själv kriminellt enligt artikel 6 (1) EKMR.²³¹

Det har antytts att *Jalloh mot Tyskland* innebar att Europadomstolen introducerade ett helt nytt sätt att se på rätten att inte belasta sig själv kriminellt.²³² Av de fyra faktorer som domstolen framförde är det framförallt det allmänna intresset av lagföring för det aktuella brottet som kommit att diskuteras. Även om Europadomstolen i just detta fall fann att intresset av lagföring av klaganden inte var särskilt stort, väcker domstolens resonemang intressanta frågor eftersom det indikerar att det finns fall av allvarlig brottslighet där ett intrång i rättigheten kan vara godtagbart. I doktrin har Ashworth spekulerat i huruvida detta möjligen skulle kunna vara droghandel i större skala än i det aktuella fallet, sexualbrott eller möjligen organiserad brottslighet, men i och med domstolens vaga uttalanden och avsaknaden av explicit praxis förblir dock detta oklart. Ashworth menar vidare att ett sätt att tolka domen är att rätten att inte belasta sig själv kriminellt gäller i förhållande till mindre allvarliga brott men inte i förhållande till mer allvarliga sådana. Han framför dock kritik gällande huruvida ett sådant resonemang, närmast liknande ett proportionalitetskrav, hör hemma i en sådan fundamental rättighet som rätten till en rättvis rättegång, och menar vidare, med hänsyn till Europadomstolens resonemang gällande det allmänna intresset av lagföring, att det kan ifrågasättas om domstolens resonemang i *Saunders mot Förenade*

²³⁰ *Jalloh mot Tyskland* (2006), punkt 117.

²³¹ *Jalloh mot Tyskland* (2006), punkt 118–123.

²³² Se exempelvis domare Pavlovskis skiljaktiga mening i det senare fallet *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* (2007), s. 28; jmf även Jackson (2009), s. 839.

kungariket som rörde allvarliga former av bedrägeri, eller *Heaney and McGuinness mot Irland* som gällde terrorism, inte längre gäller.²³³

I förhållande till krypterat material har de kriterier som introducerades i *Jalloh mot Tyskland* diskuterats av Koops. Koops, som tidigare funnit att en dekrypteringsorder inkräktar på rätten att inte belasta sig själv kriminellt,²³⁴ menar att så visserligen fortfarande är fallet eftersom den misstänktes intellektuella medverkan krävs, men att det med hänsyn till dessa kriterier kan rättfärdigas i vissa fall. Koops konstaterar således att om det är fråga om en låg grad av tvång och det material som åtkoms inte utgör den centrala bevisningen kan en dekrypteringsorder vara förenlig med rätten att inte belasta sig själv kriminellt så som den utvecklats under EKMR.²³⁵ Enligt Koops sätt att se på det är de fyra kriterierna beroende av varandra eftersom:

”[a]s the amount of pressure to co-operate increases and compelled material plays a greater role as evidence, the public interest of compelled co-operation will have to be higher and more safeguards for legal protection will have to be present”²³⁶

Det måste alltså, för att en dekrypteringsorder ska kunna accepteras, vara fråga om ett högt allmänt intresse och starka garantier för den misstänkte. De garantier som erbjuds kan exempelvis omfatta att dekrypteringsordern är skriftlig, att en rätt till juridiskt ombud föreligger, att det är fråga en rättvist fördelad bevisbörda, att det finns ett oberoende organ som ser över och granskar tillämpningen, samt att det finns en möjlighet att exkludera bevisning som åtkommit genom självbelastning.²³⁷ Koops understryker att möjligheten för domstolen att exkludera bevisning åtkommen genom en dekrypteringsorder är en förutsättning för att kunna införa en sådan, åtminstone om tvånget som används för att genomdriva den ska kunna vara av någon högre grad.²³⁸ Vidare kan en möjlighet också vara att erbjuda den misstänkte immunitet om denne dekrypterar eftersom detta, även om det inte innebär att den misstänkte kan straffas, kan vara av värde då det genom åtkomst till materialet exempelvis kan vara möjligt identifiera barn som utsätts för sexuella övergrepp.²³⁹

Med beaktande av Europadomstolens praxis menar Koops således att det finns tre tänkbara alternativ vad gäller rätten att inte belasta sig själv kriminellt i förhållande till en dekrypteringsorder. Det första alternativet vore att inte införa någon reglering och låta det förbli frivilligt om en misstänkt vill ge ut dekrypteringsnyckel, men att en vägran att göra så under vissa omständigheter kan få bevisverkan. Det andra alternativet vore att reglera dekryptering med bestämmelser liknande de om förhör för att på så sätt se till att garantier för den misstänkte är närvarande, vilket skulle öka möjligheten att den misstänktes ovilja kan få bevisverkan. Sådana garantier kan exempelvis utgöras av en rätt till ombud samt information till den misstänkte att denne inte är skyldig att uttala sig. Det tredje, och mest ingripande, alternativet vore att införa en

²³³ Ashworth (2008), s. 766f. samt 773f.

²³⁴ Koops (2000), s. 436f.

²³⁵ Koops (2012) (B), s. 180.

²³⁶ Koops (2012) (B), s. 180.

²³⁷ Koops (2012) (B), s. 182.

²³⁸ Koops (2012) (B), s. 181 samt s. 183.

²³⁹ Koops (2012) (B), s. 182.

lagstadgad dekrypteringsorder under de ovan angivna förutsättningarna. Koops menar att det andra alternativet förmodligen är att föredra, även om det tredje alternativet också är möjligt kan dess effektivitet ifrågasättas. Dock framhåller Koops att vilken typ av reglering som väljs ytterst är en fråga om vilken typ av kriminalpolitik som förs.²⁴⁰ Hur de ovan av Koops diskuterade kriterierna, särskilt möjligheten att exkludera bevisning, förhåller till det svenska rättssystemet återkommer jag till nedan i min analys i kapitel 6.

Efter de på många sätt omvälvande uttalandena i *Jalloh mot Tyskland* kom rätten att inte belasta sig själv kriminellt att ytterligare kompliceras året därpå i och med rättsfallet *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* (2007). Fallet gällde två klaganden vars bilar fångats av en hastighetskamera och därför ombads att tillhandahålla uppgifter om vem som kört respektive bil vid de aktuella tillfällena. Att inte göra så var straffbart enligt nationell lag med böter, indragning av körkortet eller så kallade "penalty points".²⁴¹ Medan *O'Halloran* uppgav att han kört bilen och dömdes för fortkörning, vägrade *Francis* att uppge något alls och dömdes för att ha vägrat lämna ut informationen. Båda hävdade sedan inför Europadomstolen att deras rätt att inte belasta sig själva hade kränkts.

Europadomstolen inledde sin bedömning med att poängtera att rätten att inte belasta sig själv inte utgör en absolut rättighet och underströk sedan att, medan artikel 6 visserligen utgör en av de okvalificerade rättigheterna i konventionen, kan vad som utgör en rättvis rättegång inte avgöras med hjälp av en enskild regel utan måste bero på omständigheterna i varje enskilt fall.²⁴² Med hänvisning till *Jalloh mot Tyskland* uttalade domstolen att frågan huruvida klagandenas rätt att inte belasta sig själva kriminellt hade kränkts måste avgöras med utgångspunkt i tre kriterier: karaktären av och graden av det tvång som använts för att åtkomma den aktuella bevisningen, vilka garantier till förmån för den misstänkte som stadgas i den nationella lagstiftningen samt hur det med tvång åtkomna materialet använts i rättsprocessen.²⁴³ Här kan snabbt noteras att domstolen inte nämner det allmänna intresset av lagföring som ett krav, trots att man uttryckligen refererar till *Jalloh mot Tyskland*, vilket också uppmärksammats i doktrin.²⁴⁴

Vid beaktande av dessa kriterier i det aktuella fallet kom Europadomstolen att göra ett oväntat uttalande angående direkt tvång. Medan domstolen medgav att den visserligen funnit att en kränkning förelåg i varje tidigare fall då direkt tvång använts för att förmå en misstänkt att belasta sig själv, underströk domstolen att varje form av direkt tvång inte automatiskt innebär en kränkning av rättigheten.²⁴⁵ Europadomstolen menade att såväl *O'Halloran* som *Francis* visserligen utsatts för tvång av direkt natur men att detta tvång var av särskild

²⁴⁰ Koops (2012) (B), s. 183f.

²⁴¹ *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* (2007), punkt 56; så kallade "penalty points" är en slags "prickar" som en körkortsinnehavare kan få efter mindre trafikförseelser, se *Endorsement codes and penalty points* (2013).

²⁴² *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* (2007), punkt 53.

²⁴³ *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* (2007), punkt 55.

²⁴⁴ Ashworth (2008), s. 766.

²⁴⁵ *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* (2007), punkt 53.

karaktär eftersom det var del av det regelverk som alla som väljer att köra bil underkastar sig. Europadomstolen uttryckte detta som att de som kör bil:

“... can be taken to have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime relating to motor vehicles, and... these responsibilities include the obligation, in the event of suspected commission of road-traffic offences, to inform the authorities of the identity of the driver on that occasion.”²⁴⁶

Efter detta konstaterande utvärderade Europadomstolen vad klagandena ombetts göra, med andra ord vilken typ av tvång det varit fråga om. Medan klaganden i tidigare fall ombetts lämna ut samtliga dokument rörande en viss fråga,²⁴⁷ eller i vissa fall ombetts avge en fullständig rapport över hur de rört sig under en viss tidsperiod,²⁴⁸ ombads *O'Halloran* och *Francis* endast att uppge vem som kört deras bil vid en specifik tid. Ett sådant uttalande menade Europadomstolen måste beaktas i form av “... the limited nature of the inquiry which the police were authorised to undertake”²⁴⁹, och hänvisade till ett tidigare fall där samma sak, att uppge vem som kört en bil vid en viss tidpunkt, ansetts utgöra ett “simple fact”.²⁵⁰ Vidare underströk Europadomstolen att den brittiska lagstiftningen innehöll garantier för de misstänkta i form av ett visst beviskrav och att användningen av den belastande information som åtkommit endast utgjort ett av flera bevis som den inhemska domen baserats på. Efter att ha beaktat alla dessa faktorer fann Europadomstolen att kärnan av rättigheten inte kränkts och att någon kränkning således inte förelåg.²⁵¹ Det kan i anslutning till *O'Halloran* och *Francis mot Förenade kungariket* noteras att domstolen i ett senare fall där en misstänkt vars bil inte fångats på en hastighetskamera hävdade att han inte kört bilen, men inte kunde uppge vem som istället gjort det, inte fann att det förelåg en situation som uppenbart krävde en förklaring. Europadomstolen konstaterade att den nationella domstolen genom att “...requiring the applicant to provide an explanation although it had not been able to establish a convincing prima facie case against him...shifted the burden of proof from the prosecution to the defence”²⁵². Således kan konstateras att oavsett hur “lätt” den fråga som ställs anses vara kvarstår kravet på att prima facie-bevisning först måste läggas fram.

Det faktum att Europadomstolen uttalade att ingen kränkning förelåg trots att direkt tvång förekommit, och trots att detta tvång bidragit till en fällande dom, gör att det kan ifrågasättas huruvida *O'Halloran* och *Francis mot Förenade kungariket* innebar ett försvagande av rätten att inte belasta sig själv kriminellt. Ett möjligt sätt att tolka uttalandena är att Europadomstolen låter det direkta tvång som förekommit vägas upp av andra faktorer, ett annat att bilkörning utgör ett specialfall där man som bilägare accepterar vissa begränsningar av sina rättigheter. Även om Europadomstolen, vilket i doktrin funnits beklagligt, inte uttryckligen angav denna senare tolkning som det avgörande kriteriet tyder

²⁴⁶ *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* (2007), punkt 57.

²⁴⁷ Jmf exempelvis *Funke mot Frankrike* (1993), punkt 30 och *J.B. mot Schweiz* (2001), punkt 39.

²⁴⁸ *Heaney och McGuinness mot Irland* (2001), punkt 24.

²⁴⁹ *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* (2007), punkt 58.

²⁵⁰ *Weh mot Österrike* (2004), punkt 54.

²⁵¹ *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* (2007), punkt 55–63.

²⁵² *Krumpholz mot Österrike* (2010), punkt 40.

domstolens uttryckssätt på att en sådan argumentation kan föras.²⁵³ Frågan är då vilka andra specialfall, förutom bilkörning, där individer genom att aktivt ta del i en aktivitet underkastar sig en reglering och därmed också en rättighetsbegränsning. Detta förblir ännu oklart men hur det skulle kunna förhålla sig till kryptering återkommer jag till i min analys.

Efter *Jalloh mot Tyskland* och *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* har Europadomstolen behandlat rätten att inte belasta sig själv kriminellt i ett antal rättsfall i vilka de tidigare utformade principerna till stor del bekräftats. Europadomstolen har fortsatt att använda kriteriet gällande allmänt intresse av lagföring men har, som tidigare, understrukit att själva kärnan av rättigheten inte får inkräktas på.²⁵⁴ Vidare har domstolen också fortsatt att utvärdera karaktären och graden av det tvång som använts för att åtkomma den aktuella bevisningen, vilka garantier till förmån för den misstänkte som stadgas i den nationella lagstiftningen samt hur det åtkomna materialet använts i rättsprocessen.²⁵⁵ En utveckling som kan ses i senare års praxis är att Europadomstolen särskilt tittat på vilka garantier för den misstänkte som erbjuds, och då särskilt rätten till rättegångsbiträde som uttrycks i konventionens artikel 6 (3) (c).²⁵⁶ Detta har uttryckts som att försvarrets rättigheter blir "irretrievably prejudiced" när belastande uttalande görs under polisförhör utan rättegångsbiträde och dessa sedan används för fällande dom.²⁵⁷

4.1.5 Rättighetens rättfärdigande: ett uttryck för skyddsprincipen?

Vid introducerandet och etablerandet av rätten att inte belasta sig själv kriminellt har Europadomstolen i viss begränsad utsträckning uttalat sig om rättighetens rättfärdigande. Med beaktande av denna uppsats teoretiska utgångspunkt är det därför relevant att undersöka huruvida skyddet mot självbelastning under EKMR ska ses som ett uttryck för skyddsprincipen och särskilt om detta gäller även i förhållande till krypterat material.

Inledningsvis kan noteras att rätten att inte belasta sig själv kriminellt är en omdiskuterad rättighet vars rättfärdigande inte kan sägas stå klart. Ur ett historiskt perspektiv kan rätten på ett generellt plan förklaras som en motreaktion mot det inkvisitoriska förfarande som hade en stark ställning i de europeiska rättsordningarna under medeltiden.²⁵⁸ Det har hävdats att det kan identifieras fyra huvudsakliga skäl som används för rättighetens rättfärdigande:

²⁵³ Jmf Ashworth (2008), s. 763.

²⁵⁴ Se exempelvis *Bykov mot Ryssland* (2009), punkt 92–93; *Niculescu mot Rumänien* (2013), punkt 111.

²⁵⁵ Jmf *Bykov mot Ryssland* (2009), punkt 94 – 105; *Sorokins och Sorokina mot Lettland* (2013), punkt 110.

²⁵⁶ Se exempelvis *Niculescu mot Rumänien* (2013), punkt 112; se även *Salduz mot Turkiet* (2008), punkt 54–55. Med hänsyn till de i avsnitt 1.6 uppställda avgränsningarna diskuteras innebörden av denna rättighet dock inte närmare.

