

*Inger Marie Sunde: Automatisert Inndragning. Complex 3/11*  
Senter for rettsinformatikk, avdeling for forvaltningsinformatikk.  
Oslo 2010

Det er ingen nyhet at rettsvetare och myndigheter har svårt att vara a jour när straffrätten digitaliserar. Trots detta är det skäl att påpeka att det straffrättsliga påföljdssystemet också kan dra nytta av digitaliseringen. Inger Marie Sunde knappar in på brottslingarnas försprång med sin avhandling som behandlar effektiv användning av sakförverkande<sup>1</sup> som påföljd vid brott som begåtts på internet. Sunde begränsar sin granskning till brottsrekvisit som gäller spridning av sexuella övergreppsbilder av barn eller skadliga dataprogram.

Med automatiserat förverkande (*automatisert inndragning*) åsyftar Sunde ett filter som placeras i internet efter att domstolen har meddelat sitt förverkandebeslut. Filtret identifierar automatiskt (med hjälp av så kallad checksummateknik) alla datafiler som har ett datainnehåll som är identiskt med källfilen som tagits i beslag och sedan förverkats genom förverkandebeslutet. Efter att ha identifierat ett illegalt datainnehåll blockerar filtret datafilen och förhindrar dess användning. Sunde betraktar filtreringen som verkställande av förverkandebeslutet. I ett juridiskt hänseende är det fråga om huruvida källfilens kopior på internet kan förverkas samtidigt med källfilen, dvs. huruvida förverkandedomens verkan kan utsträckas att omfatta alla datafiler vars datainnehåll är identiskt med källfilen. I praktiken kan situationen vara den att polisen under förundersökningen tagit i beslag en dator som innehåller 30 000 bilder som klassificeras som barnpornografi. I den påföljande rättegången döms datorn och bilderna som är lagrade på datorns hårddisk förverkade. Om domstolen bestämmer sig för att använda automatiserat förverkande, utvidgas förverkandebeslutet att omfatta alla kopior av de förverkade bilderna som finns på internet. Kopiorna av källfilen kan igenkännas genom checksummatekniken som garanterar, att alla kopior som blockeras med filtret har samma datainnehåll som den förverkade källfilen.

Avhandlingen består av sju delar som först behandlar grundläggande begrepp, rättsliga grunder för förverkande av data, data som straffrättsligt objekt, förverkande av kopior (*dubletter*) och slutligen huvudtemat: automatiserat förverkande. Före Sunde går in på huvudtemat analyseras skillnaderna mellan data, datafiler och information.<sup>2</sup> Vidare granskas data som forskningsobjekt i stor utsträckning och ur olika synvinklar.<sup>3</sup> IT-brottslighet är på grund av sin verksamhetsomgivning ett juridiskt fenomen som kan vara svårt att bilda sig en uppfatt-

ning om. Därför kan Sundes tämligen extensiva granskning av olika uppkomstformer av data betraktas utgöra en nödvändig miljöbeskrivning. Med avseende på automatiserat förverkande är det till exempel viktigt att förstå vilken betydelse nätets kopieringseffekt har. En vanlig internetanvändare kommer kanske inte att tänka på vilken effektiv kopieringsmaskin nätet är. Bilder som laddats upp t.ex. på Facebook börjar leva sitt eget liv efter uppladdningen utan att personen som laddat upp bilderna längre kan kontrollera deras spridning över nätet. På grund av nätets kopieringseffekt kan automatiserat förverkande vara ett effektivt hjälpmedel i synnerhet för att bekämpa barnpornografi.

Sunde kombinerar på ett nyttigt sätt databehandlings- och rättsvetenskap. Informationen är juridiskt intressant eftersom den är svår att få tag på. Det är just därför Sunde betonar skillnaderna mellan data, datafil och information.<sup>4</sup> Enligt nordiskt tänkesätt kan information inte ägas, till skillnad från datafiler och data. Information som sådan kan inte dömas förverkad, vilket en datafil däremot kan. I sin avhandling använder Sunde en trestegs begreppshierarki, vars nedersta nivå består av infrastruktur som möjliggör användningen av data, mellersta nivå av data och översta nivå av lagrad information.<sup>5</sup>

Kärnfrågorna i avhandlingen är 1) om data kan betraktas som ett föremål (*ting*) enligt den norska förverkandebestämmelsen (69 § i den norska strafflagen, *inndragning av produktet av, gjenstanden for og redskapet til en straffbar handling*<sup>6</sup>) och 2) om kopior av källfilen kan anses ha en sådan relation till källfilen att de kan dömas förverkade samtidigt med källfilen. Borde kopior av källfilen alltså betraktas som självständiga föremål eller anses de utforma ett enhetligt föremål i kombination med källfilen?

