

OM MODERNA EFTERFORSKNINGSMETODER OCH STRAFFPROCESSENS FUNKTION

AV PROFESSOR DAN FRÄNDE

*There is currently widespread demand on the part of law enforcement to grant the police more efficient methods to combat and investigate crime. Methods made possible by the latest technical developments are of particular interest. Special attention, however, must be given to the fact that most modern methods of investigation threaten to violate constitutional civil rights. New laws extending the police's authorisation to eavesdrop on private dwellings have been the most controversial. This paper examines some prerequisites for making investigatory methods of policing more acceptable to the public. When examining the acceptability of a method, the starting point should be whether the public perceives a factual need for the introduction of something new. This demand corresponds with the need to promote an acceptable standard of law and order in society. Lawfulness becomes threatened if the police are unable to prevent and investigate an adequate number of crimes by traditional means. When the need for improving the efficiency of policing has been established, the proposed methods must be subjected to close scrutiny as to their effectiveness and constitutionality.**

1. Inledning

Under senare tid har brottsbekämpning och brottsutredning fått allt större uppmärksamhet på det nationella och internationella planet. En central fråga i dessa sammanhang är bruket av moderna metoder för att bekämpa och utreda brott.

För finsk del kan 1995 betecknas som ett slags märkesår, eftersom polisen då fick rätt att bl.a. avlyssna telefoner. Under de senaste åren har ändringar gjorts i systemet, den kanske viktigaste var beslutet att upprätta ett DNA-register 1997. I dag innehåller det 1.400 profiler och gamla brott klaras upp med jämna mellanrum. Men rättsläget är instabilt. Polisens rättigheter föreslås igen bli utvidgade och kritikerna höjer rösten. De talar om ett slags dominoeffekt, dvs. att hela grundrättsskyddet hotar falla samman som ett korthus när man en gång har börjat tumma på de grundläggande rättigheterna.¹

På det 35:e nordiska juristmötet i Oslo sensommaren 1999 togs frågan om de moderna efterforskningsmetoderna och rättssäkerheten upp av advokat Claes Borgström. Enligt honom hotar dylika metoder på ett allvarligt sätt medborgarnas grundläggande rättigheter, bl.a. rätten till personlig integritet enligt arti-

* Title in English: *Modern Investigatory Methods and the Function of Criminal Procedure*. Original in Swedish.

kel 8 i EMRK. Samtidigt är strävandena att utvidga polisens befogenheter en faktisk realitet som ingen kan blunda för.

Jag skall fortsätta på Borgströms linje, men med en något annan infallsvinkel. Det är i första hand godtagbarheten hos de moderna efterforskningsmetoderna som intresserar mig. Jag avser emellertid inte att försöka besvara frågan om hur moderna efterforskningsmetoder klarar den finska grundlagens (GL) krav. Metoderna kommer i första hand i konflikt med rätten till personlig integritet (GL 7 §), rätten till ett skyddat privatliv (GL 10 §) och rätten till rättsskydd (GL 21 §). En aspekt i grundrättsdiskussionen tas dock upp, eftersom den direkt hör samman med mitt tema.

Det finska grundlagsutskottet har i flera sammanhang, bl.a. i sitt utlåtande med anledning av förslaget om bevisprovokation, betonat att en lagstiftning som inskränker de grundläggande fri- och rättigheterna måste uppfylla en rad förutsättningar.² Till dessa hör åtminstone att

- inskränkningen skall ingå i formell lag,
- inskränkningen i lagen skall vara tillräckligt klart och noggrant definierad,
- inskränkningen skall grundas på (motiveras med) acceptabla argument,
- det måste råda proportionalitet mellan de fördelar som metoden ger och de inskränkningar som metoden kräver,
- till metoden skall hör tillräckliga rättsskyddsmekanismer i form av t.ex. besvärshöjning etc., och
- inskränkningen skall stå i överensstämmelse med Finlands internationella förpliktelser.

Här riktas intresset mot kravet på acceptabla grunder samt kravet på proportionalitet. Vid bedömningen av om kraven är uppfyllda spelar enligt min uppfattning straffprocessens funktioner en viktig roll, men även andra hänsyn aktualiseras.