²⁵⁷ *Salduz mot Turkiet* (2008), punkt 55.

²⁵⁸ Träskman (1993), s. 596. Träskman skriver om "rätten att förbli tyst" men med hänsyn till de terminologiska frågor som redogjorts för i avsnitt 4.1.2. använder jag den övergripande termen.

humanitära skäl, skäl kopplade till en individs autonomi, skäl kopplade till att åtkommen bevisning ska vara tillförlitlig samt skäl kopplade till att den misstänkte inte ska utsättas för alltför mycket press.²⁵⁹ På annat håll i litteraturen uttrycks dock att det är svårt att definiera vad som utgör dess rättfärdigande.²⁶⁰ Det kan därför ses som förvånande att Europadomstolen så till synes lättvindigt introducerade den som en del av konventionen utan att närmare förklara varför.²⁶¹

I det första rättsfallet som berörde rättigheten uttalade sig Europadomstolen inte överhuvudtaget om rättighetens rättfärdigande utan det var först i det andra rättsfallet, *Murray mot Förenade kungariket*, som domstolen uttryckte att ”...these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and to securing the aims of Article 6...”²⁶² och i det senare, tredje fallet, *Saunders mot Förenade kungariket* vidare att ”[t]heir rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfillment of the aims of Article 6...”²⁶³. Dessa uttalanden har, om än med viss variation, sedan kommit att upprepas av domstolen när den återkommit till rättighetens rättfärdigande.²⁶⁴ Som Berger påpekat är dessa uttalanden förhållandevis vaga och tills domstolen utvecklar dessa är det svårt att på ett korrekt sätt utvärdera i vilka situationer rätten är avsedd att gälla.²⁶⁵

På annat håll i doktrin har dock domstolens uttalanden, att skyddet mot självbelastning syftar till att undvika ”miscarriages of justice” tolkats som att rättighetens verkliga rättfärdigande är att bevis måste vara tillförlitliga, med andra ord att en alltför pressad misstänkt riskerar att uppge något som inte stämmer. Det har argumenterats att ett uttryck för detta kan ses i att de undantag som erkänts har gällt exempelvis blodprov eller redan existerande dokument, något som uttrycks som en distinktion mellan ”non cheatable and cheatable cooperation”²⁶⁶. Detta är särskilt intressant i förhållande till krypterat material eftersom man kan argumentera för att information som har med sådant material att göra faller in i den första kategorin.²⁶⁷ Jag återkommer till detta, och därmed också till om skyddsprincipen är svagare just vid en dekrypteringsorder än i andra situationer som aktualiserar rätten att inte belasta sig själv kriminellt nedan i avsnitt 6.1.1.2.

²⁵⁹ Koops (2000), s. 435f.

²⁶⁰ Se exempelvis Dolinko (1985), s. 1147f.; Jackson (2009), s. 836.

²⁶¹ Jmf Berger (2006), s. 342f.

²⁶² *Murray mot Förenade kungariket* (1996), punkt 45.

²⁶³ *Saunders mot Förenade kungariket* (1996), punkt 68.

²⁶⁴ Se exempelvis *J.B. mot Schweiz* (2001), punkt 64; *Serves mot Frankrike* (1997), punkt 46.

²⁶⁵ Berger (2006), s. 346.

²⁶⁶ Koops (1999), s. 179f.

²⁶⁷ Jmf Koops (1999), s. 180f.

4.2 Ytterligare om rättigheten enligt svensk rätt

Som beskrivits ovan utgör EKMR, och därmed också den rätt att inte belasta sig själv kriminellt som utvecklats under artikel 6 (1), en del av svensk rätt. I övriga svenska regler finns ingen bestämmelse som uttryckligen stadgar att en misstänkt inte ska behöva belasta sig själv, men Ekelöf & Boman menar att det kan anses utgöra en grundläggande princip enligt RB att en person inte kan åläggas att vara aktiv mot sig själv.²⁶⁸ Även på andra håll i doktrin uttrycks att någon sådan plikt inte föreligger.²⁶⁹ Som påpekats i doktrin, föreligger dock ingen rätt att informeras om detta.²⁷⁰ Noteras kan också att rätten till en rättvis rättegång sedan några år tillbaka även kommer till uttryck i 2 kap. 11 § 2 st. RF.

I svensk rätt har rätten att inte belasta sig själv kriminellt särskilt diskuterats i förhållande till de situationer då det föreligger en lagstadgad skyldighet att yttra sig under sanktion. Det kan ses som ett uttryck för rätten att inte belasta sig själv kriminellt att en sådan skyldighet normalt bortfaller då en person är misstänkt för brott.²⁷¹ Vidare har Europadomstolens praxis under artikel 6 (1) diskuterats särskilt i förhållande till undantagen från den edgångsskyldighet som uttrycks i 6 kap. 5 § 2 st. KL. HD har fastslagit, med uttrycklig hänvisning till flera av ovannämnda rättsfall från Europadomstolen, att ett sådant åläggande inte är förenligt med EKMR om de uppgifter som ska beedigas riskerar att avslöja uppgifter om att personen begått brott och dessa uppgifter kan användas som bevis i en kommande rättegång.²⁷² Rätten att inte belasta sig själv kriminellt har också, som nämnts i avsnitt 3.1.1 diskuterats i viss mån i förhållande till provokativa åtgärder och HD har konstaterat "... att rätten att inte behöva uttala sig eller lämna uppgifter som är belastande för den enskilde själv, har uppfattats som centrala skyddsregler vid genomförandet av en rättegång".²⁷³

Nedan beskrivs, helt kort, vilka specifika regler i RB som kan ses som uttryck för den misstänktes rätt att inte belasta sig själv kriminellt under förundersökning respektive rättegång.

²⁶⁸ Ekelöf & Boman (1992), s. 217f.

²⁶⁹ Jmf Bring & Diesen (2009) s. 121 samt s. 312; Øyen (2010), s. 290f.

²⁷⁰ Bring & Diesen (2009), s. 121. Det kan noteras att huruvida det föreligger en sådan rätt att informeras enligt EKMR är oklart. Även om, som Treschel uttrycker det, informationen är helt instrumentell för ett praktiskt genomförande av rättigheten är det inte klart att så är fallet, Treschel (2005), s. 352.

²⁷¹ Se exempelvis undantag från upplysningsplikt gällande taxeringsuppgifter i kap. 44 § 3 SFL; jmf även Bring & Diesen (2009), s. 121.

²⁷² NJA 2001 s. 563; jmf även RH 2007:12 samt se NJA 2005 s. 407 där rätt att vägra edgångsskyldighet inte ansågs föreligga när personen genom en lagakraftvunnen dom redan dömts för de brott som i så fall skulle undantagits honom från edgångsskyldigheten.

²⁷³ NJA 2011 s. 658, punkt 32.

4.2.1 Under förundersökning

I förhållande till rätten att inte belasta sig själv kriminellt utgör förhör under förundersökningen en central aspekt. I 23 kap. 6 § RB stadgas en allmän rätt att hålla förhör under förundersökning med ”envar, som antages kunna lämna upplysning av betydelse för utredningen”. Detta stadgande innebär att det är en allmän skyldighet att ställa upp på förhör, såväl för misstänkt som för annan person som kan tänkas ha upplysningar av vikt.²⁷⁴ Att det är en allmän skyldighet att ställa upp på förhör innebär dock inte att det finns någon skyldighet att yttra sig.²⁷⁵ Om ett vittne vägrar att låta sig förhöras finns vissa möjligheter att redan under förundersökningen förordna om vittnesförhör inför rätten, men någon sådan möjlighet finns inte när det gäller den misstänkte.²⁷⁶

Vad gäller en skyldighet för den misstänkte att lämna ut material under förundersökningen kan noteras att förundersökningsledaren har vissa möjligheter att få tillgång till skriftligt bevis eller föremål av betydelse för utredningen i enlighet med 23 kap. 14 § 2 st. RB. Av lagtexten framgår inte vilka begränsningar som detta stadgande innehåller men i praxis har konstaterats att det bör ha samma omfattning som den lagstadgade editionsplikten enligt 38 kap. RB vilket i praktiken innebär att den misstänkte är undantagen från sådan skyldighet.²⁷⁷

Som noterats i inledningen till denna uppsats presenterades i den nyligen framlagda SOU 2013:39 ett förslag med anledning av Sveriges tillträde till Europarådets konvention om it-relaterad brottslighet som berör frågan om utlämning av dekrypteringsnycklar. I utredningen föreslås, med anledning av konventionens artikel 19 (4), en bestämmelse som möjliggör att lämna föreläggande om utlämning av upplysningar i syfte att underlätta husrannsakan i it-miljö, och utlämning av en dekrypteringsnyckel anges som ett exempel på en sådan upplysning.²⁷⁸ Utredningen bedömer visserligen att svensk rätt redan uppfyller kraven som ställs genom reglerna om vittnesförhör inför rätten, men anser ändå att en sådan möjlighet kan vara av nytta. För att ett sådant föreläggande ska ges behöver inte någon vara skäligen misstänkt men om så är fallet ska ett föreläggande inte kunna riktas mot den misstänkte eftersom detta bedöms vara oförenligt med artikel 6 EKMR. Istället bedöms att förslaget kan komma till användning när det riktas mot exempelvis systemadministratörer.²⁷⁹ Vidare konstateras att det enligt utredningens mening inte heller kan vara avsikten att artikel 19 (4) ska tolkas så att en misstänkt kan föreläggas att lämna ut sådan information. Detta med hänsyn till artikel 15 som stadgar att det vid införande, genomförande och tillämpning av de processrättsliga bestämmelserna i Europarådets konvention om it-relaterad brottslighet, ska iakttas respekt för grundläggande rättigheter, däribland EKMR.²⁸⁰ Eftersom denna uppsats utgår från situationer där någon är skäligen misstänkt faller

²⁷⁴ Jmf Bring & Diesen (2009), s. 321ff.

²⁷⁵ Fitger m.fl. (2013), 23:36a.

²⁷⁶ Jmf 23 kap.13 § RB.

²⁷⁷ NJA 2003 s. 107, för vidare diskussion om betydelse av 23 kap. 14 § 2 st. RB se Hjertstedt (2011), s. 436f.

²⁷⁸ SOU 2013:39, s. 278ff.

²⁷⁹ SOU 2013:39, s. 158ff. samt s. 278ff.

²⁸⁰ SOU 2013:39, s.159.

förslaget i utredningen utanför uppsatsens fokus. Dock är intressant att notera att förslaget helt kort konstaterar att ett föreläggande mot en misstänkt inte vore förenligt med EKMR utan att i någon egentlig mening diskutera den praxis som utvecklats under EKMR. Jag återkommer till detta nedan.

4.2.2 Under rättegång

Att den misstänkte²⁸¹ inte är skyldig att yttra sig under rättegången stadgas inte uttryckligen i någon svensk bestämmelse. Av motiven till RB framgår dock att någon sådan skyldighet inte föreligger.²⁸² En annan sak är att en vägran att göra så i viss mån kan beaktas vid bevisvärderingen vilket behandlats ovan.²⁸³ I doktrin har även hävdats att reglerna om undantag från vittnesplikten i 36 kap. 1 § respektive 36 kap. 6 § RB kan ses som ett uttryck för rätten att inte belasta sig själv kriminellt.²⁸⁴ Vad gäller straffprocessuell editions- och exhibitionsplikt omfattar en sådan visserligen även digitalt lagrat material,²⁸⁵ men dess betydelse är starkt begränsad i brottmål eftersom den misstänkte är undantagen från sådan enligt 38 kap. 2 § 1 st. respektive 39 kap. 5 § 1 st. RB. Av lagmotiven framgår att husrannsakan och beslag är avsedda att i brottmål gälla istället för reglerna om edition och då på förundersökningsstadiet.²⁸⁶

4.3 Kommentar

Rätten att inte belasta sig själv kriminellt får idag genom framförallt Europadomstolens praxis anses utgöra en etablerad del av svensk rätt. Trots de endast dryga 20 år som gått sedan rätten introducerades kan den sägas ha genomgått en omvälvande utveckling: från ett inledningsvis mycket starkt skydd där även självständigt existerande material omfattades till att med tiden tillåta allt fler åtgärder från statens sida. Således kan, med hänsyn till denna uppsats teoretiska utgångspunkt som diskuterats i avsnitt 1.5, sägas att förverkligandeprincipen har tillåtits ta allt större utrymme.

Idag står klart att Europadomstolen tillåter vissa förfaranden där den misstänkte faktiskt belastar sig själv kriminellt, men det står inte helt klart i vilken omfattning detta gäller. Vad som är tydligt är dock att det efter *Jalloh mot Tyskland* och *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* framstår som att möjligheterna att tvinga en misstänkt att samarbeta utan att det anses utgöra en kränkning blivit större och att de centrala begreppen är dels distinktionen mellan självständigt och icke-självständigt existerande material, dels rättighetens kärna som utvärderas enligt fyra kriterier.

²⁸¹ Den korrekta termen under rättegång är naturligtvis tilltalad men av de skäl som redogjorts för under avsnitt 1.7 används genomgående termen misstänkt.

²⁸² SOU 1938:44, s. 36.

²⁸³ Om 35 kap. 4 § RB, se avsnitt 3.1.2.1. ovan.

²⁸⁴ Knuts (2013), s. 87, fotnot 4.

²⁸⁵ Fitger (2011), 38:3 om skriftlig handling (2011); i doktrin uttalas att den straffprocessuella exhibitionsplikten är att anse som identisk med den straffprocessuella editionsplikten med anledning av HD:s uttalanden i NJA 1981 s. 791 samt NJA 1992 s. 307, se Hjertstedt (2011), s. 479f.

²⁸⁶ SOU 1938:44, s.413; se även Ds 2005:6, s. 268.

Utöver den praxis som utvecklats av Europadomstolen förekommer vissa bestämmelser gällande rätten i övriga svenska regler, även om uttryckliga stadganden saknas. I den begränsade svenska praxis som finns har Europadomstolens uttalanden återupprepats och bekräftats. Vad gäller den bedömningen som gjorts i SOU 2013:39 delar jag utredningens bedömning på så sätt att Europarådets konvention om it-relaterad brottslighet inte kan anses innebära ett krav på införande av en möjlighet att ålägga misstänkta att bidra till eftersökandet av digitalt lagrad information. Dock måste understrykas att vad som stadgas är att konventionen ska genomföras med respekt för de grundläggande rättigheter som EKMR uppställer. Detta är således beroende av vad den rätt som utvecklas enligt EKMR egentligen omfattar. Det får därför sägas i viss mån märkligt att utredningen, utan att egentligen undersöka vad rättigheten omfattar, så kategoriskt förkastar en sådan möjlighet.

5 En internationell utblick

I takt med krypteringsteknikens ökade spridning har frågan om tillgång till krypterat material i brottmål kommit att diskuteras i nationell praxis runt om i världen de senaste åren. En dekrypteringsorder riktad mot misstänkta föreligger enligt lag i Storbritannien och har genom praxis till viss del utvecklats också i amerikansk rätt.²⁸⁷ Som nämnts ovan i avsnitt 1.4 syftar detta arbete inte till att göra någon komparativ analys utan, i brist på svensk lagstiftning eller praxis på området, exemplifiera hur frågan om åtkomst till dekrypteringsnycklar och rätten att inte belasta sig själv kriminellt har hanterats. Nedanstående redogörelse bör alltså läsas i exemplifierande syfte och avser, som tidigare nämnts, att utgöra en ”argumentationsbank”.