Den norska förverkandebestämmelsen tillämpas inte bara på föremål utan också på elektroniskt lagrad information (*elektronisk lagret informasjon*). Enligt Sunde kan likväl en datafil som inte är lagrad någonstans vara ett individuellt förverkande objekt, eftersom lagring av data inte ändrar dess karaktär. Enligt Sunde bör definitionen av »ting« inte klavbindas till fysiska objekt, utan anses omfatta allt som kan individualiseras, konkretiseras och kontrolleras. Data och datafiler som består av data har alla dessa egenskaper.<sup>7</sup>

Enligt Sunde bör användningen av datarelaterade begrepp i den norska strafflagen vara enhetlig med Europarådets konvention om IT-relaterad brottslighet<sup>8</sup> (nedan »konventionen«).<sup>9</sup> De länder som har tillträtt i konventionen har således en gemensam författningsgrund som berättigar rättsjämförelse. I Finland implementerades konventionen genom en ändring av bl.a. beslagsbestämmelserna i den finska tvångsmedelslagen. Efter lagändringen tillämpas beslagsbestämmelserna uttryckligen även på data.<sup>10</sup> Enligt logiken i lagrummet är det uppenbart att data

som självständigt objekt kan vara föremål för förverkande eftersom det även kan vara föremål för beslag. Ytterligare kan man från rättsjämförelsesynpunkt att den finska bestämmelsen om sakförverkande tillämpas på både föremål och *egendom*. Därigenom kan utsträckningen av det finska tillämpningsområdet för sakförverkande vara bredare än det är i Norge, eftersom utgångspunkten i Finland är att all materia som kan ägas kan vara föremål för förverkande.

Sunde presenterar två alternativa tillvägagångssätt för granskningen av frågan om huruvida begreppet »ting« i förverkandebestämmelsen utöver källfilen även kan anses omfatta kopior av källfilen.<sup>11</sup> Det första alternativet är att källfilen och dess kopior betraktas som ett enhetligt föremål. Det andra alternativet är att varje kopia av källfilen betraktas som ett självständigt föremål. För att motivera sitt val mellan dessa alternativ konstaterar Sunde att filer uppför sig annorlunda än fysiska föremål, varför begreppet »ting« måste tolkas annorlunda i datavärlden än i den fysiska världen. Data förändras kontinuerligt när data kopieras på nätet. En datafil på internet kan lokaliseras som en konkret sak, men vederbörande datafil kan samtidigt användas av en oräknelig mängd människor och hela tiden kan bearbetas. Enligt Sunde måste kopieringen av datafiler ses som ett fenomen kännetecknande för datanätet. Mängden av kopior har inte någon betydelse i datanätsomgivningen. Kopior av en källfil och källfilen hör till samma dataidentitet, varför de enligt Sunde juridiskt måste betraktas som ett föremål.<sup>12</sup>

Det är lätt att hålla med Sundes tolkningsrekommendation. Det torde inte finnas några hinder att tolka begreppet »ting« i enlighet med datanätsomgivningen. Fast begreppet ting verkar vara bredare i internetvärlden än i den fysiska världen, överskrider tolkningen inte legalitetsprincipens gränser, eftersom tolkningen kan inrymmas i begreppet på basis av den enhetliga dataidentiteten. Sakförverkandets syfte är att frånta gärningsmannen ett farligt hjälpmedel vid brott eller ett föremål vars innehav som sådant är olagligt. Ingen har rätt att inneha barnpornografiska bilder. Bara det faktum att bilden är i ett elektroniskt format ändrar inte bildens skadliga natur.

I vissa fall kan det emellertid vara behövligt att betrakta källfilen och dess kopior som separata föremål. Ur den finska lagstiftningens synvinkel kan en sådan situation vara för handen när en kopia av källfilen ägs av någon annan än den åtalade och innehavet i sig själv inte är olagligt.<sup>13</sup> Fast källfilen och dess kopior skulle betraktas som en enhet förenad av samma dataidentitet, kan en kopia som är i tredje mans ägo och i dennes besittning inte dömas förverkad om kopians innehav inte är olagligt i sig och om kopian kan ha ett lagligt användningsändamål.