Innan godtagbarheten närmare prövas är det skäl att göra några anmärkningar av mera begreppslik natur. Uttrycket "moderna efterforskningsmetoder" saknar entydiga gränser och språkbruket uppvisar betydande variationer. Efterforskningsmetoder innebär i grunden åtgärder som vidtas i syfte att klara upp begångna brott. Här utgår man från att efterforskningen sker inom ramen för förundersökningen som i allt väsentligt regleras i förundersökningslagen. Därtill måste bestämmelserna om tvångsmedel efterlevas. Den finska rättsordningen uppvisar dessutom den egenheten att polisens viktigaste åtgärder i syfte att hindra brott eller avbryta pågående brott regleras i polislagen. Även dessa åtgärder bör uppfattas som efterforskningsmetoder. I annat fall blir helhetsbilden skev och för rättsskyddet centrala åtgärder riskerar att "glömmas bort". Den finska lösningen kan både risas och rosas men det skall inte göras här.³

Efterforskningsmetoderna kan ges olika bestämningar. De vanligaste bestämmelserna är "moderna", "okonventionella" och "hemliga". De två sistnämnda

har klara motsatser, dvs. konventionella (traditionella) respektive öppna. Däremot vill man sällan beteckna en efterforskningsmetod som omodern.

Hemliga efterforskningsmetoder utgör ett vedertaget språkbruk. Dessa metoder äger ett speciellt intresse i detta sammanhang. Man kan till och med hävda att den aktuella debatten i mångt och mycket just handlar om efterforskningsmetoder vars ratio grundas på att den berörda personen inte vet om åtgärden i fråga.

Med okonventionella efterforskningsmetoder menar man ibland sådana som saknar direkt stöd i lagstiftningen. Det är dock ovanligt att man samtidigt skulle anse dem direkt olagliga. Åtminstone för finsk rätt ligger slutsatsen rätt nära till hands, eftersom GL 2 § 3 mom. kräver att all offentlig makt skall bygga på lag. På grund av dessa anknytningar till det olagliga finner jag bestämningen "okonventionell" mindre tilltalande.

Med moderna efterforskningsmetoder avses i första hand metoder som har möjliggjorts eller gjorts praktiskt användbara genom den tekniska utvecklingen. Till dem hör bl.a. bruket av DNA-profiler och buggning. Men man kan också hävda att moderna efterforskningsmetoder är sådana som blivit aktuella till följd av den moderna brottsligheten. Till denna grupp kan man räkna bevisprovokation och infiltration.

Slutsatsen av detta blir att hemliga efterforskningmetoder huvudsakligen omfattar samma företeelser som moderna efterforskningsmetoder. Den sistnämnda bestämningen är dock vidare; den omfattar t.ex. DNA-analyser och öppen kameraövervakning.

2. Kan moderna efterforskningsmetoder godtas?

Det är givet att alla efterforskningsmetoder, både moderna och traditionella, kan bedömas ur godtagbarhetssynvinkel. Jag nöjer mig dock med att behandla det som kan tyckas vara mest kontroversiellt, nämligen teknisk avlyssning som riktas mot en person som befinner sig i en stadigvarande bostad. För enkelhetens skull kallar jag detta buggning. Men även skenköp (bevisprovokation) och täckoperation (infiltration) förtjänar att uppmärksammas.

De två sistnämnda efterforskningsmetoderna föreslås bli lagreglerade i regeringens proposition till ändring av polislagen (RP 34/1999 rd). Enligt propositionen skall i PolisL intas en bestämmelse med villkoren för när täckoperationer är tillåtna. Det förutsätts att avsikten är att hindra och avslöja viss allvarlig brottslighet, bl.a. grova narkotikabrott. Det skall finnas grundad anledning att misstänka att objektet för en täckoperation begår ett dylikt brott. I förslaget definieras täckoperationer som informationsanskaffning och infiltration. Metoderna kan vara framgångsrika bara om objektet inte känner till det faktiska sakläget, dvs. att den som frågar eller den som blir medlem är en polis. För att så skall kunna ske krävs dessutom ofta felaktiga och vilseledande uppgifter och skriftliga handlingar. I förslaget nämns explicit att hemliga husrannsakingar inte omfattas, dvs. utan den berättigades närvaro får en bostad inte beträdas.

