

Bestämmelsen i 28 kap. 14 § rättegångsbalken om att ta fingeravtryck utgör inte lagstöd för ett beslut om att med tvång lägga en misstänkts finger på en mobiltelefon för att låsa upp telefonen eller en applikation i den

Beslutet i korthet: En person var häktad misstänkt för grov smuggling. I hans mobiltelefon fanns en applikation som kunde öppnas endast genom att hans finger lades på telefonen. Tullverkets utredare misstänkte att det i applikationen fanns meddelanden som kunde vara av betydelse för brottsutredningen. Den misstänkte ville dock inte frivilligt låsa upp applikationen. En åklagare beslutade att den misstänktes fingeravtryck skulle tas direkt på mobiltelefonen. Syftet med åtgärden var att med tvång förmå den misstänkte att öppna applikationen och som lagstöd åberopades bestämmelsen i 28 kap. 14 § rättegångsbalken om att ta fingeravtryck.

I beslutet uttalar JO att regleringen om fingeravtryck inte tar sikte på åtgärder som består i att enbart vid ett visst givet tillfälle läsa av det unika mönstret på någons finger utan att informationen sparas och registreras och utan att åtgärden omedelbart kunnat leda till att utredning om brott kunnat vinnas. Med beaktande av den särskilda restriktivitet som gäller vid tolkningen av bestämmelser som inskränker det skydd mot påtvingade kroppsliga ingrepp som föreskrivs i regeringsformen har bestämmelsen i 28 kap. 14 § rättegångsbalken inte utgjort lagstöd för att besluta att den misstänktes fingeravtryck skulle tas på telefonen på det sätt som skett. Åklagaren kan inte undgå kritik för sitt beslut.

Enligt JO finns det inte tillräcklig anledning att kritisera Tullverket för att man hos åklagaren efterfrågade och därefter verkställde beslutet. Tullverket får dock kritik för att verkställigheten och resultatet av åtgärden inte dokumenterades.

I beslutet tar JO också upp frågor om den misstänkte borde ha fått kontakta sin försvarare innan beslutet verkställdes och om han har haft rätt att ha försvararen närvarande när åtgärden genomfördes.

Bakgrund

AA anhölls och häktades i januari 2018 misstänkt för grov smuggling. Vid en husrannsakan i hans lägenhet togs bl.a. datorer och mobiltelefoner i beslag. I en av telefonerna fanns en applikation som kunde låsas upp endast genom att AA:s finger lades direkt på telefonen.

Kammaråklagaren BB beslutade den 23 februari 2018 att fingeravtryck skulle tas. I beslutet angavs bl.a. följande. Enligt 28 kap. 14 § rättegångsbalken är det tillåtet att ta fingeravtryck om det erfordras för vinnande av utredning om brott på vilket fängelse kan följa. Nu aktuellt beslut omfattar tagande av fingeravtryck från AA direkt på beslagtagna mobiltelefon för att öppna en applikation i telefonen. Beslutet verkställdes av två tulltjänstemän den 1 mars 2018.

Anmälan

I en anmälan till JO förde AA, genom sitt ombud advokaten CC, fram klagomål mot Åklagarmyndigheten. Han anförde i huvudsak följande.

Han fördes vid det aktuella tillfället till ett förhörssrum av häktespersonal. Där lämnade några forensiker över ett dokument med ett beslut om tvångsmedel och uppgav att de hade rätt att öppna en applikation i hans telefon genom att läsa av hans tumme. Han motsatte sig åtgärden och ifrågasatte om beslutet var lagligt. Han sa också att han ville ringa sin offentliga försvarare CC för att diskutera saken men han fick inte det. Han begärde då att få ha försvararen närvarande när tvångsåtgärden skulle genomföras, men han fick inte det heller. Först efter att tjänstemännen hade hotat att verkställa beslutet med tvång gick han med på att öppna applikationen genom avläsning av sin tumme. I samband med detta hölls ett förhör med honom där han bl.a. fick upprepade frågor om lösenordet till telefonen.

Beslutet att hans fingeravtryck skulle tas direkt på mobiltelefonen saknar stöd i lag och verkställdes utan hans samtycke. Han har vidare haft rätt att samråda med sin försvarare innan tvångsåtgärden genomfördes liksom att ha sin försvarare närvarande vid genomförandet och när frågor ställdes till honom.