Enligt min mening är det nödvändigt att, utöver den begreppsliga granskningen av källfilen och dess kopior, även granska automatiserat förverkande ur en

praktisk straffprocessuell synvinkel. För att säkerställa en rättvis process, skulle jag anse det tillräckligt att förverkandet av kopior av källfilen blir föremål för en rättegång. Enbart det faktum att en källfil och dess kopior tillsammans kan anses utgöra ett föremål, räcker inte för att förverka kopiorna. Förverkandet av källfilen kan således inte direkt leda till förverkandet av kopiorna, om det sistnämnda inte behandlats under processens gång. Från en praktisk synvinkel är det sålunda inte nödvändigtvis relevant om kopiorna betraktas som individuella föremål eller inte, såvida deras identitet som kopior kan fastslås.

Filtrering av data har varit framme främst i samband med upphovsrättsliga förordnanden om spärrning. EU-domstolens avgörande i fallet *Scarlet vs. SABAM*<sup>14</sup> gällde likväl skyddandet av upphovsrätt. I målet anförde den belgiska upphovsrättsorganisationen SABAM att internetleverantören Scarlet skulle föreläggas en plikt att förhindra sina kunder att med hjälp av peer to peer – nät skicka och ta emot datafiler som innehåller musikaliska verk ur SABAM:s sortiment. EU-domstolen ansåg att den nationella domstolens beslut om att förelägga internetleverantören att installera ett filtreringssystem för att förhindra nedladdningen av olagliga datafiler är oförenligt med unionsrätten. Enligt EU-domstolen skulle ifrågavarande beslut uppställa en allmän övervakningsskyldighet för internetleverantören, som är oförenlig med direktivet om elektronisk handel (2000/31/EG). Ytterligare ansåg EU-domstolen att beslutet inte uppfyller kravet på att se till att avvägningen är rimlig mellan de relevanta grundläggande rättigheterna som aktualiserades i målet, dvs. immaterialrätten å ena sidan och näringsfriheten, rätten till skydd för personuppgifter och friheten att ta emot och sprida uppgifter å andra sidan.<sup>15</sup>

Avgörandet i SABAM-fallet meddelades i november 2011, varför Sunde inte haft möjlighet att ta det i beaktande i sin avhandling. Sunde hänvisar emellertid till den belgiska domstolens nationella beslut i målet, där Scarlet ålades att installera filtreringssystemet. Sunde hänvisar också till domsmotiveringen enligt vilken blockering av förbjudna innehåll är en åtgärd som är rent teknisk och automatisk till sin karaktär och det internetleverantören därför inte hade en aktiv roll vid filtreringen. Sunde jämför filtreringssystemet i SABAM-fallet med den teknik som skulle användas för automatiserat förverkande. EU-domstolens uppfattning enligt vilken upprätthållandet av ett filtreringssystem betyder en aktiv och allmän övervakningsskyldighet, kan därför komplicera användningen av automatiserat förverkande. Följaktligen är det möjligt att automatiserat förverkande inte kan förverkligas genom att förelägga leverantören en filtreringsplikt, om filtreringssystemet förutsätter samma åtgärder av leverantören som i SABAM-fallet (se punkt 38 i SABAM-fallet).

Sunde har kommenterat SABAM-fallet i ett artikel publicerat i Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland.<sup>16</sup> Sunde konstaterar att SABAM-fallet inte borde förhindra bruket av automatiserat förverkande. Som motivering anför hon bland annat att staten har en positiv förpliktelse att säkerställa skyddet av privatliv enligt artikel 8 i Europeiska människorättskonventionen. Följaktligen skulle till exempel ett barn som förekommer i pornografiska bilder ha rätt att kräva att staten ombesörjer ett effektivt verkställande av förverkandedomen och att internetleverantörer sålunda åläggs en plikt att installera ett filter.

