

Göteborg den 12 april 2021

Högsta domstolen

INKOM: 2021-04-13
MÅLNR: B 2222-21
AKTBIL: 1

ÖVERKLAGANDE

KLAGANDE:

Mervan Ucar, 19950428-7096
F n häktet Kronoberg

Ombud och offentlig försvarare:

Advokaten Arash Raoufi
Otterhällegatan 1, 411 18 Göteborg

MOTPART:

Åklagarmyndigheten gnm
Kammaråklagaren Mats Ihlbom
Göteborgs åklagarkammare

SAKEN:

Grovt narkotikabrott m.m.

ÖVERKLAGAD DOM:

Hovrätten för Västra Sveriges dom
2021-03-17, mål nr B 1466-21

I egenskap av ombud och offentlig försvarare för Mervan Ucar framställs följande.

YRKANDE M.M.

Mervan Ucar yrkar att Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd och därefter ogillar åtalet avseende grovt narkotikabrott (åtalpunkten 2) och rattfylleri (åtalpunkten 4) samt åtalet för narkotikabrott (åtalpunkten 3) såvitt gäller påståendet att narkotikan har innehafts i överlåtel-sesyfte. Mervan Ucar yrkar vidare att åklagarens talan om utvidgat förverkande ska ogillas samt att villkorligt medgiven frihet inte ska förverkas.

I andra hand yrkar Mervan Ucar att målet ska återförvisas till underinstans på grund av felaktig handläggning.

SKÄL FÖR PRÖVNINGSTILLSTÅND M.M.

Inledningsvis görs det gällande att förevarande mål inte innehåller några komplicerade bevisfrågor avseende själva gärningen och lämpar sig därför väl för en prövning i Högsta domstolen. För att uppnå en enhetlig och förutsebar rättstillämpning är det av vikt att Högsta domstolen klargör följande frågor.

1. För det fall åklagarmyndigheten handlägger ett mål med frihetsberövade personer i strid med det skyndsamhetskrav som gäller bör detta beaktas vid straffmätningen med stöd av 29 kap. 5 § p. 9 BrB, eller ska tidsutdräkten beaktas vid bedömningen av huruvida den villkorliga frigivningen ska förverkas eller inte i enlighet med 34 kap. 5 § andra stycket p. 3 BrB?
2. Utgör Encrochattmaterial tillåten bevisning? Om rättigheter har överskridits genom att materialet har tillåtits som bevisning, ska detta beaktas till den tilltalades fördel vid straffmätningens värde enligt 29 kap. 5 § p. 9 BrB?

UTVECKLING AV TALAN

Tidsutdräkt

Det framgår av markerade delar i bilagorna 1-3 att åtal var redo att väckas mot min klient cirka två månader tidigare än vad som faktiskt blev. Tidsutdräkten berodde på att åklagarmyndigheten beslutade vid ett sent skede att utvidga förundersökningen så att den även omfattade en annan person som befann sig vid tidpunkten utomlands och som småningom lämnades över till Sverige. Under aktuella två månader har således utredningen bedrivits mot annan och inte mot min klient. I tingsrätten anförde den medtilltalades försvarsadvokat att det förelåg hinder mot att hålla huvudförhandlingen eftersom all information som åklagarmyndigheten hade tillgång till avseende ett visst alias kopplat via Encrochatt till den medtilltalade inte hade kommunicerat med försvaret. Åklagaren hade ingen erinran mot försvarets uppfattning om hinder och den medtilltalades skuld prövades aldrig i förevarande mål. Således drabbades min klient av cirka två månaders tidsutdräkt, under en tid han var häktad med restriktioner, på grund av åklagarmyndighetens felaktiga handläggning. Det görs gällande att det skyndsamhetskrav som gäller inte har följts. Således ska tidsutdräkten, som inte klienten inte har kunnat styra över, beaktas med stöd av 29 kap. 5 § p. 9 BrB eller 34 kap. 5 § andra stycket p. 3 BrB. I detta fall görs det gällande att det sistnämnda lagrummet ska tillämpas.