Först redogörs helt kort för den brittiska lagstadgade dekrypteringsordern och därefter görs under en gemensam rubrik en genomgång av för på området relevant brittisk och amerikansk praxis, samt åsikter i doktrin gällande de argument som där förts fram. Eftersom de fall av dekrypteringsorder som aktualiserats i amerikansk rätt är inte lagstadgade utan har utvecklats i praxis behandlas dessa enbart under det avsnitt som rör praxis.

5.1 Den brittiska dekrypteringsordern

En lagstadgad dekrypteringsorder infördes i Storbritannien år 2000 genom den så kallade *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*.²⁸⁸ Lagstiftningen var del i en större revision gällande tvångsmedel och avsåg att tillförsäkra effektiviteten hos redan existerande sådana.²⁸⁹ Regelverket under RIPA är komplext och inom ramen för denna uppsats finns inte utrymme att redogöra för det i sin helhet, men nedan redogörs helt kort för de bestämmelser som är relevanta vad gäller krypterat material och som alla återfinns i lagens tredje del, sektion 49–56. Noteras bör att lagen omfattar såväl lagrad som kommunicerad data,²⁹⁰ men beskrivs nedan med fokus på lagrad sådan.

Sektion 49 stadgar en möjlighet att ålägga en misstänkt att lämna dekrypteringsnyckeln till material som beslagtogs. För att ett åläggande ska få utfärdas ska skälig misstanke (”on reasonable grounds”) finnas för att dekrypteringsnyckeln finns hos en viss person, att åtkomsten till informationen på skälig grund tros vara nödvändig för att säkra rättsväsendet befohgheter, att det inte anses finnas en rimlig möjlighet att komma åt den krypterade information i läsbar form på annat sätt, samt att en proportionalitetsavvägning görs.²⁹¹ För att en skyldighet att lämna ut en dekrypteringsnyckel ska föreligga

²⁸⁷ Av de skäl som angetts i avsnitt 1.4 begränsar jag mig till brittiska och amerikanska exempel.

²⁸⁸ RIPA (2000), tillgänglig på : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/contents> (hämtad 2013-11-19). Det bör noteras att RIPA visserligen varit föremål för Europadomstolens prövning men endast när det gäller avlyssning och inte de bestämmelser som gäller dekryptering, se exempelvis *Kennedy mot Förenade kungariket* (2010).

²⁸⁹ Chatterjee (2012), s. 412.

²⁹⁰ Jmf sektion 49 (1) (a) respektive (b).

²⁹¹ Sektion 49 (2).

måste det vidare anses nödvändigt enligt någon av de i bestämmelsen uppräknade grunderna: nationell säkerhet, nationella ekonomiska intressen eller upptäckande och förebyggande av brott.²⁹² I enlighet med sektion 53 (1) utgör det ett brott att inte följa ett åläggande enligt sektion 49, och sektion 53 (2) och (3) stadgar i detta avseende en delvis omvänd bevisbörda. Enligt 53 (2) gäller att om det kan visas att en person haft en nyckel vid någon given tidpunkt före ett åläggande ska det presumeras att personen innehar nyckeln vid alla efterföljande tidpunkter, om denne inte kan visa att dekrypteringsnyckeln inte var i dennes ägo efter det att åläggandet utfärdades och innan tidpunkten för dekrypteringsordern. Enligt sektion 53 (3) ska en person anses ha visat att denne inte innehar dekrypteringsnyckeln vid en specifik tidpunkt om tillräckligt mycket bevis lags fram för att “raise an issue with respect to it” samt motsatsen inte bevisas bortom rimligt tvivel.²⁹³ Mason uttrycker detta som att bestämmelsen innebär att “[t]he accused will not bear a persuasive burden, merely an evidential burden to raise sufficient evidence to demonstrate the key was not in their possession at the time the notice was given”.²⁹⁴ Vidare stadgas i sektion 50 och 51 vissa praktiska bestämmelser samt bestämmelser rörande fördelning av kostnader.

Straffskalan varierar mellan olika brottstyper och sträcker sig från böter upp till fem års fängelse. De högsta fängelsestraffen är reserverade för brott rörande nationell säkerhet och sexualbrott mot barn, medan övriga brott har ett straffmaximum på två års fängelse.²⁹⁵ När RIPA introducerades var straffet för att inte dekryptera två år när det gällde fall av misstänkt barnpornografi, vilket med tiden ansågs stå i för stark kontrast till straffet för det faktiska brottet och därför kom att ändras. Tanken var således att en misstänkt inte skulle kunna ”tjäna” något på att inte lämna ut nyckeln.²⁹⁶ Avslutningsvis stadgar sektion 55 vissa allmänna garantier rörande proportionalitetsavvägning och om förstörande av nyckeln då den inte längre behövs.²⁹⁷

5.2 Utländsk praxis

Nedan återges brittiska och amerikanska rättsfall där frågan om åtkomst till krypterat material aktualiserats i syfte att identifiera de argumentationslinjer och principiella frågor som kommer till uttryck.

Sedan den ovan beskrivna brittiska lagstiftningen trädde i kraft år 2000 har ett antal rättsfall aktualiserats under den. Av särskilt intresse för denna uppsats är rättsfallet *R v S (F)* (2008) vilket diskuterar just en lagstadgad dekrypteringsorders förenlighet med artikel 6 EKMR. I fallet, som rörde två personer som gripits misstänkta för terroristrelaterad brottslighet, hade krypterat material återfunnits hos dem båda. Efter att personerna, i enlighet med RIPA, ålagts att tillhandahålla dekrypteringsnycklarna men vägrat med

²⁹² Sektion 49 (3).

²⁹³ Sektion 53(3).

²⁹⁴ Mason (2012), s.213f.

²⁹⁵ Sektion 53 (5) samt 5 (a).

²⁹⁶ Chatterjee (2011), s. 415f.

²⁹⁷ Sektion 55 (2) (c) respektive (f).

hänvisning till rätten att inte belasta sig själv kriminellt prövades fallet i både underrätt och appellationsdomstol.

Vid sin bedömning noterade appellationsdomstolen, med beaktande av såväl praxis från nationella domstolar som Europadomstolen, att rätten att inte belasta sig själv kriminellt inte är tillämplig i de fall då det material som eftersöks existerar självständigt i förhållande till den misstänktes intellekt. Den avgörande faktorn menade domstolen således vara vilken natur dekrypteringsnyckeln har: om den existerar självständigt i förhållande till den misstänktes vilja eller inte. Domstolen fann att en dekrypteringsnyckel, liksom det data som skyddas av den, existerar oberoende av den misstänktes vilja. Detta eftersom oavsett om varje individ skapar sin egen nyckel, då ju användandet av en persons intellekt uppenbarligen föreligger, så förhåller sig nyckeln, när den väl är skapad, självständigt i förhållande till den misstänktes minne. Domstolen jämförde detta med en fysisk låda och fastslog att "[i]n this sense the key to the computer equipment is no different to the key to a locked drawer"²⁹⁸. Vidare förde domstolen ett resonemang kring vilken roll det spelar om den information som nyckeln leder till visar sig vara kriminellt belastande eller inte. Domstolen menade att oavsett om så visar sig vara fallet så utgör nyckeln ett självständigt faktum. Om den information som de krypterade filerna innehåller sedan visar sig vara belastande för den misstänkte så aktualiseras visserligen rätten att inte belasta sig själv kriminellt, men domstolen menade att den aktualiseras på ett mycket begränsat sätt. Detta dels eftersom en proportionalitetsavvägning tillämpats, dels eftersom det enligt brittisk rätt är öppet för domstolen att exkludera denna bevisning om den åtkommit i strid med rätten att inte belasta sig själv.²⁹⁹

Den brittiska domstolens resonemang, att en dekrypteringsnyckel existerar oberoende av den misstänktes vilja, har kommit att kritiserats eftersom analogin till en verklig nyckel inte tar i beaktande karaktären hos digitala objekt, just att de fysiskt sett är ogripbara.³⁰⁰ Detta har beskrivits som att en dekrypteringsnyckel är ett "psykologiskt faktum", vilket omöjligen kan jämföras med en fysisk nyckel.³⁰¹ Den brittiska domstolens argumentation i *R v S (F)* har dock kommit att upprepas i senare praxis, exempelvis rättsfallet *Greater Manchester Police v Andrews* (2012) där det vid en husrannsakan upptäcktes barnpornografiskt material på en hårddisk samt, utöver detta, också USB-minnen vilka var krypterade. Efter att en dekrypteringsorder för dessa utfärdats konstaterades att informationen på USB-minnena med stor sannolikhet var belastande för den misstänkte men att, med samma resonemang som i det ovan angivna *R v S (F)*, denne ändå kunde åläggas att tillhandahålla dekrypteringsnyckeln.³⁰² En liknande situation aktualiserade i fallet *Drage* där det var det fråga om misstänkt sexuellt utnyttjande av barn och krypterat material återfanns. Särskilt värt att notera är att dekrypteringsnyckeln i fallet rapporterades vara 50 tecken lång,³⁰³ en omständighet som kan ha betydelse

²⁹⁸ *R v S(F)* (2008), punkt 20.

²⁹⁹ *R v S (F)* (2008), punkt 20-25.

³⁰⁰ Chatterjee (2011), s. 281.

³⁰¹ Roberts (2009), s. 192.

³⁰² *Greater Manchester Police v. Andrews* (2012).

³⁰³ Fallet är orapporterat, men beskrivs av Chatterjee (2011), s. 282f.

när det gäller genomförandenaspekter av en dekrypteringsorder och en misstänks förmåga att faktiskt minnas nyckeln. Jag återkommer till detta i avsnitt 6.1.2.

Skyldigheten att lämna ut en dekrypteringsnyckel har också i begränsad utsträckning kommit att diskuteras i amerikansk praxis. Enligt amerikansk rätt finns inte någon lagstadgad dekrypteringsorder men genom regler om skyldighet att lämna ut material i brottmål i kombination med konstitutionens femte tillägg, som innefattar en rätt att inte belasta sig själv kriminellt, har frågan kommit att aktualiseras.³⁰⁴ I detta avseende måste inledningsvis noteras att rätten att inte belasta sig själv kriminellt så som den utvecklats i amerikansk rätt är tillämplig i förhållande till bevis som anses vara ”testimonial”.³⁰⁵ Detta begrepp kan innefatta såväl muntlig information som dokument, och vid utlämnandet av det senare anses materialet vara ”testimonial” om det innebär att den misstänkte erkänner att dokumenten existerar, vidimerar dess äkthet eller att de är i dennes ägo.³⁰⁶ Enligt amerikansk praxis anses dock sådant material inte falla in under begreppet om det inte innebär att en misstänkt använder sitt intellekt,³⁰⁷ alternativt om rättsväsendet med viss precision kan visa att man redan hade vetskap om att det eftersökta materialet existerade eftersom detta då anses utgöra en så kallad ”forgone conclusion”.³⁰⁸

I fallet *In re Grand Jury Subpoena to Sebastien Boucher* (2009), fann domstolen att en misstänkts rätt att inte lämna ut dekrypteringsnyckeln till en krypterad hårddisk på en dator som beslagtogs inte omfattades av rätten att inte belasta sig själv kriminellt eftersom innehållet i detta fall inte kunde ses som ”testimonial”. Värt att notera är att underinstansen kom till en rakt motsatt slutsats då den fann att lösenordet, under förutsättning att *Boucher* ens kunde det, existerade enbart i hans intellekt och att dekrypteringsnyckeln därför inte vara att anse som ”a physical thing”.³⁰⁹ Det aktuella materialet hade beslagtogs efter att polisen vid en genomsökning av den misstänktes dator hittat filnamn som indikerade barnpornografi. Vid genomsökningen hade *Boucher* själv skrivit in lösenordet till den krypterade informationen, men när man upptäckte att den innehöll barnpornografiskt material och datorn beslagtogs kunde man inte komma åt filerna utan hans hjälp. Överinstansen fann att *Boucher* kunde åläggas att tillhandahålla en dekrypterad version av hårddisken eftersom ”[w]here the existence and location of the documents are known to the government, ’no constitutional rights are touched’, because these matters are a foregone conclusion”.³¹⁰ I ett senare rättsfall, *United States v. Fricosu* (2012), har samma principer kommit till uttryck. Efter husrannsakan hos en kvinna misstänkt för bedrägerier fann man datorer med krypterat material. Med hänvisning till *In re Boucher* fann domstolen att eftersom myndigheterna visste att de krypterade filerna existerade samt var de var

³⁰⁴ Jmf Fakhoury (2012), s. 83ff.

³⁰⁵ På engelska används uttrycket ”testimonial evidence”. Det finns ingen exakt översättning för uttrycket men det omfattar “[t]he evidence of a witness in court, usually on oath, offered as evidence of the truth of what is stated”, se *Oxford Dictionary of Law* (2006), s. 534.

³⁰⁶ *Fisher v. United States* (1976), s. 1581; se även Fakhoury (2012), s. 82.

³⁰⁷ Jmf *United States v. Hubbel* (2000), s. 2047.

³⁰⁸ *Fisher v. United States* (1976), s. 1581.

³⁰⁹ *In re Boucher* (2007), punkt 6.

³¹⁰ *In re Boucher* (2009), punkt 3.

lokaliserade, kunde *Fricosu* åläggas att dekryptera materialet. I *United States v. Fricosu* kunde man i den krypterade versionen, till skillnad från i *Bouchers* fall, inte se något mer än namnet på mappen och denna indikerade inte något om dess innehåll, men genom televylysning hade man hört henne uttrycka att det fanns brottsrelevant information i de krypterade filerna. Att man då inte visste exakt vad filerna innehöll ansågs inte utgöra ett hinder.³¹¹

Detta resonemang, att dekrypteringsnyckeln inte kan sägas vara ”testimonial”, har tidigare ifrågasatts i litteraturen. En dekrypteringsnyckel kan visserligen sägas utgöra ett objektivt faktum, den kommer antingen ge åtkomst till det krypterade materialet eller inte, och på så sätt förhåller den sig självständigt till den misstänktes intellekt. Å andra sidan måste den misstänkte ju trots allt använda sitt intellekt för att ge myndigheterna åtkomst till nyckeln. Koops menar således att även om dekrypteringsnyckeln inte i sig är att jämföras med ett vittnesmål, och därmed inte att anse som ”testimonial”, så kommer alltid själva utlämnandet av den att vara det.³¹²

I två andra amerikanska rättsfall har motsatt slutsats än i de ovannämnda fallen nåtts. I rättsfallet *USA v. Kirschner* (2010), som rörde barnpornografiskt material, gjorde domstolen en jämförelse med ett tidigare fall rörande rätten att inte belasta sig själv kriminellt där det hade uttalats att en misstänkt visserligen kan tvingas att lämna ut en nyckel till ett kassaskåp men inte en kombination till detsamma eftersom utlämnandet av en sådan med nödvändighet innebär att den misstänkte använder sitt intellekt.³¹³ Eftersom domstolen fann att en dekrypteringsnyckel är mer som en kombination till ett kodlås än en fysisk nyckel fastslogs att ett åläggande att lämna ut den skulle strida mot rätten att inte belasta sig själv och således inte kunde beviljas.³¹⁴ I det senare rättsfallet *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecu* (2012), som också det rörde en utredning om misstänkt barnpornografibrott, resonerade domstolen längs samma linjer och menade att ett utlämnande av en dekrypteringsnyckel med nödvändighet involverar den misstänktes intellekt.³¹⁵ Eftersom åklagaren inte med tillräcklig precision kunde visa vad filerna potentiellt kunde innehålla eller om den misstänkte ens kunde kryptera dem kunde materialet inte anses utgöra en ”forgone conclusion”.³¹⁶ Domstolen noterade i detta avseende att det inte krävs att det går att visa exakt vad filerna innehåller, men att “some specificity in its requests” krävs.³¹⁷ Vad gäller domstolarnas resonemang om dekrypteringsnyckeln som en kod till ett kodlås kan noteras att en liknande argumentation förts i det kanadensiska fallet *R. v. Beauchamp* (2008), där det visserligen var fråga om en motsatt situation: den misstänkte ville få krypterat material som beslagtogs från honom utlämnat. Den kanadensiska domstolen jämförde det beslagtagna krypterade materialet med ett låst kassaskåp men uttalade inte huruvida dekrypteringsnyckeln skulle anses utgöra det ena eller andra utan konstaterade bara att utan tillgång till ”the key or combination, or in

³¹¹ *United States v. Fricosu* (2012), s. 1237.