Utredning

JO uppmanade Åklagarmyndigheten och Tullverket att yttra sig.

Åklagarmyndighetens yttrande

Åklagarmyndigheten (vice riksåklagaren DD) yttrade sig efter att ha begärt in upplysningar från BB, kammarledningen vid åklagarkammaren i Helsingborg genom vice chefsåklagaren EE och områdeschefen överåklagaren FF.

Av yttrandet framgår att ärendet, som avsåg två fall av grov smuggling, kom in till åklagarkammaren i december 2017 och fördelades på kammaråklagaren BB. I två försändelser som var adresserade till AA hade dopningsmedel påträffats vid en tullkontroll. AA frihetsberövades i januari 2018 och var häktad med restriktioner fram till den 1 mars 2018. Under perioden när han var frihetsberövad genomfördes en husrannsakan i hans bostad. Vid husrannsakan togs en del föremål i beslag, bl.a. datorer och mobiltelefoner. Åklagaren bedömde att en genomsökning av de beslagtagna datorerna och telefonerna var avgörande för att kunna utreda AA:s eventuella delaktighet i brottsligheten.

Undersökningen försvårades av att delar av innehållet var krypterat. Förundersökningen mot AA lades ned den 20 juni 2018 eftersom åklagaren inte ansåg att det gick att bevisa att han hade gjort sig skyldig till brott och att ytterligare utredning inte kunde antas förändra bevisläget på ett avgörande sätt.

Åklagarmyndigheten lämnade följande redogörelse för beslutet att ta fingeravtryck direkt på mobiltelefonen.

Inför sitt beslut om tagande av fingeravtryck den 23 februari hade åklagaren kontaktats av en utredare vid Tullverket. Utredaren uppgav att en av de telefoner som tagits i beslag från AA hade kunnat låsas upp. I mobiltelefonen fanns en applikation som kunde innehålla meddelanden som endast kunde låsas upp med hjälp av innehavarens fingeravtryck. Utredaren efterfrågade därför ett beslut som skulle gå ut på att applikationen skulle öppnas genom att sätta AA:s fingeravtryck direkt på mobiltelefonen. Åklagaren beslutade med stöd av 28 kap. 14 § rättegångsbalken om tvångsmedlet. [– – –]

Varken åklagaren eller utredare vid Tullverket underrättade den offentliga försvararen om tvångsmedelsbeslutet. Åklagarens uppfattning är att offentliga försvarare i normalfallet inte underrättas om ett tvångsmedel innan det verkställs. I den diskussion som fördes mellan åklagaren och utredaren i samband med tvångsmedelsbeslutet bedömdes det inte meningsfullt att ställa ytterligare frågor till AA eftersom han i förhör under utredningen vägrat att svara på frågor. I övrigt hade åklagaren inte någon kontakt med utredaren när beslutet verkställdes och han gav heller inga särskilda anvisningar för hur genomförandet och undersökningen skulle dokumenteras. Tullverket har enligt uppgifter till åklagaren på sedvanligt vis dokumenterat innehållet i applikationen. Det var enligt åklagarens mening inte fråga om ett förhör.

BB uppgav följande om sina överväganden inför beslutet om att ta fingeravtryck.

Enligt utredaren hade åklagare i andra ärenden som utreddes av Tullverket tagit beslut av detta slag och jag fick även något sådant exempel. Inom Åklagarmyndigheten hade det också spridits en skrift från en överåklagare vid Utvecklingscentrum Malmö där det angavs som en slutsats att det synes möjligt att tolka 28 kap. 14 § rättegångsbalken på sådant sätt att fingeravtryck kan tas direkt på mobiltelefonen för att öppna denna, ... Jag vill också påminna mig att frågan hade lyfts på ett möte på åklagarkammaren och att det då nämndes att frågan varit uppe på en intern kurs angående it-brottslighet och att kursledarna på uttrycklig fråga inte avrätt från sådana beslut. Mot bakgrund av omständigheterna i ärendet och det rättsliga underlaget som fanns att tillgå gjorde jag bedömningen att den efterfrågade åtgärden var laglig och proportionell.

