

Högsta domstolen
c/o Göta hovrätt
Box 2223
550 02 Jönköping

HÖGSTA DOMSTOLEN
R 22

INKOM: 2021-11-02
MÅL NR: B 2345-21
AKTBIL: 10

ÖVERKLAGANDE

Klagande: Hassan Malla, 19801204-0534
Frihetsberövande: Häktad

Ombud samt offentlig försvarare: Advokat Carl Adam Åhnberg
Kiström Advokatbyrå
Box 7184
103 88 Stockholm

Motpart: Åklagarmyndigheten
Riksenheten mot internationell och organiserad brottslighet

Saken: Synnerligen grovt narkotikabrott mm

Överklagad dom: Svea hovrätts dom av den 5 oktober 2021 i mål nr B 2345-21.

I egenskap av ombud tillika offentlig försvarare för Hassan Malla inkommer jag härmed med överklagande av ovan rubricerad dom med framställande av följande.

1. YRKANDEN

- 1.1 Hassan Malla yrkar att Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd.
- 1.2 Hassan Malla yrkar att åtalet, med ändring av hovrättens dom, ska ogillas i sin helhet.
- 1.3 Hassan Malla yrkar även att Högsta domstolen ska upphäva beslutet att han ska utge 100 000 kr till staten såsom förverkat värde av narkotika.



2. GRUND FÖR YRKANDE OM PRÖVNINGSTILLSTÅND

- 2.1 Hovrätten har tillmätt den åberopade bevisningen hänförlig till EncroChat ett för starkt bevisvärde.
- 2.2 Den av åklagaren åberopade bevisningen hänförlig till EncroChat har tillkommit i strid med gällande fransk och svensk rätt.
- 2.3 Försvarets bristande insyn i den av åklagaren åberopade bevisningen utgör en kränkning av Hassan Mallas konventionsgrundade rätt till en rättvis rättegång.

3. FRÅGOR HÖGSTA DOMSTOLEN BÖR TA STÄLLNING TILL

- 3.1 Bör en fällande dom kunna grunda sig uteslutande på bevisning hänförlig till EncroChat, även för de fall då domstolen kommit fram till att bevisningen i fråga ska tillmätas ett lägre bevisvärde på grund av dess tillkomst, eller ska det för en fällande dom som utgångspunkt krävas stödbevisning.
- 3.2 Innebär det faktum att försvaret förvägrats insyn i hur den åberopade bevisningen har bearbetats samt att försvaret inte kunnat ta del av bevisningen i sin ursprungliga form att det skett en kränkning enligt art 6 EKMR (den kontradiktoriska principen och rätten till en rättvis rättegång) vilket i sin tur får följden att bevisningen inte får fälla avgörandet till den tilltalades nackdel?

4. VARFÖR ÄR MÅLET LÄMPLIGT FÖR HÖGSTA DOMSTOLEN ATT PRÖVA?

- 4.1 Bevisning hänförlig till EncroChat är den enda bevisning som åberopas mot Hassan Malla (nedan endast benämnd som "Hassan") avseende åtalerna för grovt narkotikabrott samt synnerligen grovt narkotikabrott. Övrig bevisning som åberopas mot Hassan åberopas endast till styrkande av Hassans koppling till en viss EncroChat-enhet, så kallad identifieringsbevisning. Sådan bevisning finns i samtliga mål som rör EncroChat och målet är därför i dessa delar så renodlat som det är möjligt.



5. VARFÖR FINNS DET ETT BEHOV AV ATT HÖGSTA DOMSTOLEN PRÖVAR FRÅGOR HÄNFÖRLIGA TILL ENCROCHAT-BEVISNING?

- 5.1 Riksåklagaren har i sitt yttrande av den 30 juli 2021, till Högsta domstolen i mål nr B 3624-21 anfört att de svenska domstolarna intagit ett unisont förhållningssätt till värderingen av EncroChat-bevisning. Vid en första anblick så kan det se så, dock finns det andra aspekter att väga in i bedömningen som Riksåklagaren inte berör i sin inläga.
- 5.2 EncroChat-bevisning är tämligen unik i den meningen att den har bearbetats vid ett ännu okänt antal tillfällen. Denna omständighet är inte något som framgår av det underlag som generellt presenteras i de förundersökningar som försvaret får ta del av. Ett antal försvarsadvokater har dock under snart ett års tid försökt att belysa bakgrunden till bevisningens uppkomst. Omständigheter kring legalitet och bearbetning är dock inte allmän vetskap för alla och envar vilket innebär att det är ytterst ovanligt att tingsrätter och hovrätter haft kännedom om de relevanta aspekterna av bevisningens tillkomst när beslut eller dom har meddelats.
- 5.3 I Svea hovrätts avgörande av den 7 maj 2021 i mål nr B 2303-21 tog dock hovrätten fasta på oklarheter kring legaliteten av bevisningens tillkomst vilket fick till följd att denna omständighet i sig medförde att den återopade bevisningen bedömdes ha ett lägre bevisvärde än vad som annars hade varit fallet. Även försvarets bristande möjlighet till insyn i bevisningens tillkomst påverkade bedömningen vilket får ses som en hänvisning till den kontradiktoriska principen. En rakt motsatt bedömning gjorde sedan Svea hovrätt i B 2251-21 endast två veckor senare. Trots att samma invändningar kring att inhämtandet av den återopade bevisningen stridit mot både svensk och fransk rätt gjordes gällande i det senare avgörandet så kom hovrätten fram till att inget talade för att bevisningens uppkomstsätt kunde ifrågasättas.
- 5.4 Det oklara rättsläget understryks av att rådmannen i B 2303-21 klargör att det saknas vägledande praxis gällande hur EncroChat-bevisning ska värderas. Formuleringen får ses som en vädjan till Högsta domstolen att klargöra rättsläget genom att vägleda underrätterna hur den nu aktuella bevisningen ska tolkas.