³¹² Jmf Koops (2000), s. 437.

³¹³ Jmf *United States v. Hubbel* (2000), s. 2047.

³¹⁴ *United States v. Kirschner* (2010), punkt 669.

³¹⁵ *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecu* (2012), s. 1347ff.

³¹⁶ *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecu* (2012), s. 1346f, jmf även Fakhoury (2012), s. 85.

³¹⁷ *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecu* (2012), s. 1347.

this case the password”, kunde det inte öppnas.³¹⁸

I fallen ovan återkommer domstolarna till analogier mellan kryptering och inlåsnings av dokument i en låda eller ett kassaskåp. Dock måste noteras, som Chatterjee också påpekar, att det finns viktiga skillnader mellan dessa två företeelser. Till skillnad från ett kassaskåp låser inte bara kryptering materialet utan förvränger det också så att det utan åtkomst till nyckeln blir obegripligt.³¹⁹ Jag återkommer nedan i avsnitt 6.1.1.1 till dessa analogier gällande dekrypteringsnycklar.

5.3 Kommentar

Vid denna exemplifierande utblick är det intressant att notera att de nationella domstolarna, trots att de resonerar kring samma begrepp, kommer till vitt skilda slutsatser. Detta kan ses som ett uttryck för den komplexitet som finns i frågan om avvägningen mellan den misstänktes rätt att inte belasta sig själv och åtkomsten till dekrypteringsnycklar. Medan de brittiska domstolarna menar att en dekrypteringsnyckel är likvärdig med en fysisk nyckel, anser de amerikanska domstolarna, i åtminstone två fall, att en dekrypteringsnyckel är väsentligen annorlunda än en fysisk sådan. Intressant att uppmärksamma är dock att samtliga domstolar identifierat nyckelns karaktär som självständig eller osjälvständig som det avgörande kriteriet avgörande. Detta stämmer också väl överens med de resonemang kring rätten att inte belasta sig själv kriminellt som Europadomstolen fört i exempelvis *Saunders mot Förenade kungariket*.

I förhållande till det svenska rättssystemet är det särskilt intressant att notera att den brittiska domstolen menar att även om rätten att inte belasta sig själv kriminellt aktualiseras, kan detta rättfärdigas och detta bland annat eftersom domstolen kan välja att exkludera sådan bevisning. Eftersom en sådan möjlighet, som beskrivits i avsnitt 3.1.1, inte föreligger enligt svensk rätt blir ett sådant resonemang problematiskt i förhållande till svensk rätt. Jag återkommer till om andra processuella möjligheter, exempelvis HD:s ovan beskrivna resonemang om en bristande materiell straffbarhetsbetingelse kan motsvara sådana garantier, i avsnitt 6.1.1.2.

³¹⁸ R. v. *Beauchamp* (2008), punkt 40, samt punkt 65.

³¹⁹ Jmf Chatterjee (2012), s. 410.

6 Analys

Denna uppsats syftar till att besvara två distinkta frågeställningar: dels huruvida en lagstadgad dekrypteringsorder under alla omständigheter står i strid med rätten att inte belasta sig själv kriminellt, dels i vilken mån krypterat material kan tillmätas bevisvärde om det inte kan dekrypteras. Som framgått ovan skiljer Europadomstolen i sin praxis mellan direkt och indirekt tvång när det gäller rätten att inte belasta sig själv kriminellt. Det förstnämnda gäller situationer då något krävs av den misstänkte och det andra motsvarar situationer där oförmånlig bevisverkan aktualiseras.

Det direkta tvånget kan sägas svara mot denna uppsats första frågeställning och det indirekta mot uppsatsens andra frågeställning. Dessa diskuteras därför nedan under rubrikerna direkt respektive indirekt tvång vilka båda ställs i förhållande till denna uppsats teoretiska utgångspunkt: avvägningen mellan förverkligandeprincipen och skyddsprincipen.

6.1 Direkt tvång

Direkt tvång svarar, som ovan fastslagits, mot denna uppsats första frågeställning: huruvida en lagstadgad dekrypteringsorder kan vara förenlig med rätten att inte belasta sig själv kriminellt. Nedan diskuteras först i vilken mån en sådan order kan vara förenlig med rätten att inte belasta sig själv kriminellt (rättighetsaspekter) och sedan huruvida en sådan order rent praktiskt skulle gå att genomföra (genomförandeaspekter).

6.1.1 Rättighetsaspekter

Som framgått av redogörelsen ovan är det omdiskuterat huruvida rätten att inte belasta sig själv kriminellt överhuvudtaget aktualiseras vid en dekrypteringsorder. För att svara på frågan om en sådan order är förenlig med rätten att inte belasta sig själv kriminellt måste det således först utredas om en sådan begäran aktualiserar rätten, och därefter, om så är fallet, under vilka omständigheter ett intrång i rätten i så fall kan rättfärdigas.

6.1.1.1 Kryptering som ett digitalt kassaskåp: en bristande analogi?

I diskussionen kring huruvida utlämnandet av en dekrypteringsnyckel aktualiserar rätten att inte belasta sig själv har, såväl i den doktrin som den praxis som redogjorts för, klassificeringen av nyckelns karaktär kommit att bli central. Redan i det tredje fallet gällande rätten att inte belasta sig själv kriminellt, *Saunders mot Förenade kungariket*, drog Europadomstolen en viktig skiljelinje mellan självständigt och osjälvständigt existerande material, en distinktion som sedan återkommit i domstolens praxis. Denna distinktion innebär enkelt uttryckt att endast det sistnämnda omfattas av rätten att inte belasta sig själv kriminellt, låt vara att, med hänsyn till *Jalloh mot Tyskland*, även självständigt material i vissa extrema tortyrliknande situationer kan

omfattas. För att avgöra om en dekrypteringsorder faller in under rätten att inte belasta sig själv kriminellt måste det således först avgöras om en dekrypteringsnyckel i den misstänktes minne kan sägas existera självständigt eller inte. Frågan har ännu inte avgjorts av Europadomstolen, men väl av ett antal nationella domstolar, såväl inom som utanför Europarådets område, och den spretiga nationella praxis som finns visar att det inte är helt självklart hur frågan ska besvaras. Nedan diskuteras därför de olika åsikterna i denna ”argumentationsbank” som redogjorts för i uppsatsens tidigare kapitel.

Som framgått av redogörelsen ovan har de brittiska domstolarna tolkat kriteriet självständigt existerande som att en dekrypteringsnyckel, efter det att den skapats, förhåller sig självständigt till den misstänktes intellekt. På så sätt, resonerar de brittiska domstolarna, är en dekrypteringsnyckel inte väsentligen annorlunda än en fysisk nyckel. Detta resonemang kan dock, enligt min mening, ifrågasättas. Även om en dekrypteringsnyckel och en fysisk nyckel är lika såtillvida att de antingen ger tillgång till det inlåsta materialet eller inte, finns det en avgörande skillnad: en fysisk nyckel kan tillgripas med våld, hur mycket den misstänkte än motsätter sig det, men så är inte fallet med en dekrypteringsnyckel. Den grundläggande skillnaden mellan en sådan fysisk nyckel och en dekrypteringsnyckel är ju att den förstnämnda rent konkret existerar medan den sistnämnda faktiskt inte går att ta på. En tydligt parallell i detta avseende är rättsfallet *Jalloh mot Tyskland* där den misstänkte starkt motsatte sig att det självständigt existerande materialet i hans kropp skulle åtkommas, men oavsett hans vilja kunde han rent fysiskt hållas fast varefter kräkmedel injicerades i honom. *Jalloh* medverkade således i ingen mån aktivt, åtminstone inte självvalt, till att bevismaterialet, åtkoms. Även om polisen använde sådana, i sig rättsstridiga och tortyrliknande metoder, skulle dekrypteringsnyckeln förbli okänd om den misstänkte inte valde att samarbeta. Analogin med dekrypteringsnyckeln som en fysisk nyckel är såldes, enligt min mening, en bristande sådan.

De amerikanska domstolarna resonerar på ett delvis annat sätt. I två av de ovan angivna rättsfallen har fastslagits att när myndigheterna vet om att materialet existerar samt har någon typ av indikation angående dess innehåll, kan en dekrypteringsorder utfärdas eftersom materialet utgör en ”forgone conclusion”. Detta resonemang missar, enligt min mening delvis poängen. Domstolens argumentation riktar in sig på att det faktiska materialet, alltså det data man vill komma åt, existerar självständigt. För att komma åt den lagrade datan måste man dock ha tillgång till dekrypteringsnyckeln, och denna existerar fortfarande endast osjälvständigt. Oavsett om domstolen vet om att materialet existerar och vad det innehåller tar ett sådant resonemang inte i beaktande karaktären av själva dekrypteringsnyckeln som ju fortfarande existerar endast i den misstänktes minne. I två andra fall har amerikanska domstolar konstaterat att en dekrypteringsnyckel måste sägas existera osjälvständigt. Istället för att, som de brittiska domstolarna, jämföra med en fysisk nyckel menade domstolarna i dessa fall att en sådan har mer gemensamt med en kod till ett kodlås. En sådan analogi, är i mina ögon, långt mer träffande än den med en fysisk nyckel. Att jämföra en dekrypteringsnyckel med ett kodlås tar i beaktande den osjälvständiga karaktär som en dekrypteringsnyckel faktiskt har: den kräver samarbete av den misstänkte för att materialisera sig för andra personer. Även

om man skulle kunna hävda att denna kombination till kodlåset är självständig när den väl har skapats bör, i enlighet med de argument av Koops som ovan redogjorts för, själva utlämnandet alltid kräva en form av aktivt samarbete från den misstänkte. I detta avseende måste noteras att detta resonemang, liksom klargjorts i inledningen till denna uppsats, bygger på att dekrypteringsnyckeln existerar, åtminstone så vitt rättsväsendet vet, endast i den misstänktes minne. Visserligen kan man tänka sig, särskilt med hänsyn till att dekrypteringsnycklar ofta är väldigt långa, att den misstänkte skrivit ned denna eller sparat den på ett annat digitalt lagringsmedium, men i de situationer som analyseras här har någon sådan inte kunnat hittas varför det måste presumeras att den endast existerar endast osjälvständigt.

I situationer där man är beroende av den misstänktes intellekt framstår den brittiska domstolens argumentation närmast som en bekväm lösning för att kringgå att rättigheten aktualiseras. I detta avseende kan, med hänsyn till denna uppsats teoretiska utgångspunkter, konstateras att en sådan lösning inte balanserar förverkligandeprincipen mot skyddsprincipen utan snarare låter den förstnämnda köra över den sistnämnda.

Eftersom en dekrypteringsnyckel, i enlighet med ovanförda resonemang, inte existerar självständigt i förhållande till den misstänktes intellekt, innebär följaktligen en begäran att lämna ut en sådan, enligt min mening, att rätten att inte belasta sig själv kriminellt så som den utvecklats under artikel 6 (1) EKMR aktualiseras.

6.1.1.2 En inskränkning som inte inkräktar på rättighetens kärna?

Som Europadomstolen vid upprepade tillfällen påpekat utgör rätten att inte belasta sig själv kriminellt ingen absolut rättighet. Frågan är därför om en dekrypteringsnyckel, oavsett om den endast existerar osjälvständigt och en begäran av en sådan därför inkräktar på den misstänktes rätt, ändå kan rättfärdigas. I detta avseende bör inledningsvis konstateras, som också ovan berörts i doktrin, att det kan ses som märkligt att Europadomstolen tillåtit ett resonemang om rättfärdigande, närmast liknande ett proportionalitetsresonemang, växa fram under artikel 6 (1), men eftersom en sådan praxis finns måste den ändå tas i beaktande. Utifrån denna praxis kan, enligt min mening, två situationer då en inskränkning kan accepteras identifieras: antingen då tvånget med beaktande av de fyra kriterier som domstolen identifierat inte inkräktar på rättighetens kärna, eller då det är fråga om en specialsituation där individen genom sitt aktiva val underkastar sig en viss reglering och balanseringen mellan dessa fyra kriterier sker då på ett delvis annorlunda sätt. Nedan behandlar jag, i tur och ordning, dessa två situationer i förhållande till en dekrypteringsorder.

Den första situationen, att det med beaktande av de fyra kriterierna som utvecklats under domstolens praxis inte kan anses inkräkta på rättighetens kärna, introducerades i *Jalloh mot Tyskland*, och har sedan dess återkommit i domstolens praxis. Denna situation har också, som nämnts ovan, av Koops identifierats som en situation då en dekrypteringsorder under vissa

omständigheter skulle kunna accepteras och Koops menar att det då med hänsyn till dessa kriterier måste vara fråga om situationer med en låg grad av tvång och ett högt allmänt intresse med starka garantier för den misstänkte.

När det gäller det första kriteriet, *tvångets karaktär och grad*, måste alltså utvärderas vilken typ av tvång som domstolen accepterar. Som redogjorts för ovan har det i doktrin argumenterats för att det måste röra sig om en förhållandevis låg grad av tvång, men vad innebär detta egentligen i praktiken? Eftersom domstolens bedömningar görs *in casu* är det svårt att uttala sig generellt. För att bara nämna ett exempel ansågs i exempelvis *Heaney och McGuinness mot Irland* ett sex månader långt fängelsestraff representera en så hög grad av tvång att det inkräktade på rättighetens kärna. Av detta kan dock inte dras slutsatsen att ett sex månader långt fängelsestraff alltid skulle göra det eftersom kriterierna är sammankopplade och det, vid exempelvis ett starkare allmänt intresse, är möjligt att Europadomstolen skulle acceptera en sådan, eller till och med en högre grad, av tvång. Eftersom det förblir oklart vad som egentligen utgör denna rättighetens "kärna" är det svårt att dra någon egentligen gräns för vilken grad av tvång som kan accepteras, men av domstolens praxis framgår alltså att även relativt låga fängelsestraff ansetts utgöra en kränkning. I den brittiska lagstiftningen har fängelsestraff på upp till fem år införts. Enligt min mening bör det vara tveksamt om ett sådan hög grad av tvång under några omständigheter kan användas utan att inkräkta på rättighetens kärna. Även om det inte går att uttala någon exakt gräns för vad som utgör en för hög grad av tvång bör fängelsestraff, enligt min mening, användas restriktivt som påtryckningsmedel eftersom det i sig, oavsett längd, representerar en hög grad av tvång. I vissa situationer kan förmodligen ett fängelsestraff accepteras, men enligt min mening bör det då inte röra sig om något särskilt långt sådant och det måste vara fråga om ett mycket starkt allmänt intresse för att detta inte ska inkräkta på rättighetens kärna.