Skriften från överåklagaren vid Utvecklingscentrum Malmö lämnades in till JO. Den är daterad den 13 juli 2016 och har enligt uppgift från Åklagarmyndigheten upprättats med anledning av en förfrågan från den norska riksadvokaten. I skriften presenterar åklagaren som fick uppdraget att utreda frågan sina slutsatser. Där anges bl.a. att svensk lagstiftning inte uttryckligen reglerar om tvång kan användas för att öppna en mobiltelefon med hjälp av fingeravtryck, att det synes möjligt att tolka 28 kap. 14 § rättegångsbalken på sådant sätt att fingeravtryck kan tas direkt på en mobiltelefon för att öppna den, men att rättsläget måste anses oklart. Åklagarmyndigheten upplyste att skriften inte har publicerats men att den på annat sätt fått spridning inom myndigheten. Några

riktlinjer eller någon vägledning i den aktuella frågan har inte funnits inom Åklagarmyndigheten.

Åklagarmyndigheten redovisade följande bedömning.

Såsom det framgår av slutsatserna i Beslagsutredningen [SOU 2017:100] är det tveksamt om bestämmelsen i 28 kap. 14 § rättegångsbalken kan tillämpas som grund för beslut om att tvinga någon att sätta sitt fingeravtryck på t.ex. en mobiltelefon. Den slutliga bedömningen i den utredningen är att nuvarande regler i bl.a. rättegångsbalken inte kan anses ge ett sådant lagstöd. Eftersom det saknas tydligt lagstöd för åtgärden och med beaktande av legalitetsprincipen bör åklagare, enligt min mening, avstå från att tillämpa bestämmelsen på det sätt som nu gjorts.

Åklagaren har haft uppfattningen att han haft lagligt stöd för sitt beslut, vilket också kan utläsas av att han har dokumenterat sitt tvångsmedelsbeslut på föreskrivet sätt. Eftersom den aktuella skrivelsen från överåklagaren fått spridning inom Åklagarmyndigheten borde myndigheten när detta uppmärksammats, och i vart fall senast efter att Beslagsutredningen redovisats till regeringen, gått ut med rekommendationer eller vägledning i frågan. Eftersom detta inte gjorts menar jag att eventuell kritik i första hand bör riktas mot myndigheten och inte mot den enskilde åklagaren.

När det gäller frågan om den offentliga försvararen är det min bedömning att en försvarare sällan i förväg bör underrättas om ett tvångsmedelsbeslut. I ärendet hade åklagaren inte heller gett direktiv om att förhör skulle äga rum med AA. Eftersom syftet var att enbart verkställa tvångsmedelsbeslutet har det därför saknats anledning för åklagaren att se till att försvararen närvarade. Någon kontakt har inte heller tagits med åklagaren vid tillfället för verkställandet och åklagaren har därför inte kunnat ta ställning till då uppkomna invändningar eller frågeställningar.

Tullverkets yttrande

Tullverket (överdirektören GG) yttrade sig efter att ha begärt in uppgifter från berörda befattningshavare.

Tullverket redovisade följande uppgifter från berörda befattningshavare.

Tulltjänstemännen HH och JJ som verkställde åklagarens beslut har uppgett i huvudsak följande.

Tullverket hade tidigare tömt AA:s mobil förutom några appar som endast kunde öppnas med Touch ID eller lösenord. Åklagare beslöt därför att fingeravtryck skulle tas på AA direkt på mobilen i syfte att öppna den. It-forensikerna KK och LL deltog med uppgift att säkra information med teknisk utrustning. De satt i ett annat rum i väntan på att få mobilen.

Tulltjänstemännen informerade AA om varför de var där. AA ville först inte medverka. Det pågick en diskussion och fråga kom upp om försvarare. De förklarade att AA hade rätt att ha kontakt med sin försvarare men nu skulle de verkställa ett beslut från åklagaren. De uppgav vidare att ytterst kunde det ske med fysiskt tvång om inte AA medverkade. Slutligen medverkade AA. I apparna hittades inte något som bedömdes relevant varför någon säkring inte gjordes. Verkställigheten har inte dokumenterats.

Tulltjänstemännen höll inget förhör med AA. De eftersträvade mindre ingripande åtgärd varför de först frågade efter lösenordet men AA ville inte ge det. Under tiden som it-forensikerna undersökte mobilen inledde AA på eget initiativ en diskussion med tulltjänstemännen. AA frågade bland annat hur Tullverket hade lyckats få fram låskod och lösenord på mobilen.