Enligt Lissabonfördraget tillträder EU Europeiska människorättskonvention. Grundläggande rättigheter av samma innebörd finns också i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna. All unionsrätt måste alltså vara förenlig med bägge instrumenten. Fast det inte är möjligt att här gå djupare in på den unionsrättsliga författningshierarkin och de grundläggande rättigheternas effekt på tolkningen av unionsrätten, kan man konstatera att Sundes motivering skulle förutsätta en avvägning mellan internetleverantörens rätt att erbjuda service utan en allmän övervakningsskyldighet å ena sidan och skyddet för privatliv å andra sidan. Avvägningen borde alltså göras mellan den ovannämnda direktivbestämmelsen som skyddar rätt till fri näring och skyddet av privatliv som säkerställs i Europeiska människorättskonventionen och EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna. Man måste också påpeka, att det inte är bara barnets rätt till privatliv som man måste betraktas vid balanseringen utan också huruvida filtrering som övervakning bryter mot internetanvändarens rätt till privatliv och yttrandefrihet.<sup>17</sup> Till den del det gäller bekämpning av barnpornografi en rättvis balansering kan emellertid leda till annorlunda slutresultat än i SABAM-fallet, där inbördes avvägning gjordes mellan näringsfrihet och immaterialrättsinnehavarens rätt till egendom.

Sammanfattningsvis kan man konstatera, att enligt avhandlingen förefaller automatiserat förverkande vara juridiskt genomförbart betraktat ur förverkanderegimens synvinkel. Data och information måste hållas isär, eftersom den senare inte kan betraktas som ett föremål/ting enligt förverkandebestämmelsen. Kopior av en källfil och källfilen kan betraktas som ett föremål på basis av den enhetliga dataidentiteten. SABAM-fallet visar emellertid att det inte är fullkomligt klart om filtrering i form av en plikt för internetleverantören är ett genomförbart alternativ.

Trots dessa eventuellt komplicerande faktorer blir det mycket intressant att se om polisen i Norge – eller i andra nordiska länder vars förverkande system är mer eller mindre likadana – går in för att utnyttja automatiserat förverkande. I Finland har det tills vidare inte utnyttjats och enligt centralkriminalpolisen verkar huvudskälet inte ha att göra med juridik utan beror snarare på utmaningar i det tekniska genomförandet. Tekniken utvecklas emellertid i så snabb takt att vi inte kan veta

vad som är möjligt efter en relativt kort tidsperiod. Trots att ett automatiserat förverkande för tillfället skulle vara tekniskt svårt att förverkliga på ett sätt som respekterar internetleverantörers rätt till fri näring, kan det mycket väl vara möjligt i framtiden.

*Af Heli Lavonen*

### **Noter**

1. Med termen »sakförverkande« åsyftas i den här texten förverkande av hjälpmedel vid brott (10 kap. 4 § i finska strafflagen) och i tillämpliga delar förverkande av annan egendom (10 kap. 5 § i finska strafflagen). Innehållet i dessa paragrafer är relativt sammanfallande med den norska sakförverkandebestämmelsen. Orden förverkande och konfiskation används i texten som synonymer.
2. Kap. 2-4.
3. Sunde granskar t.ex. äganderättens betydelse för förverkande av data (kap. 6.2, 7.3 och 7.5), teknologineutralitetens betydelse (kap. 6.3-6.4) och data som element i brott (kap. 9).
4. Kap. 2.2; 6.2 och 7.5.
5. Kap. 2.1.
6. Lov om straff (LOV-2005-05-20-28), trätt i kraft 7.3.2008.
7. Se kap. 7 (*Kriterier til grunn for »gjenstand« og »ting»*).
8. Den i Budapest den 23 november 2001 antagna Europarådskonventionen om IT-relaterad brottslighet.
9. Kap. 2.3.5.
10. 4 kap. 1 § i den finska tvångsmedelslagen.
11. Kap. 11.3.
12. Kap. 11.5.
13. Se 10 kap. 6 § i den finska strafflagen.
14. Dom av 24.11.2011 i mål C-70/10.
15. EU-domstolen har senare meddelat också en annan dom gällande SABAM och plikt att installera ett filter (dom av 16.2.2012 i mål C-360/10). EU-domstolen ansåg att Netlog NV, som driver en plattform för sociala nätverk på internet, inte kan åläggas att installera ett filter. Motiveringarna var mycket likadana än i det första SABAM-fallet.
16. »Økosystemeffekten – om personernet i sociale medier«, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 4/2012, s. 358-374.
17. Sunde analyserar automatiserat förverkande ur människorättsynvinkel i del VI av sin avhandling. Sunde granskar huruvida internetanvändarens skydd för privat- och familjeliv och yttrandefrihet begränsar utnyttjande av filtrering men balanserar inte granskningen med internetleverantörens synpunkt.