När det gäller det andra kriteriet, *det allmänna intresset av lagföring*, förblir det oklart för vilken typ av brott domstolen anser att ett starkt sådant föreligger. Klart står att relativt småskalig drogbrottslighet i *Jalloh mot Tyskland* inte ansågs utgöra ett sådant starkt intresse i den situation som förelåg. Som angetts ovan nämner Koops i sin analys barnpornografibrott som ett exempel där en dekrypteringsorder kan vara av värde, men han uttalar inte huruvida ett sådant brott generellt kan anses uppfylla kravet på ett starkt allmänt intresse. Vilka brott som representerar ett sådant intresse är förstås en subjektiv bedömning och det är svårt att peka ut en viss brottskategori eftersom det också måste bero på hur allvarligt brottet är i det enskilda fallet. Om man ska uttala sig generellt borde dock, enligt min mening, just barnpornografibrott, åtminstone i de fall där omfattande brott misstänks, representera ett sådant starkt allmänt intresse. Eftersom barnpornografiskt material inte bara utgör ett brott i sig utan också ofta bevis för sexuella övergrepp mot barn föreligger i sådana situationer ett starkt intresse av utredning och lagföring. En annan kategori av brott som skulle kunna falla in under kategorin är brott som utgör allvarliga hot mot samhället som helhet, exempelvis organiserad eller terroristrelaterad brottslighet som också ofta nämns i samband med kryptering. Om en stor del av samhället påverkas av en viss brottslighet bör det alltså kunna argumenteras för att den utgör ett sådant starkt allmänt intresse. Konstateras kan alltså att en

förutsättning är att en dekrypteringsorder reserveras för brott där det föreligger ett starkt allmänt intresse av lagföring och att sådana skulle kunna utgöras av barnpornografibrott samt, till viss del, brott som utgör ett hot mot samhället som helhet.

Vad gäller det tredje kriteriet, *garantierna för den misstänkte*, har Europadomstolen i senare praxis tryckt allt mer på vikten av juridiskt ombud. Domstolen verkar se närvaron av sådana garantier som något som till viss del balanserar upp ett intrång i rättigheten. Konkret innebär detta att en dekrypteringsorder skulle behöva förenas med en ovillkorlig rätt till juridiskt ombud. Vad gäller andra processuella garantier är en intressant aspekt att det i de brittiska fallen konstaterades att en sådan garanti förelåg genom domstolens möjligheter att exkludera belastande bevis som kommit åt genom en dekrypteringsorder. I litteraturen har Koops, som redogjorts för i avsnitt 4.1.4.3, också argumenterat för att en sådan möjlighet är nödvändig för att en dekrypteringsorder inte ska inkräkta på rätten att inte belasta sig själv kriminellt, åtminstone i de fall där någon högre grad av tvång tillämpas. I förhållande till svensk rätt är detta argument särskilt intressant eftersom det enligt principen fri bevisföring, som redogjorts för i avsnitt 3.1, generellt sett inte föreligger en möjlighet att exkludera bevisning. Möjligen kan argumenteras för att HD genom det ovan beskrivna resonemanget att i förhållande till provokativa åtgärder resonera kring en bristande materiell straffbarhetsbetingelse öppnat upp för att en sådan möjlighet kan komma att införas, åtminstone i de fall då rätten till en rättvis rättegång oåterkalleligen undergrävs. Enligt min åsikt är dock Koops slutsats om att en sådan möjlighet är nödvändig alltför långtgående. Europadomstolen har inte uttalat att en sådan möjlighet krävs utan endast att det måste finnas garantier för den misstänkte gällande hur det åtkomna materialet används i processen mot denne. Möjligheten att utesluta bevisning utgör visserligen en typ av garanti, men en garanti kan åstadkommas också på annat sätt. HD:s resonemang om möjligheten att i vissa fall beakta bevisning åtkommen genom sådan som en bristande materiell straffbarhetsbetingelse samt, i fall där grund för sådan inte föreligger, som skäl för lindring av påföljden måste också kunna argumenteras utgöra en typ av sådan garanti. En möjlighet är alltså att, med en jämförelse till de uttalanden som HD gjort angående provokativa åtgärder, hävda att bevis åtkomna genom en dekrypteringsorder, åtminstone i de fall då rätten till en rättvis rättegång oåterkalleligen undergrävs, skulle kunna komma att ses som en bristande materiell straffbarhetsbetingelse och därmed utgöra en garanti för den misstänkte.

En annan möjlighet är att argumentera för att sådan bevisning skulle komma att tillmätas lägre bevisvärde och därmed "läkas" på så sätt, men med tanke på att även bevisvärderingen enligt svensk rätt är fri kan det inte generellt konstateras att detta skulle utgöra en garanti. Sammanfattningsvis innebär dock enligt min mening inte det faktum att såväl bevisföring som bevisvärdering är fri, som Koops verkar argumentera för, ett hinder emot införande av en dekrypteringsorder när det gäller de garantier som erbjuds den misstänkte. Däremot innebär det särskilda utmaningar eftersom garantierna då blir svårare att kontrollera och i större utsträckning beroende av domstolarnas bedömningar

i varje enskilt fall. Klart står därför att garantierna i processen måste ses över om en dekrypteringsorder ska införas.

Vad gäller det fjärde och sista kriteriet, *hur det avtvingade materialet används i den nationella processen*, har domstolen tryckt på att det inte får utgöra den enda eller avgörande bevisningen. I förhållande till krypterat material kan konstateras att just detta, enligt min mening, inte bör medföra något avgörande problem för en dekrypteringsorder. Att det, innan en dekrypteringsorder utfärdas, kommer att ha genomförts beslag tyder ju i sig på att misstanke baserat på något annat redan föreligger, låt vara att det kan vara en relativt låg grad av sådan. Vid sidan härav finns dessutom möjligheten att icke-krypterat material, eller rentav icke-digital bevisning, också beslagtogs. I förhållande till krypterat material bör således detta fjärde och sista kriterium kunna uppnås förhållandevis enkelt.

Vid utvärderandet av dessa fyra kriterier finner jag, i likhet med Koops, att en dekrypteringsorder inte under alla omständigheter inkräktar på rätten att inte belasta sig själv kriminellt så som den utformats under artikel 6 (1) EKMR. Precis som Koops påpekat, kan det, under förutsättning att det rör sig om en relativt låg grad av tvång, att det finns ett starkt allmänt intresse av lagföring, att den inhemska processen erbjuder garantier i form av exempelvis juridiskt ombud samt att den bevisning som erhålls genom dekrypteringsordern inte utgör den enda eller den huvudsakliga bevisningen, finnas visst utrymme för en sådan reglering. Detta skulle kunna ses som en slags editions- eller exhibitionsplikt för den misstänkte i brottmål. Huruvida en sådan, förhållandevis begränsad dekrypteringsorder, som skulle vara förenlig med EKMR är av något egentligt praktiskt värde, diskuteras nedan under avsnitt 6.1.2.

Den andra situationen då Europadomstolen antytt att en inskränkning i rätten att inte belasta sig själv kriminellt kan accepteras är då det rör sig om en typ av specialsituation då individen genom sitt aktiva val underkastar sig viss reglering. I doktrin har, som ovan nämnts, detta diskuterats av Ashworth som menar att det genom domstolens resonemang i *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* finns utrymme för att argumentera för att inskränkningar kan godtas inom vissa specialområden. Det bör noteras att de fyra ovannämnda kriterierna fortfarande måste utvärderas i varje situation men eftersom en högre grad av tvång än annars godtas blir balanseringen dem emellan annorlunda. Detta har, mig veterligen, inte diskuterats i förhållande till kryptering men det bör finnas viss möjlighet att föra ett sådant resonemang vilket jag redogör för nedan.

I *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* konstaterade domstolen att den som äger och kör bil har gått med på att underkasta sig en viss reglering, och därmed också potentiellt att belasta sig själv kriminellt i vissa situationer. Ett möjligt sätt att argumentera för en lagstadgad dekrypteringsorder vore således att hävda att den som krypterar filer på en digital informationsbärare i sin ägo underkastar sig att också dekryptera under vissa omständigheter. I *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* ansågs en sådan reglering nödvändig för en effektiv trafikreglering. I enlighet med denna linje skulle man

alltså kunna argumentera för att en dekrypteringsorder är nödvändig för att upprätthålla förverkligandep principen. Med hänsyn till denna uppsats teoretiska utgångspunkt skulle detta alltså innebära att den som väljer att kryptera material i mindre utsträckning omfattas av skyddsprincipen.

Även om det teoretiskt sett kan anses finnas en sådan ”lucka” under domstolens praxis, är det enligt min mening, tveksamt om detta kan appliceras i förhållande till kryptering. Det vore, särskilt med beaktande av krypteringens dubbla roll i samhället som diskuterats under avsnitt 2.3, mycket långtgående att hävda att alla som aktivt krypterat förbundit sig att också dekryptera. I detta avseende måste noteras att vad som krävdes i *O’Halloran och Francis mot Förenade kungariket*, att uppge identiteten på föraren av bilen, inte rakt av kan jämföras med att dekryptera visst material. Detta eftersom det finns frågor kopplade till möjligheten för den som innehar krypterat material att faktiskt dekryptera det, vilket jag återkommer till i avsnitt 6.1.2 nedan. Att införa en skyldighet att dekryptera baserat på att det rör sig om en specialsituation och att en högre grad av tvång därför kan tolereras är enligt min mening, mycket tveksamt och skulle i högre grad riskera att inkräkta på rättighetens kärna än annars vid balanseringen av de ovan angivna fyra kriterierna.

En annan sak är att det vid avvägningen mellan förverkligandep principen och skyddsprincipen kan finnas en särskild argumentation i förhållande till just krypterat material. Som diskuterats ovan i avsnitt 4.1.5 har Europadomstolen framhållit undvikandet av felaktiga domar som det kanske främsta rättfärdigandet bakom rätten att inte belasta sig själv kriminellt. Detta är särskilt intressant i förhållande till kryptering eftersom det bör kunna ses som sådan bevisning som nämnts som ”non cheatable”: antingen fungerar dekrypteringsnyckeln eller så fungerar den inte. Med andra ord bör det genom att kräva att en misstänkt lämnar ut en sådan inte föreligga någon ökad risk för felaktiga domslut. Om rätten att inte belasta sig själv kriminellt är ett uttryck för skyddsprincipen i straffprocessen bör det alltså kunna argumenteras för att den är något svagare i förhållande till krypterat material, vilket påverkar de avvägningar som måste göras till förmån för förverkligandep principen. Det finns vad gäller avvägningen mellan dessa två principer alltså, åtminstone teoretiskt sett, möjlighet att argumentera för skyddsprincipen är svagare i en situation då dekryptering krävs än andra situationer då rättigheten aktualiseras.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det enligt den praxis som utvecklats under artikel 6 (1) EKMR bör finnas vissa möjligheter att införa en lagstadgad dekrypteringsorder, och att det starkaste argumentet för rättfärdigande av en sådan, enligt min mening, tycks ligga under argumentationen att det vid en sammanvägd bedömning enligt de fyra kriterier som domstolen fastslagit inte inkräktar på rättighetens kärna, vilket också är den bedömning som Koops redogjort för. Som argumenterats för gäller dock detta under mycket begränsade förutsättningar och då med en låg grad av tvång och starka processuella garantier närvarande. Att kryptering utgör en specialsituation där mer tvång kan tålas är, enligt min mening, inte ett hållbart argument men däremot kan det finnas utrymme för att argumentera att skyddsprincipen, med hänsyn till rättighetens rättfärdigande, har en svagare ställning i förhållande till krypterat material.

6.1.2 Genomförandeaspekter

Även om det, med hänsyn till vad som anförts ovan, i vissa begränsade situationer skulle vara förenligt med rätten att inte belasta sig själv kriminellt att införa en lagstadgad dekrypteringsorder mot en misstänkt måste värdet av en sådan på ett praktiskt plan ifrågasättas. Det finns, på flera nivåer, genomförandeaspekter att beakta för att en sådan verkligen ska bli ett uttryck för förverkligandeprincipen.

Dels finns genomförandeaspekter att beakta när det gäller en misstänkts förmåga att faktiskt lämna ut nyckeln. Som redogjorts för i kapitel 2.1, och som också framgått av exempelvis det brittiska *Drage*-fallet, är dekrypteringsnycklar i praktiken ofta mycket långa. Därmed uppkommer frågan hur rättsväsendet ska kunna skilja på situationer där en misstänkt inte vill lämna ut nyckeln och situationer då en misstänkt faktiskt inte minns den. I den engelska dekrypteringslagstiftningen har detta potentiella genomförandeproblem lösts genom en presumtion om att den som tidigare haft tillgång till nyckeln under vissa förutsättningar ska anses fortsatt ha det.³²⁰ Det kan ifrågasättas huruvida en sådan reglering inte riskerar att straffa den som uppriktigt inte kan dekryptera och alltså inte bara att bli ineffektiv utan att också riskerar att innebära ett omkullkastande av oskyldighetspresumtionen.

Dels finns genomförandeaspekter också när det gäller den sanktion som kan kopplas till en dekrypteringsorder. Med hänsyn till att, som ovan redogjorts för, förmodligen endast lägre grader av tvång är acceptabelt är frågan hur effektiv en sådan order skulle bli i praktiken. Ur genomförandesynpunkt är det centralt att straffet för att inte tillmötesgå en dekrypteringsorder är i princip lika kännbart som straffet för det misstänkta brottet, vilket riskerar att bli problematiskt. Vidare måste också tas i beaktande att det för vissa typer av brott där samhällets reaktion är starkt fördömande kanske är oväsentligt hur höga straffen är. Barnpornografibrott skulle kunna utgöra ett sådant exempel där en misstänkt hellre än att någon får reda på innehållet i de krypterade filerna tar ett straff för att inte dekryptera. Ur denna synvinkel kan man fråga sig om en dekrypteringsorder kanske egentligen inte blir ett uttryck för förverkligandeprincipen utan snarare ett verkningslöst straff.

6.2 Indirekt tvång

Europadomstolen har uttalat att det faktum att en domstol tar hänsyn till en misstänkts vägran att uttala sig utgör en typ av indirekt tvång. I förhållande till krypterat material svarar detta mot uppsatsens andra frågeställning: huruvida krypterat material kan tillmätas någon bevisverkan. Inledningsvis måste noteras, vilket också tidigare berörts, att det kan röra sig om två typer av bevisverkan i detta fall: dels bevisverkan av de fakta som trots allt framgår av det krypterade materialet såsom exempelvis filnamn, dels om bevisverkan av den misstänktes vägran att uttala sig om det krypterade materialet. I förhållande till rätten att inte belasta sig själv kriminellt är det den sistnämnda typen av bevisverkan som aktualiseras som indirekt tvång. Denna samspekar emellertid

³²⁰ Se RIPA sektion 53 (2) och (3), beskrivet ovan i avsnitt 5.1.

med den förstnämnda typen av bevisverkan eftersom det kan vara sådana omständigheter som leder till att det indirekta tvånget faktiskt kan utövas.