Skenköp definieras i propositionen som ett köpanbud givet av polisen och med syftet att bl.a. avslöja olaga innehav eller hindra olaga tillverkning. Angående villkoren sägs bara att åtgärden måste vara nödvändig för att t.ex. hitta hälerigods.

Metodernas användningsområde påverkas starkt av det faktum att man i PolisL avser att inta en bestämmelse som förbjuder polisen att anstifta någon till en brottslig gärning. Detta betyder givetvis att en polis som inte med säkerhet vet att mottagaren av köpanbudet innehar t.ex. narkotika riskerar att objektivt anstifta ett brott. Det är inte möjligt att här diskutera polismannens straffrättsliga ställning. Dock torde det vara klart att artikel 6 i EMRK kränks ifall polisen provocerar någon att begå ett brott.⁴ Förslaget i RP 34/1999 rd betyder entydigt att enbart bevisprovokation skulle vara tillåtet, inte brottsprovokation.

Buggning av stadigvarande bostad föreslås blir tillåtet i ett betänkande från 1999.⁵ Åtgärden vore möjlig vid vissa allvarliga brott, bl.a. grovt narkotikabrott, varvid det krävs att uppgifterna kan antas vara av synnerlig vikt för utredningen. Ytterligare förutsätts att man kan anta att den misstänkte befinner sig i bostaden. Ger domstolen tillståndet skall polisen ha rätt att komma in i bostaden för att installera den nödvändiga tekniken. Avsikten är även att införa en offentlig ombudsman för den som utsätts för buggningen.

Hur skall då bruket av dessa moderna efterforskningsmetoder kunna ges en acceptabel grund? Varför måste inte polisen klara sig med de traditionella metoderna? Men det räcker inte enbart med en godtagbar grund. Det krävs även att grunden är så pass betydelsefull att den väger upp, dvs. står i proportion till de inskränkningar i grundrättigheterna som blir följden av åtgärden. Vad jag kan se måste frågan besvaras med utgångspunkt i straffprocessens funktioner i en demokratisk rättsstat.

I dag får det anses rätt entydigt att straffprocessen består av fyra delar; förundersökning, åtalsprövning, domstolsbehandling och straffverkställighet. Jag utgår från att polisens brottsavväjande åtgärder kan vad funktionen beträffar jämföras med straffprocessen.

Med funktion avser jag det mål, den uppgift eller det tillstånd som kan tillskrivas ett visst normativt laddat fenomen. Det förutsätts således inte att vi hela tiden har att göra med kausala samband utan det kan även vara fråga om mera begreppsmässiga relationer. Vi kan t.ex. säga att genom att införa hemlig avlysning ökades medborgarnas rättsskydd och närmast mena att till definitionen av rättsskydd hör att polisen har möjlighet att använda tillräckligt effektiva efterforskningsmetoder.

Enligt min uppfattning kan straffprocessen enbart förstås som sättet för statsmakten att förverkliga den materiella straffrätten. Den som har begått ett brott skall straffas. Denna förverkligandefunktion för omedelbart över till frågan om straffrättens funktion i samhället. Ett svar som jag finner vara mest rationellt är att straffrätten har till uppgift att påverka människornas beteenden. För att så

skall ske krävs inte bara en rationell och begriplig strafflagstiftning utan även ett fungerande tillämpningssystem. Utan konkretisering i form av förundersökning, åtalsprövning, dom och verkställighet blir straffhoten papperstigar som många lär sig att strunta i. Det duger således inte med att hota med straff och hoppas på att ingen märker inträffade lagöverträdelser. Det inträffade måste undersökas, den skyldige straffas och straffet verkställas. När så sker ser medborgarna att det lönar sig att lyda lagen; den allmänna laglydnaden upprätthålls.

Effektiva polisiära efterforskningsmetoder leder till ett ökat antal uppklarade brott, fällande domar och verkställda straff. Härvid förverkligas den materiella straffrätten bättre än vad annars vore fallet, vilket sin tur leder till ökad laglydnad, något som gör livet drägligare.