I sammanhanget betonas att pandemin har medfört att isoleringen på häkten i riket har varit mer kännbart för de frihetsberövade. Under en längre tid fick de häktade inte ta emot besök, oavsett om det rörde sig om bevakade eller inte. Vidare har den personliga kontakten mellan personal och de häktade inskränkts för att minska risken för smittspridning. Även möjligheter till samsittning har i viss mån påverkats. Detta har i viss mån beaktats vid straffmätningen i förevarande fall, dock görs det gällande att ovan angivna tidsutdräkt ska i första hand beaktas som skäl för att inte förverka den villkorliga frigivningen med stöd av 34 kap. 5 § andra stycket p. 3 BrB.

Encrochatt

Det har blivit allt vanligare att Encrochattmaterial används som bevisning gällande grov brottslighet. Så som det har uppmärksammats i media föranleder inhämtningen av materialet en del frågor, t.ex. om materialet har rekviderats i enlighet med gällande rätt. I dagsläget förekommer väldigt många mål rörande ytterst grov brottslighet där bevisningen uteslutande eller huvudsakligen består av Encrochattmaterial. För att uppnå en förutsebar och rättssäker rättstillämpning är det av största vikt att Högsta domstolen omgående klargör vissa frågor kopplade till Encrochatt och dess användning som bevismedel. Detta särskilt eftersom underinstanserna har svårt att hantera frågorna kopplade till Encrochatt och det råder ovisshet. Det noteras att problemet inte är övergående, eftersom det har tillkommit nya aktörer som t.ex. Ghost och Sky som erbjuder liknande tjänster som Encrochatt. Således kommer det även i framtiden finnas behov av ett klargörande av hur material av liknande slag ska klassificeras enligt svensk rätt och hur det får rekvideras och användas av brottsutredande myndigheter.

Det finns oro att franska myndigheter har använt sig av hemliga tvångsmedel i Sverige mot svenska medborgare, utan tillstånd från svensk domstol och utan stöd i gällande rätt. Tvångsmedlet, som inte har varit individualiserad, har varit riktad mot alla som har haft tillgång till mjukvaran Encrochatt. Således har även personer som inte varit misstänkta för brott varit utsatta för tvångsmedlet. Förfarande strider bl.a. mot Europakonventionens regler om rätten till privatliv och rätten till en rättvis rättegång samt Regeringsformens regler om skydd mot integritetskränkningar. Något stöd i gällande rätt har inte funnits, särskilt eftersom det hemliga tvångsmedlet har varit generell och gällt alla som har haft tillgång till Encrochatt oavsett om de har varit misstänkta för brott eller inte.

Det är oklart i målet om Encrochattarna har inhämtats genom beslag av server i Frankrike eller om chatten har kunnat följas i realtid. Det har gjorts gällande att franska brottsutredandemyndigheter har genom att hacka in sig i det IT-system som drev Encrochatt och därefter dels i realtid kunnat läsa meddelanden och se bilder, dels kunnat ladda hem informationen och spara denna för att ta del av den vid ett senare tillfälle. Således har inte ett beslut tagits för att pröva varje misstänkt, om de är misstänkta för ett specifikt brott, utan avlyssning har skett av samtliga användare av



Encrochatt. Det innebär att även personer som utnyttjat Encrochatt i andra syfte än att begå brott har avlyssnats.

Så som jag har förstått det har svenska brottsutredande myndigheter rekvirerat Encrochattmaterial från Frankrike med stöd av lagen (2017:1000) om europeisk utredningsorder (LEUO) som i sin tur är ett resultat av implementeringen av EU:s direktiv 214/41 (se bilaga 1 till prop. 2016/17:218). Direktivet som är bindande för samtliga medlemsstater, dvs. inklusive Frankrike, föreskriver en skyldighet för den stat som utför avlyssningen av en person på en annan stats territorium att underätta den berörda staten så att dess myndigheter får pröva om åtgärden ska tillåtas, avslutas eller om användningen av materialet ska begränsas (se artikel 31 i nämnda direktiv och 4 kap. 13-16 §§ LEUO).