Tulltjänstemännens inställning är att de skulle verkställa ett beslut fattat av åklagaren. De meddelade inte försvararen i förväg eftersom AA hade kunnat bli underrättad. De har inte vägrat AA att kontakta försvararen utan AA medverkade innan tulltjänstemännen behövde fatta något beslut i frågan. Enligt tulltjänstemännen finns det inte en ovillkorlig rätt att kontakta försvararen vid tvångsåtgärder. Det är fördelaktigt om den misstänkte får rådgöra med sin försvarare. Det ska även tilläggas att vid denna verkställighet fanns fara i dröjsmål. Tidigare försök i labbmiljö har visat att vissa appar har en säkerhetsfunktion i form av att Touch ID sätts ur funktion efter en viss tid. Med hänsyn till brottets allvar hade AA även kunnat göra fingeravtrycket obrukbart.

It-forensikerna KK och LL som skulle säkra informationen från mobilen har uppgett i huvudsak följande.

De väntade i rummet bredvid på mobilen för avläsning varför de inte känner till vad som sades. De fick inte uppfattningen att det skulle hållas ett förhör utan att ett tvångsmedel skulle verkställas.

Tullverket redovisade följande bedömning.

Åklagarens begäran om biträde av Tullverket

Åklagarmyndigheten anlät biträde av Tullverket för att ta ett fingeravtryck från AA direkt på en beslagtagna mobil. Beslutet fattades med stöd av 28 kap. 14 § rättegångsbalken. Enligt 19 § tredje stycket lagen om straff för smuggling (smugglingslagen) får åklagaren anlita biträde av Tullverket. Tulltjänsteman har getts viss befogenhet att besluta och verkställa tvångsmedel (19–30 §§ smugglingslagen). Tulltjänsteman har även rätt att använda våld vid verkställighet av bland annat frihetsberövande, kroppsvisitation, kroppsbesiktning och liknande åtgärd (29 § polislagen).

Tullverket anser att när verket biträder åklagaren ankommer det inte på tulltjänstemännen att göra en självständig bedömning av det rimliga eller lämpliga i åklagarens beslut i egenskap av förundersökningsledare (se JK 1988 s. 82). Tullverket anser även att verkställigheten har inrymts inom Tullverkets befogenheter.

Kontakt med försvararen

Tullverket skickade inte någon underrättelse till försvararen om tid och plats eftersom tulltjänstemännen inte höll något förhör med AA. Tullverket skulle enbart verkställa Åklagarmyndighetens beslut. När diskussion fördes om försvarare valde AA att medverka. Med anledning därav anser Tullverket att det inte var nödvändigt att kontakta försvararen.

Dokumentation

[...] För bestämmelsen i 28 kap. 14 § rättegångsbalken finns inte ett formellt krav på att verkställigheten ska protokollföras eller dokumenteras. Tullverket anser likväl att verkställigheten och resultatet skulle ha dokumenterats med hänsyn till att det är fråga om ett straffprocessuellt tvångsmedel.

Rättslig reglering

Allmänna utgångspunkter för tvångsmedelsanvändning

För all tvångsmedelsanvändning gäller ett antal grundläggande principer, bl.a. legalitets- respektive ändamålsprincipen. Legalitetsprincipen följer av regelsystemet i regeringsformen (RF) och Europakonventionen. Den innebär att en myndighet inte utan stöd i lag får ingripa i en enskilds rättssfär och att bestämmelser om tvångsmedel ska tolkas enligt sin ordalydelse. Att

bestämmelserna inskränker det skydd som föreskrivs i grundlagen ger särskild anledning till restriktivitet vid tolkningen (se t.ex. rättsfallet NJA 2016 s. 1165). Ändamålsprincipen innebär att ett tvångsmedel endast får användas för det ändamål som angetts i den bestämmelse som reglerar tvångsmedlet samt för det ändamål för vilket tvångsmedlet i det enskilda fallet har beslutats (se bl.a. Gunnel Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, 4:e uppl., s. 22 f. och JO 2019/20 s. 416).