Det är nu tid att ställa de moderna efterforskningsmetoderna mot straffprocessens funktion att förverkliga den materiella straffrätten. På ett abstrakt plan är grunden givetvis acceptabel så länge den materiella straffrättens grund är acceptabel och vi tror på straffrättssystemets generalpreventiva effekt.⁶ Beträffande de etablerade efterforskningsmetoderna, t.ex. häktning och husrannsakan, ser vi det som rätt självklart att åtgärderna behövs för en dräglig upplklaringsprocent, som sedan får positiva effekter på den allmänna laglydnaden. Dock sker en viktighetsavvägning såtillvida att brottsmisstankarna måste vara av en viss allvarlighet: bagatellobrott anses tydligen inte så viktiga i detta avseende att de skulle räcka till för att begränsa rätten till frihet och hemfrid. Men det är inte fullt så enkelt beträffande moderna efterforskningsmetoder.

Man måste inledningsvis fråga sig om brottsituationen verkligen behöver nya metoder? Klarar man att upprätthålla en acceptabel upplklaringsprocent med de traditionella metoderna saknas i de flesta fall orsak att utöka polisens maktbefogenheter. Metoderna kostar ju pengar, inte minst i form av teknisk apparatur.

I det finska buggningsbetänkandet framläggs två grunder för att buggning av privatbostäder bör godkännas.⁷ För det första har det blivit lättare att skydda telededdelanden, varför teleavlyssningens effektivitet har minskat. För det andra kan det antas att brottslingarna känner till polisens befogenheter och förlägger sin verksamhet till skyddade områden. Detta betyder de facto att man hänvisar till minskad effektivitet hos de nu använda metoderna. Med det nya eftersträvas således ett slags status quo.

Beträffande täckoperation och skenköp hör behovsgrunden entydigt samman med narkotikabrottsligheten; den sägs utgöra ett starkt växande hot mot säkerheten i samhället. Enligt propositionen ökar de föreslagna åtgärderna möjligheterna att göra narkotikabeslag, vilket i sin tur minskar brottsnivån. Av detta kan man dra den slutsatsen att ökningen av narkotikabrotten kräver nya och effektivare resurser. Den tyngst vägande grunden för att PolisL bör kompletteras med bestämmelser om täckoperation och skenköp har dock att göra med polismännens rättsskydd, och ytterst även med den misstänktes rättsskydd. I proportio-

nen fastslås på flera ställen att lagstiftningen på området innehåller luckor, något som är oskäligt med tanke på polismännen och deras arbete. Ytterst betyder således ett klarläggande av befogenheten att brottsbekämpningen blir effektivare.

Om vi antar att gällande metoder inte klarar av den rådande brottsituationen måste ställning tas till om de föreslagna metoderna är tillräckligt effektiva. En lagstiftningsåtgärd kan knappast anses acceptabel ifall man på förhand vet att den är utan verkan. Det ligger i sakens natur att de som föreslår nya metoder inte yppar några tvivel om metodernas effektivitet. Ofta används exempel från utlandet, i den finska buggningsutredningen speciellt Tyskland och Danmark. I den svenska buggningsutredningen slås entydigt fast buggningens effektivitet som efterforskningsmetod.⁸ I viss mening kan man hävda att den enda empiriska grunden för effektiviteten är exempel från utlandet. Om vi antar att de som föreslår nya metoder har ett slags bevisbördå för nyttan av åtgärderna, verkar de anse den uppfylld genom att anföra exempel från utlandet. Det är uppenbarligen så att polisen av rent taktiska skäl inte ens vill beskriva fall som inte har kunnat redas ut med gällande medel men som hade kunnat lösas med moderna metoder. Vi får ett slags "försök och se"-ideologi som känns igen från andra rättsområden. Ett aktuellt finskt exempel är det reformerade hovrättsförfarandet från 1999 som redan nu hotar genomströmningen vid våra hovrätter. I förarbetena var man medveten om denna risk men man beslöt att se hur det går.

Det faktum att en viss efterforskningsmetod kan anses vara ett effektivt medel i kampen mot en allt allvarligare brottslighet leder givetvis inte automatiskt till ett godkännande i riksdagen. Eftersom metoderna i regel kränker de i grundlagen garanterade mänskliga rättigheterna krävs en avvägning som till stor del konkretiseras i en proportionalitetsprövning. Finns det en rimlig proportion mellan nyttan av åtgärden och den skada som rättighetskränkningen medför?