6.2.1 Krypterat material som bevismedel?

Av Europadomstolens praxis framgår att det inte är en absolut rättighet för en misstänkt att tåga genom hela rättsprocessen utan att detta på något sätt påverkar den eventuella domen mot honom eller henne. I flera rättsfall har domstolen uttalat att en misstänkts ovilja att uttala sig får beaktas med hänsyn till samtliga fakta i målet när det rör sig om en situation som uppenbarligen kräver en förklaring, och där den misstänktes ovilja att uttala sig inte utgör den huvudsakliga eller enda grunden för domen. Vidare måste den misstänkte tydligt informeras om att dennes tystnad kan komma att få bevisverkan. En misstänkts ovilja att uttala sig kan alltså tillmätas bevisvärde men det måste ske i ljuset av alla omständigheter i fallet.

I exempelvis rättsfallen *John Murray mot Förenade kungariket* och *Averill mot Förenade kungariket* har Europadomstolen uttalat att det finns situationer som tydligt kräver en förklaring. I förhållande till krypterat material har Koops, som nämnts ovan, hävdade att det när en misstänkt krypterat i vissa situationer kan krävas en förklaring. Frågan är då vilka situationer som rent konkret skulle kunna utgöra en sådan situation. Europadomstolen har resonerat kring ett ”sunt förnuft”-argument som går ut på att i de fall där situationen är sådan att sunt förnuft tydligt kräver en förklaring och sådan inte ges, kan den misstänktes ovilja att uttala sig få bevisverkan.

I förhållande till kryptering kan detta argument bli särskilt problematiskt. Som redogjorts för ovan under avsnitt 2.3 utgör kryptering idag en etablerad och viktig del av informationssamhället. Det är därför, enligt min mening, svårt att argumentera för att enbart existensen av krypterade filer i sig skulle kräva en förklaring. En tänkbar situation som däremot skulle kunna göra det är att en del av materialet kunnat dekrypteras och visat sig innehålla något som utgör bevis för brott, en annan att det är möjligt att se filnamnen på den krypterade informationen och att dessa indikerar att det rör sig om en viss typ av information, exempelvis barnpornografi. I sådana situationer skulle man, enligt min mening, kunna säga att en förklaring rimligen krävs av den misstänkte till varför materialet är krypterat, och att en vägran att ge en sådan bör kunna leda till viss oförmånlig bevisverkan. Det bör dock noteras att det kan finnas många anledningar till att materialet krypterats och därför också många anledningar till att man inte vill dekryptera. Denna aspekt har därför ett tydligt samband med artikel 8 EKMR eftersom det kan vara just sådant skydd för privatlivet som den som inte vill dekryptera försöker att upprätthålla. Således måste tas i beaktande, med hänsyn till denna uppsats teoretiska utgångspunkter, att skyddsprincipen i detta avseende inte bara behöver avse rätten att inte belasta sig själv kriminellt utan i en sådan situation också kan omfatta skydd för den personliga integriteten, vilket i praktiken bör innebära att skyddsprincipen ges större tyngd vid avvägningen än annars.

I förhållande till krypterat material är det vidare intressant att notera att Europadomstolen gjort vissa uttalande när det gäller vilken typ av tystnad den

misstänkte iakttar. I såväl *Weh mot Österrike* som *O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket* poängterade domstolen att när det rör sig om ett "simple fact" som den misstänkte vägrat att besvara kan större bevisvärde tillmätas vägran än om den misstänkte ombetts att exempelvis generellt beskriva sina förhållanden under en viss tidsperiod. Detta stämmer också väl överens med den praxis som utvecklats under 35 kap. 4 § RB. I förhållande till att uppge en dekrypteringsnyckel eller varför man inte vill dekryptera är detta relevant eftersom det rimligen kan ses som ett sådant relativt "enkelt uttalande": en misstänkt ombeds ju inte att uttala sig generellt utan gällande en specifik fråga. Detta talar således för att oförmånlig bevisverkan kan aktualiseras.

Europadomstolen har vidare när det gäller indirekt tvång krävt att åklagaren lagt fram prima facie-bevisning. I förhållande till krypterat material kan man tänka sig att sådan bevisning skulle kunna utgöras av annat material som man lyckats dekryptera eller möjligen icke-digital information som beslagtogs i samband med det digitala materialet. Det skulle när det gäller exempelvis barnpornografi kunna röra sig om utskrivna bilder eller bilder som sparats i okrypterad form. Vidare kan det ur ett svenskt perspektiv konstateras att Europadomstolens tendens att i mindre grad tillåta att tystnaden används som bevis när det varit fråga om en jury som dömt inte borde utgöra ett problem eftersom brottmål i Sverige alltid avgörs med minst en lagfaren domare.³²¹

Det kan alltså konstateras att material som förblir dekrypterat under vissa omständigheter kan tillmätas visst bevisvärde. Rätten att inte belasta sig själv som den utvecklats under Europadomstolens praxis såväl som 35 kap. 4 § RB uppställer dock relativt stränga krav på när så får ske. Detta betyder alltså på inget sätt att svenska domstolar generellt kan börja tillmäta odekrypterbart material bevisvärde när det aktualiseras i brottmål men i situationer som uppenbarligen kräver en förklaring och där den misstänkte tydligt varnas för att så kan ske finns viss möjlighet för att göra så.

6.2.2 En förklaringsbörda eller en omvänd bevisbörda?

Som ovan konstaterats kan alltså domstolen i vissa situationer ta hänsyn till krypterat material när den misstänkte inte lämnar det någon förklaring. Frågan är dock vad detta hänsynstagande innebär i praktiken. Som framgått vid genomgången av 35 kap. 4 § RB är det i viss mån oklart vad det innebär att ta hänsyn till den misstänktes passivitet eller ovilja att svara på en fråga. I svensk doktrin har, som redogjorts för i avsnitt 3.1.2.1, på vissa håll hävdats att det rör sig om en bevislättning för åklagaren och på andra håll att det i själva verket är frågan om en omvänd bevisbörda.

Sett utifrån Europadomstolens praxis framstår det, i mina ögon, snarast som det är fråga om en slags förklaringsbörda. Domstolen har uttryckt att när åklagaren lagt fram prima facie-bevisning kan det vara acceptabelt att ta hänsyn till tystnaden. Att åklagaren lagt fram prima facie-bevisning innebär ju rimligtvis att denne ännu inte nått upp till det i brottmål högt ställda kravet på "utom

³²¹ Jmf reglerna om domförhet i tingsrätt, 1 kap. 3b § RB.

rimligt tvivel”, och således måste hänsynstagandet till tystanden anses innebära en liten bevislättning för åklagaren. Men så som Europadomstolen uttryckt det ser jag det inte som att bevisbördan går över på den misstänkte utan snarare att den bit som är kvar upp till rimligt tvivel kan uppnås genom att, under de begränsade förutsättningar som angivits, ta i beaktande den misstänktes passivitet. Möjligen kan detta sägas innebära att en liten del av bevisbördan placeras på den misstänkte men bevisbördan är inte omvänd på så sätt att den misstänktes brist på förklaring automatiskt innebär att åtalet är styrkt. En sådan förklaringsbörda synes för mig förenlig med den grundläggande principen om att bevisbördan vilar på åklagaren.

Dock bör i detta avseende noteras att gränsen mellan en förklaringsbörda och en övergång av bevisbördan inte är helt lätt att dra. Detta innebär att domstolarna, vid tillämpandet av en sådan måste vara ytterst försiktiga för att den grundläggande principen om att bevisbördan vilar på åklagaren inte ska komma att urvattnas. I den mån krypterat material tillmäts oförmånlig bevisverkan måste domstolarna således tillämpa stor försiktighet för att förverkligandeprincipen inte ska ges för stort utrymme i förhållande till skyddsprincipen.

Vad sedan en sådan förklaringsbörda rent konkret innebär, med andra ord vilken praktiskt verkan den kan få för åtalet, verkar dock i viss mån förbli oklart. Bring och Diesen har hävdats att åklagarens uppgift blir mindre konkret i en sådan situation vilket, i mina ögon, är en träffande beskrivning. Dock innebär krypterat material vissa frågor av mer praktiskt karaktär gällande vad förklaringsbördan kan få för konkret verkan, med andra ord vad man vid en brist på förklaring kan anta att det krypterade materialet innehåller och vad detta kan innebära för exempelvis brottsrubriceringen. Jag återkommer till detta nedan vid genomgången av de fiktiva fallen.

7 De fiktiva fallen: återkoppling

Nedan diskuteras de i det inledande kapitlet uppställda fiktiva fallen utifrån de slutsatser som dragits i analysen ovan, först i förhållande till en lagstadgad dekrypteringsorder (direkt tvång) och sedan i förhållande bevisverkan av krypterat material (indirekt tvång).

Inledningsvis kan konstateras att, med hänsyn till vad som redogjorts för om tillämpligheten av artikel 6 EKMR, den misstänkte genom husrannsakan och beslaget måste vara att anse som väsentligen påverkad och därmed anklagad i konventionens mening.

7.1 En lagstadgad dekrypteringsorder?

7.1.1 Scenario A och B

I det första fiktiva fallet rör det sig om misstänkt barnpornografibrott och potentiellt också bevis för våldtäkt mot barn. I detta avseende måste inledningsvis noteras att barnpornografibrott utgör något av en specialsituation när det gäller bevis eftersom det samtidigt som det utgör ett brott i sig ofta också utgör bevisning för sexuella övergrepp mot barnet.

I förhållande till en lagstadgad dekrypteringsorder har ovan identifierats fyra kriterier som måste beaktas. Vad gäller det första kriteriet kan konstateras att det allmänna intresset av lagföring borde vara relativt högt i scenario A och B. Även om Europadomstolen inte uttalat i vilka situationer ett starkt sådant intresse föreligger har ovan konstaterats att just sexuella övergrepp mot barn borde representera ett exempel på en sådan situation. Detta starka allmänna intresse innebär förmodligen att en högre grad av tvång kan accepteras än i många andra fall, men som ovan konstaterats, rör det sig troligen, oaktat denna omständighet, om en relativt låg grad av sådant. Detta måste ur genomförandeaspekt sättas i förhållande till de faktiska straffen för de misstänkta brotten. Där en dekrypteringsorder skulle kunna ha mest effekt är således förmodligen i förhållande till ringa barnpornografibrott där straffskalan sträcker sig mellan böter och sex månaders fängelse.³²² Om sanktionen i en sådan situation skulle ligga på ett fängelsestraff runt sex månader kan man se att den kanske skulle få effekt. Vilket brott det rör sig om är dock just det som inte kan avgöras på förhand, vilket i praktiken innebär att det alltså blir upp till den misstänkte att göra en sådan avvägning. Om det material man misstänker är barnpornografi visar övergrepp som den misstänkte i scenario A och B själv begått, är utsikterna till framgång dock väsentligt mindre. Eftersom minimistraffet för våldtäkt mot barn av normalgraden är två års fängelse,³²³ är det i en sådan situation tveksamt om en dekrypteringsorder skulle ha någon effekt med tanke på att en sanktion motsvarande det stadgade ministrattet, enligt min mening, förmodligen inkräktar på rättighetens kärna. Ytterligare måste noteras att dekrypteringsordern i samtliga fall måste förenas med en

³²² Jmf 16 kap. 10a § 2 st. BrB.

³²³ Jmf 6 kap. 4 § st. 1 BrB.

ovillkorlig rätt till juridiskt ombud och att, beroende på den grad av tvång som används, kan också möjligen skäl för lindring av påföljden föreligga.

Vad gäller kriteriet att det material som krävs i strid med rätten att inte belasta sig själv kriminellt inte får utgöra den enda eller den huvudsakliga bevisningen, kan konstateras att scenario B ur denna aspekt troligen utgör en bättre förutsättning för en dekrypteringsorder än scenario A. I scenario B har ju viss bevisning kunnat åtkommas utan att inkräkta på den misstänktes rätt att inte belasta sig själv kriminellt, varför rätten i mindre grad kränks om den bevisning som eventuellt åtkoms genom dekrypteringsordern sedan används emot den misstänkte. Teoretiskt sett finns en möjlighet att uppnå detta också i scenario A, exempelvis om det finns fysiska bilder som beslagtogs i samband med husrannsakan. I detta avseende kan även de olika typer av kryptering som beskrivits i kapitel 2 vara av relevans. Om det är fråga om fulldiskkryptering är möjligheterna till annan, kompletterande bevisning, mindre än om det är enstaka filer eller mappar som krypterats.

För scenario A och B skulle en dekrypteringsorder alltså, åtminstone teoretiskt sett, kunna utfärdas i båda fall men med en relativt begränsad sanktion. Sett ur ett rättighetsperspektiv finns bättre förutsättningar för en dekrypteringsorder enligt scenario B, och ur ett genomförandeperspektiv skulle den troligen ha störst effekt om det krypterade materialet rör en relativt begränsad mängd barnpornografiskt material som inte visar övergrepp som den misstänkte själv begått.

7.1.2 Scenario C och D

I det andra fiktiva fallet rör det sig om ett misstänkt bokföringsbrott. I detta avseende kan inledningsvis konstateras att det allmänna intresset av lagföring förmodligen är lägre än i scenario A och B. I *Saunders mot Förenade kungariket* uttalade Europadomstolen uttryckligen att statens intresse av att bekämpa ekonomisk brottslighet inte kunde rättfärdiga ett intrång i rätten att inte belasta sig själv kriminellt. I och med senare års praxis har dock delvis nya kriterier ställts upp, och frågan är därför om det utifrån dessa kan hävdas att det utgör ett område där det allmänna intresset av lagföring är särskilt starkt. Om det rör sig om ”vanlig” ekonomisk brottslighet är det, enligt min mening, svårt att se att ett sådant intresse föreligger. Däremot om det misstänkta bokföringsbrottet skulle anses utgöra en del av organiserad brottslighet som i större utsträckning påverkar samhället som helhet, finns förmodligen en möjlighet att argumentera för att ett sådant intresse föreligger, och därmed i förlängningen en större möjlighet att genomdriva en dekrypteringsorder.

Vad gäller tvångets karaktär och grad i det aktuella fallet kan konstateras att en dekrypteringsorder förmodligen skulle ha störst effekt i förhållande till ringa bokföringsbrott, eller möjligtvis brott av normalgraden, eftersom böter eller förhållandevis låga fängelsestraff då är stadgade för det faktiska brottet.³²⁴ I scenario D föreligger dessutom bättre möjligheter att använda sig av en

³²⁴ Jmf 11 kap. 5 § 1 st. BrB.

dekrypteringsorder utan att inkräkta på rätten att inte belasta sig själv kriminellt eftersom det redan finns visst dekrypterat material som bevis.

Vad gäller scenario C och D kan konstateras att en dekrypteringsorder troligen i mindre utsträckning än för scenario A och B är förenlig med EMKR artikel 6 (1), men under förutsättning att det rör sig om allvarlig organiserad brottslighet skulle en sådan med en förhållandevis låg grad av tvång kunna införas, framförallt i scenario D.