Fingeravtryck

Var och en är gentemot det allmänna skyddad mot påtvingade kroppsliga ingrepp (2 kap. 6 § första meningen RF). Att ta fingeravtryck anses vara ett sådant ingrepp i den kroppsliga integriteten som omfattas av detta skydd (se SOU 1978:34 s. 204 och Bull och Sterzel, Regeringsformen – en kommentar, 3:e uppl., s. 71). Skyddet får dock under vissa förutsättningar begränsas genom lag (2 kap. 20 och 21 §§ RF).

I 28 kap. 14 § rättegångsbalken anges att fotografi och fingeravtryck får tas av den som är anhållen eller häktad. Även en annan dylik åtgärd får företas mot en person som är anhållen eller häktad. Detta gäller också mot andra personer om det krävs för att vinna utredning om brott för vilket fängelse kan följa. I paragrafen finns ett bemyndigande för regeringen att meddela närmare bestämmelser om de åtgärder som avses i den.

Sådana bestämmelser finns i förordningen om fingeravtryck m.m. (fingeravtrycksförordningen). Av förordningen följer att fingeravtryck alltid ska tas av den som har häktats som misstänkt för brott. Vidare preciseras de ändamål för vilka fingeravtryck får tas av andra än häktade. Av den som är anhållen ska fingeravtryck tas om det behövs för att utreda om den anhållne begått brottet som anhållningsbeslutet avser eller något annat brott eller annars för att få till stånd erforderlig utredning eller om den anhållne anses farlig för den allmänna säkerheten eller laglydnaden. Fingeravtryck ska också tas av en anhållen som är okänd och vägrar att uppge namn, hemvist eller födelsetid eller lämnar uppgifter om det som kan antas vara osanna. Av den som är misstänkt för ett brott men inte berövad friheten som anhållen eller häktad får fingeravtryck tas om det behövs för att utreda ett brott på vilket fängelse kan följa. Detsamma gäller för personer som inte är misstänkta för brottet. (2 § fingeravtrycksförordningen.)

Det är undersökningsledaren som beslutar om fingeravtryck ska tas när åtgärden behövs för utredningen av ett brott. I övriga fall fattas beslutet av Polismyndigheten. (6 § fingeravtrycksförordningen.)

Att fingeravtryck regelmässigt tas av häktade och anhållna i vissa fall syftar till att skapa underlag för polisens fingeravtrycks- och signalementsregister som innehåller fingeravtryck från misstänkta och dömda personer (se Gunnel Lindberg, Rättegångsbalk [1942:740], 1 september 2019, Lexino, kommentaren

till 28 kap. 14 §, se vidare 5 kap. 12 § lagen om polisens behandling av personuppgifter inom brottsdatalogens område).

Frågan om de brottsbekämpande myndigheternas möjlighet att tvinga någon att med sitt fingeravtryck öppna en mobiltelefon eller annan informationsbärare har behandlats av Beslagsutredningen i betänkandet Beslag och husrannsakan – ett regelverk för dagens behov (SOU 2017:100). I betänkandet görs bedömningen att nuvarande regler inte kan anses ge sådant lagstöd som krävs för tvångsingrepp mot enskilda som går ut på att personen tvingas medverka till biometrisk autentisering, dvs. identifiering genom fingeravtryck eller andra fysiologiska egenskaper. Det föreslås emellertid att det ska införas en skyldighet för enskilda att i vissa fall öppna en informationsbärare och andra informationssystem med hjälp av biometrisk autentisering. (Se s. 376 f.) Förslaget bereds i Regeringskansliet.

Ledningen av och ansvaret för en förundersökning

Undersökningsledaren har ansvar för förundersökningen i dess helhet. Han eller hon ska se till att utredningen bedrivs effektivt och att den enskildes rättssäkerhetsintressen tas till vara. Undersökningsledaren ska också ge dem som biträder honom eller henne de direktiv som behövs för arbetet. (1 a § andra stycket förundersökningskungörelsen.)

När en åklagare leder en förundersökning som avser t.ex. brott mot lagen om straff för smuggling eller vissa narkotikabrott får åklagaren anlita biträde av Tullverket och får också ge en tjänsteman vid Tullverket i uppdrag att vidta en viss åtgärd som hör till förundersökningen, om det är lämpligt med hänsyn till åtgärdens beskaffenhet (19 § tredje stycket lagen om straff för smuggling).