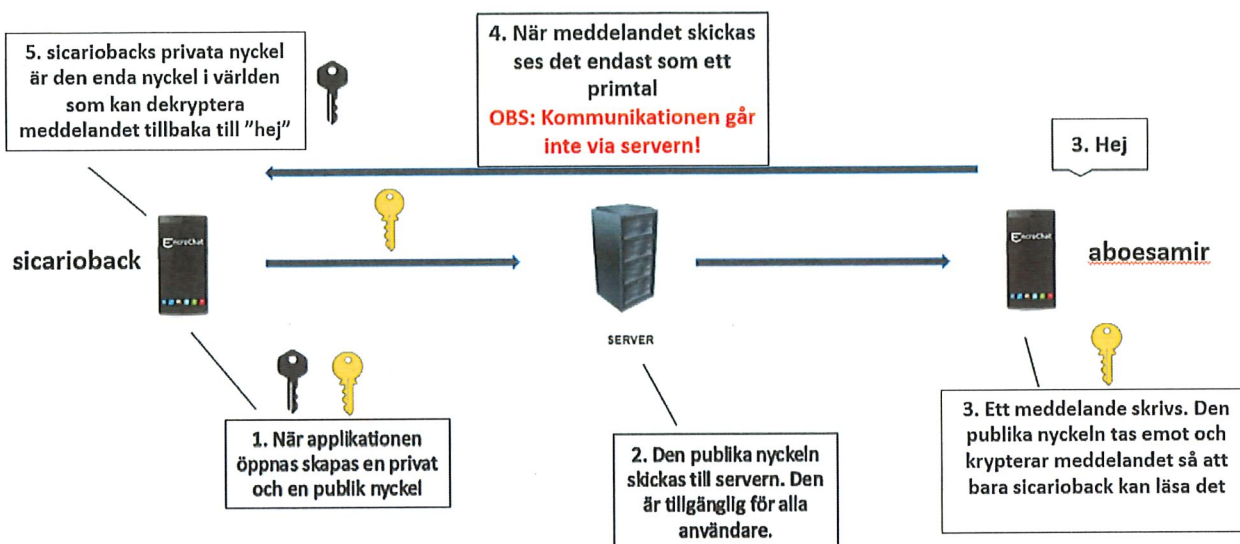
- 5.5 I den nu överklagade domen har Göta hovrätt slagit fast att bevisning hänförlig till EncroChat ska tillmätas ett lägre bevisvärde på grund av oklarheter kring dess ursprung. Trots detta har hovrätten dömt Hassan för gärningar där det helt saknas stödbevisning i form av till exempel beslag, vittnesmål eller spaningsuppgifter. Den nu överklagade domen visar med all önskvärd tydlighet att konsensus ännu inte nåtts gällande hur EncroChat-bevisning ska värderas och ett klagande från Högsta domstolen är därför nödvändigt.

6. HUR HAR ENCROCHATT-BEVISNINGEN ÅTKOMMITS?

- 6.1 En avgörande frågeställning är, var den hemliga avläsningen de facto har ägt rum? Har detta skett på franskt eller på svenskt territorium? Det är försvarets uppfattning att denna frågeställning både missuppfattats och eventuellt bortsetts ifrån av Åklagarmyndigheten när Åklagarmyndigheten i olika mål bemött de invändningar som kommit från försvaret.
- 6.2 För att kunna ta ställning i denna fråga är det nödvändigt att i vart fall på ett rudimentärt stadium förstå sig på den tekniska lösning som EncroChat begagnat sig av. Försvaret gör gällande att det är tekniskt omöjligt att tillgodogöra sig den information som franska myndigheter lyckats ta del av endast genom att spegla en server placerad i Frankrike.
- 6.3 Det förefaller vara ostridigt att EncroChat nyttjar så kallad end to end-kryptering. Denna tekniska lösning medför att det är omöjligt att läsa av kommunikation från servern då kommunikationen när och om den väl passerar servern är oläslig. Vidare framgår det av polisens egna utredningsunderlag att EncroChat tillhandahåller en M2M-lösning (Machine to Machine) vilket ytterst kortfattat innebär att servern endast nyttjas för att initiera kontakten mellan två enheter. När kontakten mellan enheterna väl är initierad så går inte kommunikationen längre via servern i Frankrike. Det skulle med andra ord vara omöjligt att åberopa den bevisning som åklagaren nu åberopat om endast servern speglats. Avläsningen innehåller dessutom information i form av bland annat kontaktlistor som endast lagras på den enskilda enheten. Dessa hade inte heller funnits i det tillgängliga materialet om endast den franska servern hade lästs av. Nedan kan ses en ytterst förenklad och schematisk skiss över hur det ser ut när en enhet initierar kontakt med en annan enhet.