7.2 Bevisverkan av det krypterade materialet?

7.2.1 Scenario A och B

Om det krypterade materialet inte kan åtkommas är frågan vilken bevisverkan det, och då framförallt den misstänktes ovilja att uttala sig om det, kan få. Det ska enligt Europadomstolens praxis röra sig om en situation som uppenbarligen kräver en förklaring för att oviljan att yttra sig ska tillmätas oförmånlig bevisverkan. När det gäller scenario A är det tveksamt om en sådan situation föreligger. Att man hittat barnpornografiskt material på den misstänktes externa hårddisk betyder ju inte med nödvändighet att det krypterade materialet på datorn också innehåller barnpornografi. Kryptering utgör, som redogjorts för i kapitel 2, en etablerad och legitim del av informationssamhället när det gäller att åstadkomma informationssäkerhet. Endast förekomsten av krypterat material i sig kan enligt min mening således inte medföra att en situation som uppenbarligen kräver förklaring föreligger. I scenario B däremot, där krypterat material på samma lagringsmedium visat sig innehålla barnpornografiskt material, måste det, enligt min mening, i åtminstone större utsträckning föreligga en situation som uppenbarligen kräver en förklaring. Om man i en sådan situation dessutom skulle kunna se filnamnen på det krypterade materialet, och dessa skulle indikera att det rörde sig om barnpornografiskt material, bör helt klart en sådan situation föreligga.

Vidare, när det gäller kravet på prima facie-bevisning, kan konstateras att bättre förutsättningar för att det krypterade materialet ska få bevisverkan föreligger i scenario B. Att den misstänkte personen i såväl scenario A som scenario B har begått barnpornografibrott är odiskutabelt eftersom sådant material hittats på den externa hårddisken, men i scenario B skulle prima facie-bevisning för att även datorn innehåller barnpornografiskt material kunna sägas föreligga i och med att en del av denna kunnat dekrypteras.

Det kan alltså konstateras att i scenario B skulle, om än i begränsad omfattning, det krypterade materialet förmodligen kunna tillmätas viss bevisverkan under förutsättning att den misstänkte tydligt informerades om detta. En fråga som kvarstår är dock på vilket sätt den oförmånliga bevisverkan skulle ta sig uttryck. Värt att notera i detta avseende är att när det gäller barnpornografibrott är en av omständigheterna som kan leda till att brottet rubriceras som grovt att

det ”avsett en särskilt stor mängd bilder”,³²⁵ varför åtkomst till fler bilder kan vara av stort värde. En möjlighet är att låta det krypterade materialet indikera ett större innehav och, således låta detta kvalificera ett grövre brott, men det är enligt min mening mycket tveksamt om en sådan slutsats skulle vara tillräckligt för att nå upp till det i brottmål högt ställda beviskravet. Detta är också beroende av vilken information, om någon, som kan utläsas av de krypterade filerna. Det får därför sägas förbli oklart i vilken mån den eventuella bevisverkan kan komma att påverka domen mot den misstänkte.

7.2.2 Scenario C och D

Eftersom uppsatsens andra frågeställning, om det krypterade materialet kan få bevisverkan, inte i lika stor utsträckning är beroende av vilket brott det rör sig om, blir utgången i det fiktiva fallet under scenario C och D relativt likt det i scenario A och B.

Huvudfrågan är även här om en situation som uppenbarligen kräver en förklaring föreligger. I scenario C har bevis för att bokföringsbrott begåtts hittats på den externa hårddisken. Den situation som då uppenbarligen skulle kräva en förklaring är den att den misstänkte har en krypterad dator. Detta utgör, enligt min mening, än mindre en sådan situation än motsvarande situation i scenario A. Det måste i detta avseende tas i beaktande att det rör sig om bokföringsbrott och därmed någon typ av affärsverksamhet, där det faktum att material är krypterat bör ses som än mindre anmärkningsvärt än när det är fråga om en privatperson. Situationen blir delvis annorlunda i situation D eftersom det då visat sig att den externa hårddisken innehåller räkenskapsmaterial som utgör bevis för bokföringsbrott. Liksom angetts vad gäller scenario B blir en aktuell fråga vilken övrig information man kan utläsa av de krypterade filerna, och om de exempelvis har liknande filnamn som de som kunnat dekrypteras. Om de kan tillmätas bevisverkan kan detta, liksom i scenario A och B, möjligen medföra att bokföringsbrottet rubriceras som grovt eftersom en omständighet för detta är att det avsett mycket betydande belopp.³²⁶ En sådan bevisverkan är dock enligt min mening tveksam eftersom det inte bör vara tillräckligt att det är ställt utom rimligt tvivel att det krypterade materialet innehåller bokföringsmaterial utan också bör krävas en precision avseende beloppet vilket inte kan utläsas av det krypterade materialet.

Sammanfattningsvis kan konstateras att i scenario C bör den misstänktes vägran att tillhanda dekrypteringsnyckel, eller lämna någon förklaring till det krypterade materialet, inte kunna tillmätas någon bevisverkan men i scenario D kan det finnas visst, om än mycket tveksamt, utrymme för en sådan. Liksom i scenario A och B är det däremot oklart vad denna bevisverkan rent praktiskt skulle innebära.

³²⁵ Jmf 16 kap. 10a § 5 st. BrB.

³²⁶ Jmf 11 kap. 5 § 2 st. BrB.

7.3 Slutkommentar

Denna uppsats befinner sig i skärningspunkten mellan effektiv brottskontroll och respekt för grundläggande mänskliga rättigheter vilket, som redogjorts för i uppsatsens inledande kapitel, med Frändes ord kan beskrivas som en avvägning mellan förverkligandeprincipen och skyddsprincipen. Medan den förstnämnda syftar till att förverkliga det straffrättsliga ansvaret, begränsar den sistnämnda på en normativ nivå på vilket sätt detta förverkligande kan ske.

I uppsatsen har konstaterats att det är möjligt att utfärda en dekrypteringsorder mot en misstänkt i vissa fall, och under vissa begränsade omständigheter, utan att det innebär en kränkning av den misstänktes rätt att inte belasta sig själv kriminellt. I de fiktiva fallen har de praktiska aspekterna av detta belysts. Trots att en dekrypteringsorder alltså bedöms vara möjlig i vissa fall, måste konstateras att en sådan är förenad med många frågor på genomförandenivå, endast kan tillämpas under mycket begränsade förutsättningar och dessutom ständigt skulle tangera gränsen till att inkräkta på den misstänktes rättigheter. Sammanfattningsvis är därför det bättre alternativet, enligt min mening, förmodligen att försöka öka möjligheterna till att oförmånlig bevisverkan kan aktualiseras och det kan därför sägas att jag ansluter mig till Koops bedömning.³²⁷ Rent konkret innebär detta exempelvis att ett tätare samarbete mellan tekniska experter och rättsväsendet måste till. Istället för att, som idag verkar göras i viss utsträckning, nöja sig med att konstatera att informationen är krypterad bör mer arbete läggas på att studera filnamn och jämföra detta med redan känt material, samt se om en viss del av informationen kan komma åt, för att på så sätt i större utsträckning kunna åstadkomma en situation som ”uppenbarligen kräver förklaring”. Vidare måste den misstänktes rättigheter i form av ombud och tydliga varningar om att oförmånlig bevisverkan kan aktualiseras stärkas.

Avslutningsvis kan konstateras att på få ställen blir spänningen mellan förverkligandeprincipen och skyddsprincipen så tydlig som när frågan om krypterat material aktualiseras som bevismedel i brottmål. Avvägningen mellan dem innebär alltid en balansgång och det finns inget tydligt svar på hur de för denna uppsats två uppställda frågeställningarna ska besvaras: varje lösning innebär, som framgått ovan, att den ena principen i viss mån får stå tillbaka för den andra. Klart står att rättsväsendet måste börja diskutera frågan och ur en vidare synvinkel är det inte endast krypterat material i sig utan modern teknik i förhållande till rättsväsendet på ett generellt plan som behöver adresseras. På dessa frågor finns inga enkla svar men tydligt är att förverkligandeprincipen och skyddsprincipen båda måste rymmas i de lösningar som läggs fram.

³²⁷ Se avsnitt 4.1.4.3 där beskrivits de tre alternativ Koops uppställer för reglering av åtkomst till krypterat material i brottmål. Den lösning jag förespråkar sammanfaller alltså stor del med vad Koops refererar till som det andra alternativet.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Tryckta källor

Offentligt tryck

Prop. 1942:5 *Förslag till ny Rättegångsbalk*

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

Prop. 2002/03:106 *Administrativa avgifter på skatte- och tullområdet, m.m.*

SOU 1938:44 *Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk II, motiv m.m.*

SOU 1992:110 *Information och den nya InformationsTeknologin- straff- och processrättsliga frågor m.m..*

SOU 1993:40 *Fri och rättighetsfrågor*

SOU 2013:39 *Europarådets konvention om it-relaterad brottslighet, Betänkande av utredningen om it-brottskonventionen.*

Ds 1998:14 *Digitala signaturer – en teknisk och juridisk översikt*

Ds 2005:6 *Brott och brottsutredning i IT-miljö*

Regeringens skrivelse 1998/99:116 *Om kryptografi*

Ordböcker och uppslagsverk

Oxford Dictionary of Law, Martin, Elizabeth A & Law, Jonathan (red.), sjätte uppl., Oxford University Press, Oxford, 2006

[Cit. Oxford Dictionary of Law (2006)].

Svenska Akademiens ordlista över svenska språket, Svenska Akademien, 2006

[Cit. SAOL (2006)].

Otryckta källor

Johan Hultman, telefonsamtal med gruppchefen på dokument- och informationsteknikenheten, Datagruppen, SKL i Linköping, 2013-11-15

Ingmarie Olsson, e-postkorrespondens med kammaråklagare, specialist vid Åklagarmyndighetens utvecklingscentrum i Stockholm, 2013-11-19 samt 2013-11-25

Litteratur

- Ahlstrand, Thomas: "Till frågan om fri bevisprövning och bevisförbud", *Svensk Juristtidning*, 2002, s. 545
- Ashworth, Andrew: "Self-Incrimination in European Human Rights Law – A Pregnant Pragmatism?" *Cardozo Law Review*, 2008, s. 751
- Balogun, Adedayo M & Zhu, Saho Ying: "Privacy Impacts of Data Encryption on the Efficiency of Digital Forensics Technology", *International Journal of Advanced Computer Science and Applications*, 2013, s. 36
- Berger, Mark: "Europeanizing self-incrimination: The Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights", *Columbia Journal of European Law*, 2006, s. 340
- Bogan, Paul: "Self-incrimination, the Right to Silence, and the Reverse Burden of Proof", s. 347 i *Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime*, Colvin, Madeleine & Cooper, Jonathan (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2009
- Bolding, Per Olof: *Bevisbördan och den juridiska tekniken* (ak. avh.), Appelbergs boktryckeri, Uppsala, 1951
- Brandberg Ulrika, "Digitala bevis allt viktigare", *Advokaten*, årgång 77, nr 3, 2007, s. 12
- Bring, Thomas & Diesen Christian: *Förundersökning*, fjärde uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2009
- Cameron, Iain: "Normkonflikter och EKMR", *Svensk Juristtidning*, 2007, s. 851
- Casey Eoghan; Fellows Geoff, Greiger Matthew & Stellatos Gerasimos, "The growing impact of full disk encryption on digital forensics", *The International Journal of Digital Forensics & Incident Response*, 2011, s. 93
- Castle, Alex: "Encrypt sensitive files easily with TrueCrypt", *PC World*, maj 2013, s. 92
- Chatterjee, Bela: "New but not improved: a critical examination of revisions to the Regulation of Investigatory Powers Act 2000 encryption provisions", *International Journal of Law and Information technology*, 2011, s. 264
- Chatterjee, Bela: "Fighting child pornography through UK encryption law: a powerful weapon in the law's armoury?", *Child and Family Law Quarterly*, 2012, s. 410
- Colarusso, David: "Heds in the Cloud, a Coming Storm the Interplay of Cloud Computing, Encryption, and the Fifth Amendment's Protection against Self-

- Incrimination”, *Boston University Journal of Science & Technology Law*, 2011, s. 69
- Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, fjärde uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012
- Diesen, Christian: *Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål*, Juristförlaget, Stockholm, 1993
- Diesen, Christian: ”Utom rimligt tvivel – om beviskrav och bevisvärdering i brottmål”, *Juridisk Tidskrift*, 1996/97, s. 525
- Diesen, Christian “Grunderna för bevisvärderingen”, s. 11 i *Bevis – Värdering av erkännande, konfrontationer, DNA och andra enstaka bevis*, Björkman Johanna; Diesen Christian; Fredrik, Forssman & Peter Jonsson: Norstedts Juridik, Stockholm, 1997
- Diesen, Christian: ”Bortom allt rimligt tvivel?”, s. 148 i *Festskrift till Per Ole Träskman*, Andersson Ulrika; Wong Christoffer; Örnemark Hansen, Helén (red.), Norstedts juridik, Stockholm, 2011
- Dolinko, David: ”Is There a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination?”, *UCLA Law Review*, 1985, s. 1063
- Easton, M. Susan: *The Right to Silence*, Avebury Series in Philosophy, Hants, 1991
- Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert: *Rättegång IV*, sjätte uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1992
- Ekelöf, Per Olof; Edelstam, Henrik & Heuman, Lars: *Rättegång IV*, sjunde uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2009
- Eneman, Marie: *Developing child protection strategies: A critical study of offenders’ use of information technology for the sexual exploitation of children* (ak. avh.), Göteborgs universitet, 2010
- Fakhoury, Hanni: ”A combination or a key? The fifth amendment and privilege against compelled decryption”, *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 2012, s. 81
- Fitger, Peter; Sörbom Monika; Eriksson Tobias; Hall Per; Palmkvist Ragnar & Renfors Cecilia: *Rättegångsbalken*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1984 [Cit. Fitger m.fl. (år anges för respektive supplement)]
- Frank, Christer: *Kryptografi – en introduktion*, Studentlitteratur, Malmö, 2011
- Frände, Dan: *Finsk straffprocessrätt*, Edita Publishing Oy, Helsingfors, 2009

- Gillespie, A. Alisdair: *Child Pornography: Law and Policy*, Routledge, London, 2011
- Hallbäck, Håkan: *Digitala brott och straffprocessuella åtgärder i digital miljö*, Växjö universitet – polisutbildningen, Växjö, 2009
- Harris, David; O’Boyle, Michael; Bates, Ed & Buckley, Carla: *Law of the European Convention on Human Rights*, andra uppl. Oxford University Press, Oxford, 2009
- Hellner, Jan: ”Kvalitetskriterier i rättsvetenskapen”, *Arbejdsretlig Tidsskrift* , 1985, s. 241
- Hjertstedt, Mattias: *Tillgången till handlingar för brottsutredare – En rättsvetenskaplig studie av beslag med husrannsakan, myndigheters utlämnandeskyldighet samt eidtion- och exhibitionsplikt*, Iustus förlag, Uppsala, 2011
- Jackson, John: ”Re-conceptualizing the Right to Silence as an Effective fair Trial Standard”, *International & Comparative Law Quarterly*, 2009, s. 835
- Knuts, Mårten: ”Ska skyddet mot självbelastning tillämpas på börsbolag i en insiderkontext?”, *Juridisk Tidsskrift*, 2012/13, s. 85
- Koops Bert-Jaap: *The Crypto Controversy – A Key Conflict in the Information Society* (ak. avh.), Kluwer Law International, Haag, 1999
- Koops, Bert-Jaap: ”Commanding Decryption and the Privilege Against self-incrimination”, s. 431 i *New trends in criminal investigation and evidence*, Breur, C.M; Kommer, M.M; Nijboer, J.F. & Reijntjes, J.M (red.), andra uppl, Intersentia, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2000
- Koops, Bert-Jaap: ”Criminal Law and Cyberspace as a Challenge for Legal Research”, *Scripted – A Journal of Law, Technology & Society*, 2012, s. 354 [Cit. Koops (2012) (A)]
- Kronqvist, Stefan: *Brott och digitala bevis – en handledning*, tredje uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2013
- Lehrberg, Bert: *Praktisk juridisk metod*, sjätte uppl. Insitutetet för bank- och affärsjuridik, Uppsala, 2010
- Lindberg, Gunnel: *Straffprocessuella tvångsmedel: när och hur får de användas?*, tredje uppl., Karnov Group, Stockholm, 2012
- Lundqvist, Ulf: ”Polisprovokation och bevisförbud”, *Svensk Juristtidning*, 1999, s. 903
- Nowak Karol: *Oskyldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2003