Dokumentation

Det finns inte några särskilda bestämmelser i 28 kap. rättegångsbalken om att beslut om åtgärder enligt 28 kap. 14 §, eller verkställigheten av sådana åtgärder, ska protokollföras. Enligt 20 § förundersökningskungörelsen ska dock uppgifter om användning av tvångsmedel alltid antecknas i förundersökningsprotokollet. En åklagare som beslutar att fingeravtryck ska tas är dessutom, liksom när det gäller övriga straffprocessuella tvångsåtgärder, dokumentationsskyldig enligt Åklagarmyndighetens föreskrifter om dokumentation och underrättelser vid tvångsmedel (ÅFS 2005:30).

Rätten till försvarare

Rätten till tillgång till försvarare är en del av rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen. Rätten att biträdas av försvarare gäller inte bara under själva rättegången utan också vid polisförhör och i övrigt under förundersökningen.

Den som är gripen, anhållen eller häktad har rätt att träffa sin offentliga försvarare i enrum (21 kap. 9 § rättegångsbalken). En misstänkt har också alltid rätt att ha sin offentliga försvarare närvarande när han eller hon förhörs (23 kap.

10 § fjärde stycket rättegångsbalken). En frihetsberövad person får inte vägras att kommunicera elektroniskt med sin offentliga försvarare (3 kap. 4 § tredje stycket häkteslagen). Rätten att kommunicera elektroniskt med den offentliga försvararen gäller dock endast i den utsträckning det lämpligen kan ske och det innebär att hänsyn får tas till exempelvis häktets rutiner och tillgång till utrustning som möjliggör kommunikation (se 3 kap. 4 § första stycket häkteslagen, prop. 2009/10:135 s. 145 och 191 samt prop. 2015/16:187 s. 27). Det kan läggas till att dessa rättigheter gäller också för den som har en privat försvarare som uppfyller de krav som ställs på en offentlig försvarare.

Bedömning

Beslutet att ta fingeravtryck direkt på telefonen

Tullverkets utredare misstänkte att det i en applikation i AA:s telefon fanns meddelanden som kunde vara av betydelse för brottsutredningen. AA ville dock inte frivilligt låsa upp applikationen. Beslutet att ta fingeravtryck från AA direkt på hans mobiltelefon syftade således till att med tvång förmå honom att öppna applikationen. Frågan är om det fanns lagstöd för åklagaren att besluta om en sådan tvångsåtgärd.

I 28 kap. 14 § rättegångsbalken sägs att fingeravtryck får tas bl.a. av den som är häktad. Varken den bestämmelsen eller bestämmelserna i fingeravtrycksförordningen reglerar dock hur ett fingeravtryck får tas eller hur det ska registreras. Det förklaras inte heller vad det innebär att ta ett fingeravtryck. Det står dock klart att vad som eftersträvas med tvångsmedlet är att få tillgång till information om det mönster som är unikt för varje människa och som finns på t.ex. ett finger och som kan sparas och registreras och användas bl.a. som jämförelsematerial i förhållande till avtryck som har tagits tidigare eller kan komma att tas i andra sammanhang.

Det tillåtna ändamål för att ta fingeravtryck som anges i 28 kap. 14 § rättegångsbalken är om det behövs för att vinna utredning om brott. Det angivna ändamålet måste förstås så att det också avser personer som är anhållna eller häktade, även om bestämmelsens konstruktion inte uttryckligen är utformad så. I fingeravtrycksförordningen anges ytterligare tillåtna ändamål. Av häktade personer ska fingeravtryck alltid tas, vilket innebär att fingeravtryck får tas för registerändamål och de övriga ändamål som anges i förordningen. Det som är av intresse här är ändamålet att utreda brott eller annars få till stånd erforderlig utredning. Vilken innebörd som ska läggas i ”annars få till stånd erforderlig utredning” har inte förklarats i något förordningsmotiv eller motsvarande, men jag kan inte förstå det på annat sätt än att uttrycket avser detsamma som anges i lagbestämmelsen, nämligen att vinna utredning om brott.