Enligt den franska bestämmelsen, artikel 100-8 Criminal Procedure Code of the French Republic, som är baserad på EU-direktivet ska avlyssning av korrespondens via elektronisk kommunikation på teleadress som används på annan medlemsstats territorium anmäla åtgärden till behörig myndighet i den berörda staten. Underlåtenhet att anmäla utgör en grund till ogiltigförklaring av bevismedlet.

Enligt min kännedom har svenska domstolar inte i förväg gett tillstånd till att läsa av eller ta upp uppgifter från Encrochatt avseende de användare som befann sig på svenskt territorium. Detta betyder att gällande svensk, fransk och EU-rätt har åsidosatts.

Det betonas i sammanhanget att tvångsmedlet i Frankrike verkar inte ha individualiserats vilket krävs i Sverige, dvs. uppgifter om en konkret brottsmisstanke, en skäligen misstänkt för brottet och att den skäligen misstänkte har en koppling till den elektroniska adress som avlyssnas eller övervakas för att avlyssning ska få ske har inte funnits.

Åklagarmyndigheten har gjort gällande i andra mål att Encrochattmaterialet har överlämnats av franska myndigheter med stöd av en europeisk utredningsorder och att materialet ska bevisvärderas i enlighet med principerna om fri bevisföring och bevisprövning. Detta är ett förenklat sätt att

betrakta de orosmoment som har lyfts fram, särskilt eftersom tvångsmedlet har använts generellt och inte varit individualiserad.

Högsta domstolen bör ta ställning till hur Encrochattmaterialet ska klassificeras enligt svensk rätt.

- a) *Är Encromaterialet att betrakta som överskottsmaterial från hemligdataavläsning och därmed ska betraktas som material från hemlig dataavläsning?*
- b) *Är Encromaterialet att betrakta som överskottsmaterial från hemlig avlyssning och övervakning av elektroniska kommunikation och därmed ska betraktas som material från dessa hemliga tvångsmedel?*
- c) *Är Encromaterialet att betrakta som beslagshandlingar från en i beslagtagen server i Frankrike?*

Det görs gällande i första hand att Encrochattmaterialet har inhämtats på ett sätt som är att likställa med en tvångsåtgärd som motsvarar hemlig dataavläsning. Detta eftersom all information som har funnits på aktuell mobilenhet har avlästs, och att materialet bör behandlas som uppteckningar/upp- tagningar av hemlig dataavläsning samt att endast svensk domstol kan fatta beslut beträffande så- dant material.

I andra hand görs det gällande att i vart fall är Encrochattmaterialet att betrakta som i beslag tagen kommunikation från den franska servern, eftersom materialet rimligtvis har anskaffats via tvångs- medel.

Oavsett slutsats enligt ovan görs det gällande att förfarande om hur Encrochattmaterial har inhäm- tats strider mot såväl inhemsk som internationell rätt, och borde inte tillåtas. För det fall Högsta domstolen skulle finna, i ljuset av principen om fri bevisföring, att materialet ska tillåtas trots att gällande rätt inte följts bör detta beaktas till den tilltalades fördel vid straffmättningsvärdet.



I förevarande fall består den huvudsakliga bevisningen mot min klient av Encrochattmaterial. Det görs gällande att Mervan Ucar inte hade dömts om Encrochattmaterialet inte hade tillåtits i målet. Effekterna av detta bör vara i första hand en frikännande dom och i andra hand att straffet sätts ned ordentligt. I vart fall borde målet återförvisas till underinstans för en ny handläggning eftersom bevisning som inte har varit tillåten har legat till grund för underinstansernas bedömning.

Sammanfattningsvis görs det gällande att föreligger tillräckliga skäl för att bevilja prövningstillstånd.

Kostnadsräkning biläggs.

Som ovan

Arash Raoufi