Enligt förslagen är det enbart de mera allvarliga brotten som får avvärjas respektive undersökas med de nya metoderna. Begränsningen är givetvis nödvändig. Trots detta måste man fråga sig om behovet av laglydnad via avvärjda och uppklarade allvarliga brott har en sådan vikt att det är rimligt att godta de inskränkningar i medborgarnas rättsskydd som de moderna metoderna för med sig. Särskilt när man beaktar den osäkerhet som hör samman med upprätthållandet och förbättrandet av den allmänna laglydnaden är det mycket som talar för att de här aktuella metoderna inte klarar proportionalitetskravet. För att upprätthålla en rimlig laglydnad behövs t.ex. ingen buggningsverksamhet från polisens sida.

Vad jag kan se är man i förarbetena helt medveten om behovet av ytterligare argument. Utvägen erbjuder GL 22 §, enligt vilken det är statsmaktens plikt att garantera förverkligandet av grundrättigheterna. Idén kommer fram i grundlagsutskottets utlåtande med anledning av RP 34/1999:

"När det gäller proportionalitetskravet bör det observeras att bakom rubriceringen "täckoperation" ligger ett synnerligen tungt vägande samhällseligt intresse och att detta intresse också är sammanlänkat med ambitionen att tillgodose de grundläggande fri- och rättigheterna för andra människor."

Utsagan kan tolkas på olika sätt.⁹ Det ligger nära till hands att läsa texten så att lagutskottet vill motivera täckoperationen med dess förmåga att skydda potentiella offer mot kränkningar av deras grundrättigheter. Men hur förverkligas skyddet? Svaret är inte helt lätt att ge men beträffande narkotikabrotten kunde man tänka sig följande modell. Ett uppkälat brott leder till att gärningsmannen berövas friheten, något som minskar risken för nya brott från hans sida (både gällande narkotikabrott och andra därmed sammanhängande brott). Narkotika kan beslagtas och fås därigenom bort från marknaden. Detta minskar konsumtionen och det därav följande beroendet av narkotika. Följden blir då att antalet offer för brott begångna i syfte att finansiera narkotikabruket minskar. Ett uppkälat narkotikabrott betyder att nya narkotikabrott och andra brott avvärjs. Medborgarna slipper således att bli offer för brott, dvs. deras grundrättigheter skyddas.

Vad jag kan se är det inte möjligt att bortse från potentiella offer när man överväger en viss efterforskningsmetods godtagbarhet. Påverkningsmekanismerna är dock så pass osäkra att offerhänsynen inte kan ges ett alltför högt värde. Vid införandet av nya efterforskningsmetoder bör det avgörande fortfarande vara strävan efter att upprätthålla en rimlig uppkälaringsprocent. Då riktas intresset mot faktiska eller påstådda svackor i polisens brottsförebyggande och brottsuppkälarande verksamhet. Först när sådana kan konstateras med en rimlig sannolikhet finns det orsak att överväga nya efterforskningsmetoder.

Noter:

¹ Se t.ex. Lars D. Erikssons artikel "Om konsten att oskadliggöra grundrättigheterna" i Ny tid 22.10.1999, nr 42.

² Grundlagsutskottets utlåtande 5/1999 rd med anledning av regeringens proposition med förslag till lag om ändring av polislagen (RP 34/1999 rd).

³ En klarläggande redogörelse för polisens preventiva efterforskningsmetoder ingår i verket Helminen – Kuusimäki – Salminen: Polisrätt (2000) s. 259–271.

⁴ Se Lundqvists redogörelse för fallet Teixeira de Castro v. Portugal i SvJT 1999 s. 903–911.

⁵ Esitutkinta- ja pakkokeinolakityöryhmän mietintö 1999. Betänkandet finns enbart på finska.

⁶ Om man hävdar att systemet saknar generalpreventiv effekt bör hela straffprocessen konstrueras om. Då blir det av central vikt att lösa genom brott uppkomna konflikter på partsnivå.

⁷ Se s. 29–30 (fotnot 5).

⁸ SOU 1998:46 (Om buggning och andra hemliga tvångsmedel) s. 14.

⁹ Frågan om grundrättigheternas horisontala verkan har diskuterats av Eriksson (se fotnot 1), Kaarlo Tuori (Lakimies 6–7/1999) och Juha Lavapuro (Lakimies 3/2000).

Adress: Helsingors Universitet
Juridiska fakulteten
PB 4
FIN-00014 Helsingfors