Syftet med att läsa av AA:s fingeravtryck på telefonen har varit att låsa upp en applikation i telefonen för att därefter komma åt meddelanden som kunde vara av betydelse för utredningen av brottet. Det går att hävda att beslutet att ta AA:s fingeravtryck på telefonen således i sig inte haft något omedelbart syfte att

utreda brott. Med det synsättet har åtgärden fungerat endast som ett medel för att öppna applikationen, så att tulltjänstemännen därefter kunde gå igenom innehållet i brottsutredande syfte. (Se i detta sammanhang JO:s beslut den 5 oktober 2004, dnr 2346-2003, Gunnel Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel, 4:e uppl., s. 607 som behandlar för vilka ändamål en husrannsakan får göras och SOU 2017:100 s. 378.)

Mot bakgrund av det sagda är det min bedömning att den aktuella regleringen inte tar sikte på åtgärder som består i att enbart vid ett visst givet tillfälle läsa av det unika mönstret på någons finger utan att informationen sparas och registreras och utan att åtgärden omedelbart kunnat leda till att utredning om brott kunnat vinnas. Med beaktande av den särskilda restriktivitet som gäller vid tolkningen av bestämmelser som inskränker det skydd som föreskrivs i grundlagen, har bestämmelsen i 28 kap. 14 § rättegångsbalken om att ta fingeravtryck eller annan dylik åtgärd inte utgjort lagstöd för beslutet att ta AA:s fingeravtryck på den beslagtagna telefonen på det sätt som skett.

BB har uppgett att han inför beslutet om fingeravtryck kontaktades av utredaren vid Tullverket som redogjorde för behovet av att kunna öppna den aktuella applikationen. Utredaren uppgav att åklagare i andra ärenden fattat beslut av det slaget och BB fick också se något sådant exempel. Han hade även tagit del av en skrift från juli 2016 i vilken en överåklagare vid Utvecklingscentrum Malmö redovisade slutsatsen att det synes möjligt att tolka 28 kap. 14 § rättegångsbalken på sådant sätt att fingeravtryck kan tas direkt på en mobiltelefon för att öppna den, men att rättsläget måste anses oklart. BB har också uppgett att han hade en minnesbild av att frågan hade lyfts på ett möte på åklagarkammaren och att det då nämndes att frågan varit uppe på en intern kurs angående it-brottslighet och att kursledarna på uttrycklig fråga inte avrått från sådana beslut. Mot den bakgrunden gjorde BB bedömningen att den efterfrågade åtgärden var laglig och proportionerlig.

Ett beslut om ett tvångsmedel eller någon annan integritetskänslig åtgärd måste föregås av grundliga överväganden. Det gäller särskilt om lagligheten av en åtgärd är svårbedömd. Enligt min mening var de överväganden som BB redovisat att han gjorde, inte tillräckligt grundliga för att han ska kunna undgå kritik för sitt beslut. Det hade visserligen varit värdefullt om Åklagarmyndigheten, som myndigheten själv varit inne på, hade gått ut med rekommendationer eller vägledning när det uppmärksammades att den aktuella skriften från överåklagaren fått spridning, men det föranleder ingen annan bedömning från min sida i nu aktuellt avseende.

Tullverkets verkställighet av beslutet

När det gäller förundersökningar som drivs med biträde från Polismyndigheten har JO tidigare uttalat att åklagarens rätt att begära biträde av Polismyndigheten inte motsvaras av någon ovillkorlig skyldighet för myndigheten att göra det som åklagaren begär, men att det av bestämmelserna om förundersökning i

rättegångsbalken och förundersökningskungörelsen och det sätt på vilket de sedan länge tillämpas får anses följa att Polismyndigheten ska se till att de utredningsdirektiv som åklagaren i egenskap av undersökningsledare ger leder till adekvata åtgärder (se JO 2012/13 s. 94 och JO 2019/20 s. 405). Detsamma måste gälla för Tullverket när verket biträder en åklagare i en förundersökning som avser t.ex. brott mot lagen om straff för smuggling eller vissa narkotikabrott. Det kan därför i regel inte åligga Tullverket att utreda lagligheten av de åtgärder som åklagaren ger verket direktiv att utföra.

Med hänsyn till uppgiften att åklagare tidigare fattat beslut av samma slag som det nu aktuella, i ärenden som utretts av Tullverket, utgår jag från att tulltjänstemännen haft uppfattningen att tvångsåtgärden hade stöd i lag. Jag har därför inte tillräcklig anledning att kritisera Tullverket för att man hos åklagaren efterfrågade och därefter verkställde tvångsmedelsbeslutet.