- Mason, Stephen: "Encrypted Data", s. 193 i *Electronic Evidence*, Stephen Mason (red.), tredje uppl., LexisNexis–Butterworths, London, 2012
- McGregor, Nathan K: "The Weak Protection of Strong Encryption: Passwords, Privacy and Fifth Amendment Privilege", *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 2010, s. 581
- Mowbray, Alastair: *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Paar, Christof & Pelzl, Jan: *Understanding cryptography – A textbook for students and practitioners*, Springer, Heidelberg, 2010
- Palfreyman, Brendan M: "Lessons from the British and American Approaches to Compelled Decryption", *Brooklyn Law Review*, 2009, s. 345
- Price, A Simon: "Understanding Contemporary Cryptography and its Wider Impact upon the General Law", *International Journal of Law, Computers & Technology*, 1999, s. 95
- Redmayne, Mike: "Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, s. 209
- Roberts, Andrew J: "Case Comment: Evidence: privilege against self-incrimination - key to encrypted material", *Criminal Law Review*, 2009, s. 191
- Sandgren, Claes: "Är rättsdogmatiken dogmatisk?", *Tidsskrift for Rettvitenskap*, 2005, s. 648
- Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, andra uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2007
- SC Magazine: For IT Security Professionals: *PGP Whole Disk Encryption* januari 2007, s. 61
[Cit. SC Magazine (2007)]
- Schelin, Lena, *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007
- Schneier, Bruce: *Applied cryptography: protocols, algorithms, and source code*, Wiley cop., New York, 1996
- Šepec, Miha: "Digital Data Encryption – Aspects of Criminal Law and Dilemmas in Slovenia", *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 2013, s. 147
- Stavros Stephanos: *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrech, 1993

- Stern, Zack: "Encrypt USB Flash Drives With a Free Download", *PC World*, maj 2009, s. 95
- Treschel, Stefan: "The Privilege Against Self-incrimination", s. 340 i *Human Rights in Criminal Proceedings*, Stefan Treschel & Sarah Summers, Oxford University Press, Oxford, 2005
- Träskman, Per Ole: "Rätten att förbli tyst", *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, 1993, s. 594
- Träskman, Per Ole: "Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet", s. 469 i *Festskrift till Lars Welamson*, Höglund Olle (red.), Norstedts förlag, Stockholm, 1988
- Träskman Per Ole: "Rimligt eller inget rimligt tvivel", s. 501 i *Festskrift till Lars Heuman*, Kleineman Jan; Westberg Peter & Carlsson Stephan (red.), Jure Förlag AB, Stockholm, 2008
- van Dijk, Pieter; van Hoof Fried; van Rijn Arjen & Zwaak, Leo (red.): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, fjärde uppl., Intersentia, Antwerpen, 2006
- Verheul, Eric; Koops Bert-Jaap & van Tilborg Henk, "Public Key Infrastructure – Binding Cryptography – A Fraud-Detectible Alternative to Key-Escrow Proposals", *Computer Law & Security Report*, 1997, s. 3
- Victor, Dag: "Svenska domstolars hantering av Europakonventionen", *Svensk Juristtidning*, 2013, s. 343
- Ward, Tim & Gardner, Piers: "The Privilege against Self-Incrimination: In Search of legal Certainty", *European Human Rights Law Review*, 2003, s. 388
- Westberg, Peter: "Förklaringsbörda och knölargument i brottmål – den moderne domarens vapen i kampen mot brottsligheten?", *Juridisk Tidskrift*, 1992/93, s. 878
- Woodcock, Erik: *Informationsteknologin och rättegångsprocessen*, Institutet för rättsinformatik, IRI-rapport 1995:1, Stockholms universitet, 1995
- White, Robin C. A; Ovey, Clare; Jacobs & Francis Geoffrey: *Jacobs, White and Ovey, the European convention on human rights*, femte uppl., Oxford University Press, Oxford, 2010
- Wong, Christoffer: "Innehav av barnpornografi", *Juridisk Tidskrift*, 1998/99, s. 596

Wu, Wei, "Interrogational fairness under the European convention on human rights", *International Journal of Law, Crime and Justice*, 2011, s. 37

Zeidner, Ulf: "Något om bevisföring vid tillämpning av sam- och motverkansformeln", *Svensk Juristtidning*, 1992, s. 276

Ørnulf, Øyen: *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Fagbokforlaget, Bergen, 2010

Elektroniskt material

Andersson, Sus; Laurin, Fredrik & Jankov, Petra: *Digitalt källskydd – En introduktion*, Stiftelsen för internetinfrastrukturs internetguide nr 26, version 1.0, 2012

Tillgänglig på:

<https://www.iis.se/lar-dig-mer/guider/digitalt-kallskydd-en-introduktion>

(hämtad 2013-09-25)

[Cit. Andersson m.fl. (2012)]

Ehrenkrona, Carl-Henrik: kommentar till *lag (1994:1219) angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*, Karnov, uppdaterad 1 juli 2013

Tillgänglig på <http://www.karnovgroup.se>

(hämtad 2013-10-11)

[Cit. Ehrenkrona i Karnov (2013)]

Endorsement codes and penalty points

Tillgänglig på <https://www.gov.uk/penalty-points-endorsements/endorsement-codes-and-penalty-points> (hämtad 2013-11-13).

[Cit. Endorsement codes and penalty points (2013)]

Koops, Bert-Jaap: *The Decryption Order and the Privilege Against Self-Incrimination – Do developments since 2000 suggest a need to force suspects to decrypt?*, 2012, utredning publicerad på det nederländska justitieministeriets hemsida

Tillgänglig på (engelsk sammanfattning såväl som fulltext på holländska):

<http://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/decryptiebevel-kinderpornografie.aspx>

(hämtad 2013-12-06)

[Cit. Koops (2012) (B)]

Mole, Nuala & Harby, Catharina: *The right to a fair trial : A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks no 3, Council of Europe, 2006

Tillgänglig på: [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRHAND/DG2-EN-HRHAND-03\(2006\)](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRHAND/DG2-EN-HRHAND-03(2006))

(hämtad 2013-10-15)

[Cit. Mole & Harby (2006)]

OECD:s riktlinjer för politik för kryptering, 27 mars 1997

Tillgänglig på:

<http://www.oecd.org/internet/ieconomy/guidelinesforcryptographypolicy.htm>

(hämtad 2013-10-26)

[Cit. OECD:s riktlinjer för politik för kryptering].

Regulation of Investigatory Powers Act 2000

Tillgänglig på:<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/contents>

(hämtad 2013-11-19)

[Cit. RIPA].

Statens kriminaltekniska laboratorium: *Årsberättelse 2012*

Tillgänglig på:

http://www.skl.polisen.se/Global/www%20och%20Intrapolis/Arsredovisningar/SKL/SKL_%C3%85rsber%C3%A4ttelse_2012_webb.pdf

(hämtad 2013-10-16)

[Cit. SKL:s årsberättelse (2012)]

Vitkauskas Dovydas & Dikov Grigory: *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe human rights handbooks, Council of Europe, Strasbourg, 2012

Tillgänglig på:

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/hb12_fairtrial_en.pdf

(hämtad 2013-10-15)

[Cit. Vitkauskas & Dikov (2012)]

Åklagarmyndigheten och Rikspolisstyrelsen utredning: *Analys av resultat för verksamheten utredning och lagföring – Gemensamt regeringsuppdrag för Åklagarmyndigheten och Rikspolisstyrelsen*, (ÅM-A 2013/0556, POA-400-2165/12), 2013

Tillgänglig på:

http://www.aklagare.se/PageFiles/10111/Resultatrapporten_130327.pdf

(hämtad 2013-11-02)

[Cit. Åklagarmyndigheten och Rikspolisstyrelsens utredning (2013)]

Övrigt

Report of the Committee of Experts on Human Rights to the Committee of Ministers, Europarådet, Strasbourg, 1970.

Rättsfallsförteckning

Internationell praxis Rättsfall från Europadomstolen

Delcourt mot Belgien, dom den 17 januari 1970, ans. nr 2698/65

Engel m.fl. mot Nederländerna, dom den 8 juni 1976, ans. nr. 5100/71; 5101/71; 5102/71, 5354/72, 5370/72

Deweert mot Belgien, dom den 27 februari 1980, ans. nr 6903/75

Eckle mot Tyskland, dom den 15 juli 1982, ans. nr 8130/78

Colozza mot Italien, dom den 12 februari 1985, ans. nr 9024/80

Salabiaku mot Frankrike, dom den 7 oktober 1988, ans. nr. 10519/83

Barberà, Messegué och Jabardo mot Spanien, dom den 6 december 1988, ans. nr 10590/83

Funke mot Frankrike, dom den 25 februari 1993, ans. nr. 10828/84

Fredin mot Sverige (nr 2), dom den 23 februari 1994, ans. nr. 18928/91

John Murray mot Förenade kungariket, dom den 8 februari 1996, ans. nr. 18731/91

Saunders mot Förenade kungariket, dom den 17 december 1996, ans. nr. 19187/91

Serves mot Frankrike, dom den 20 oktober, 1997, ans. nr 20225/92

Tejedor García mot Spanien, dom den 16 december 1997, ans. nr. 25420/94

Condron mot Förenade kungariket, dom den 2 maj 2000, ans. nr 35718/97

Averill mot Förenade kungariket, dom den 6 juni 2000, ans. nr. 36408/97

Quinn mot Irland, dom den 21 december 2000, ans. nr 36887/97

Telfner mot Österrike, dom den 20 mars 2001, ans. nr. 33501/96

J.B. mot Schweiz, dom den 3 maj 2001, ans. nr. 31827/96

P.G. och J.H. mot Förenade kungariket, dom den 25 september 2001, ans. nr. 44787/98

Heaney och McGuinness mot Irland, dom den 21 december 2001, ans. nr. 34720/97

Ernst m.fl. mot Belgien, dom den 15 juli 2002, ans. nr. 33400/96

Beckles mot Förenade kungariket, dom den 8 oktober 2002, ans. nr. 44652/98

Allan mot Förenade kungariket, dom den 5 november 2002, ans. nr. 48539/99

Weh mot Österrike, dom den 8 april 2004, ans. nr. 38544/97

Shannon mot Förenade kungariket, dom den 4 oktober 2005, ans. nr. 6563/03

Jalloh mot Tyskland, dom den 11 juli 2006, avgjort i stor kammare, ans. nr. 54810/00

O'Halloran och Francis mot Förenade kungariket, dom den 29 juni 2007, avgjort i stor kammare, ans. nr. 15809/02; 25624/02

Salduz mot Turkiet, dom den 27 november 2008, avgjort i stor kammare, ans. nr. 36391/02

Bykov mot Ryssland, dom den 10 mars 2009, avgjort i stor kammare, ans. nr. 4378/02

Marttinen mot Finland, dom den 21 april 2009, ans. nr. 19235/03

Krumpholz mot Österrike, dom den 18 mars 2010, ans. nr. 13201/05.

Kennedy mot Förenade kungariket, dom den 18 maj 2010, ans. nr. 26839/05

Brusco mot Frankrike, dom den 14 oktober 2010, ans. nr. 1466/07

Sorokins och Sorokina mot Lettland, dom den 28 maj 2013, ans. nr. 45476/04

Niculescu mot Rumänien, dom den 25 juni 2013, ans. nr. 25333/03

Europeiska Kommissionen för mänskliga rättigheter

K mot Österrike, beslut den 10 februari 1992, ans. nr. 16002/90

Rättsfall från EU-domstolen

Aktiebolaget Orkem mot Kommissionen (mål 374/87), domstolens dom den 18 oktober 1989

Mannesmannröhren-Werke AG mot Kommissionen (mål T-112/98), förstainstansrättens dom den 20 februari 2001

Nationell praxis

Svenska rättsfall

Publicerade rättsfall

NJA 1986 s. 489

NJA 1980 s. 725

NJA 1981 s.791

NJA 1989 s. 131

NJA 1990 s. 555

NJA 1992 s. 307

NJA 2001 s. 563

NJA 2003 s. 323

NJA 2005 s. 407

NJA 2007 s. 1037

NJA 2009 s. 475 I och II

NJA 2011 s.638

RH 2007:12

RH 2008:54

Opublicerade rättsfall

Svea hovrätts dom 2009-02-16, målnr. B 8390-08

Svea Hovrätts dom 2012-06-29, målnr. B 3763-12

Sundsvalls tingsrätt dom 2002-02-25, målnr. B 2277-08

Umeå tingsrätt dom 2006-05-12, målnr. B 2039-05

Stockholms tingsrätts deldom 2008-06-18, målnr. B 20219-07

Uppsala tingsrätts dom 2011-10-28, målnr. B 4242-11

Linköpings tingsrätts dom 2013-01-03, målnr. B 3707-12

Varbergs tingsrätts dom 2013-02-04, målnr. B 678-12

Uppsala tingsrätts dom 2013-02-26, målnr. B 7066-11

Uppsala tingsrätts dom 2013-04-10, målnr. B 6505-12

Mora tingsrätts dom 2013-04-15, målnr. B 55-13

Vänersborgs tingsrätt dom 2013-04-29, målnr. B 4346-12

Stockholms tingsrätt dom 2013-08-02, målnr. B 1821-13

Utländska rättsfall

Kanada

R v. Beauchamp, 2008 CanLII 27481 (ON SC)

Norge

Høyesteretts kjennelse 01.06.2011, HR-2011 01118-A, (sak nr 2011/456)

Storbritannien

R v S (F) [2008] EWCA Crim 2177, [2009] 1 All E.R. 716

Greater Manchester Police v Andrews, [2011] EWHC 1966 (Admin),
[2012] A.C.D. 18

USA

Fisher v. United States, 425 U.S. 391 (1976)

Doe v. United States, 487 U.S. 201 (1988)

United States v. Hubbell, 530 U.S. 27 (2000)

In Re Grand Jury Subpoena to Sebastien Boucher, 2007 WL 4246473
(D.Vt)

In Re Grand Jury Subpoena to Sebastien Boucher, 2009 WIL 424718
(D.Vt.)

United States of America v. Kirschner, 823 F.Supp.2d 665 (E.D.Mich. 2010)

In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum, United States of America v. John Doe, 670 F.3d 1335 (11th Cir. 2012)

United States v Ramona Camelia Fricosu a/k/a/ Ramona Smith, 841
F.Supp.3d (D.Colo 2012)