Jag kan däremot konstatera att Tullverket brustit när det gäller dokumentationen av den vidtagna åtgärden. Det är av stor vikt från rättssäkerhets- och kontrollsynpunkt att inte enbart beslut om tvångsmedel utan också genomförandet av tvångsåtgärder dokumenteras klart och noggrant. Tullverket dokumenterade inte vare sig verkställigheten eller resultatet av åtgärden och ska kritiseras för detta.

Rätten till försvarare

Min granskning har också avsett frågorna om AA borde ha fått kontakta sin försvarare innan beslutet om att ta fingeravtryck verkställdes och om han har haft rätt att ha försvararen närvarande i samband med verkställigheten. En misstänkt har alltid rätt att ha sin offentliga försvarare närvarande när han eller hon hörs. De tulltjänstemän som verkställde åklagarens beslut om att ta fingeravtryck har uppgett att de inte höll något förhör med AA utan endast frågade efter lösenordet till den aktuella applikationen eftersom de eftersträvade en mindre ingripande åtgärd än att med tvång ta hans fingeravtryck. Det har inte dokumenterats att något förhör hållits och åklagaren har inte heller gett något direktiv om att höra AA. Åklagarmyndigheten har i sitt yttrande uppgett att det i en diskussion mellan åklagaren och utredaren i samband med tvångsmedelsbeslutet bedömdes att det inte var meningsfullt att ställa ytterligare frågor eftersom AA i tidigare förhör vägrat att svara på frågor. Mot den bakgrunden anser jag mig inte ha underlag för någon annan utgångspunkt än den som såväl Åklagarmyndigheten som Tullverket redovisat, nämligen att det inte var fråga om ett förhör med AA. Det finns inte någon lagstadgad rätt att ha sin försvarare närvarande vid andra utredningsåtgärder än förhör och det finns inte heller någon skyldighet att underrätta en försvarare om en tvångsåtgärd innan den verkställs.

I sammanhanget vill jag emellertid framhålla att stor försiktighet är påkallad när det gäller att i samtalsform ställa frågor till en brottsmisstänkt utan att hålla ett regelrätt förhör. Ett sådant förfarande riskerar att åsidosätta de

rättssäkerhetsgarantier som gäller för den som är misstänkt för ett brott och ska höras om misstanken. Det får givetvis inte heller för den misstänkte råda någon tvekan om ifall det är fråga om ett förhör eller inte.

När det gäller AA:s önskemål om att få kontakta och rådgöra med sin försvarare finns det som ovan redovisats bestämmelser som innebär att den som är gripen, anhållen eller häktad har rätt att träffa sin försvarare i enrum liksom att en intagen person har rätt att kommunicera elektroniskt med sin försvarare, i den utsträckning det lämpligen kan ske. Att en frihetsberövad person har rätt att träffa och kommunicera med sin försvarare kan emellertid inte innebära någon ovillkorlig rätt för honom eller henne att omedelbart få kontakta sin försvarare när han eller hon begär det.

Av AA:s och tulltjänstemännens uppgifter framgår att AA framförde önskemål om att få kontakta sin försvarare efter att ha motsatt sig verkställigheten av tvångsmedelsbeslutet. Han har själv uppgett att han också ifrågasatte lagligheten av beslutet. Att AA sedan valde att medverka inför hotet att åtgärden annars skulle genomföras med fysiskt tvång, kan inte tolkas som att han frånfallit sin begäran om att få kontakta och rådgöra med försvararen.

Det torde inte vara ovanligt att den som ska bli föremål för en tvångsåtgärd motsätter sig åtgärden. Verktälligheten av en tvångsåtgärd kräver inte samtycke och vid genomförandet får visst våld användas i den mån andra medel är otillräckliga och det med hänsyn till omständigheterna är försvarligt och den som ska genomföra åtgärden möts av motstånd (10 § första stycket 4 och 29 § polislagen). Det finns mot den bakgrunden normalt sett inte skäl att låta den som ska bli föremål för en tvångsåtgärd kontakta och rådgöra med sin försvarare inför verkställigheten.

Sammanfattningsvis gör jag bedömningen att det inte finns skäl att kritisera Åklagarmyndigheten eller Tullverket för hur frågorna om AA:s tillgång till försvarare hanterades.

Ärendet avslutas.