End to end-kryptering



6.4 Sex chefsåklagare (bland annat chefsåklagaren för riksenheten för internationell och organiserad brottslighet) har den 2 april 2021 skrivit under en debattartikel i Svenska Dagbladet där de anför att eftersom servern finns i Frankrike och bevisningen finns där så behöver Frankrike inte begära Sveriges tillstånd att vidta avläsningsåtgärden. Detta ställningstagande backade sedan Åklagarmyndigheten från, då myndigheten genom ett pressmeddelande den 22 april 2021 slog fast att det inte fanns uppgifter om hur själva extraktionen gått till.

6.5 Försvaret grundar sitt påstående om att extraktionen av information har skett på svensk mark, dels utifrån den tekniska lösningen som EncroChat begagnat sig av, dels på vittnesuppgifter från personer som varit delaktig i den faktiska operationen. I en dom från brittiska High Court där flertalet inblandade i "Operation Emma" hördes framgår tydligt och utan utrymme för annan tolkning av ordalydelsen att det var de enskilda kommunikationsenheterna som lästes av i realtid. Uppgifterna har således inte inhämtats från någon server i Frankrike utan från enheterna som befunnit sig på svenskt territorium.

6.6 Följande står att läsa i det ovan refererade avgörandet från brittiska High Court:



- 12 In order for the first interested party to give consideration to how the information might lawfully be received in the UK, one of the NCA personnel present at the meeting, Emma Sweeting, obtained an explanation on 21 February 2020 from the French lead investigator, Jeremy Decou. Her note of what she was told records as follows:

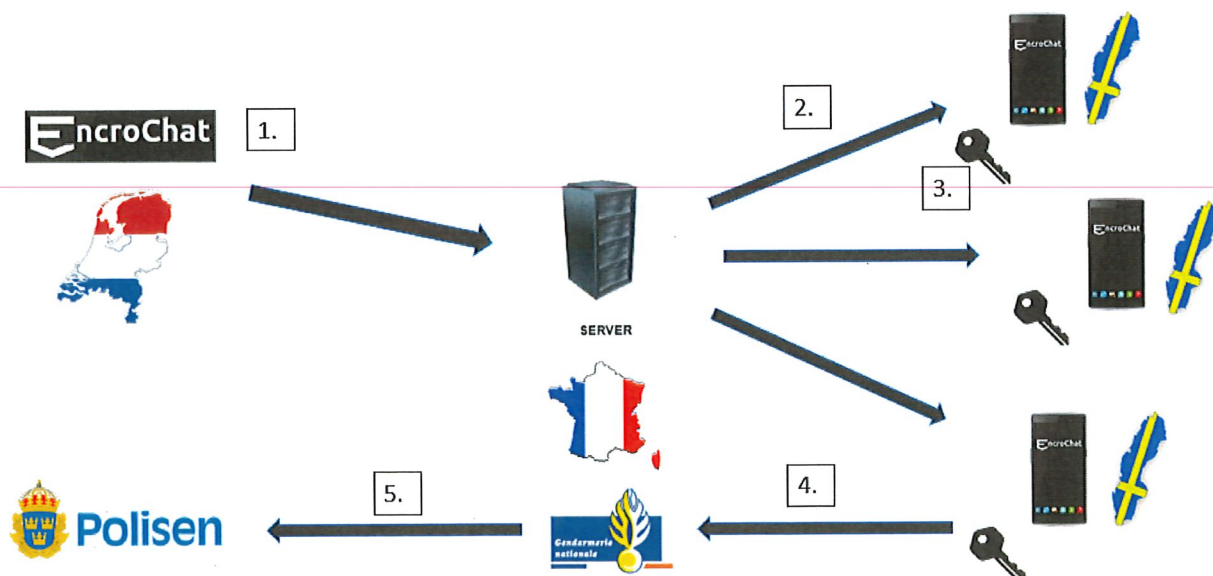
“Stage 1 (historical data collection)

An implant within an application will be placed on all EncroChat devices worldwide. This will be placed on devices via an update from the update server in France. On deployment, this implant will collect data stored on the device and transmit this to French authorities. This will include all data on the devices, such as identifiers (for example, INEI and user names) stored chat messages and notes (list not exhaustive). The implant will then remain installed on the device to enable stage 2.

Stage 2 (forward facing collection) communications (chat messages) on the EncroChat devices will then be collected on an ongoing basis. The messages are collected when they have been stored on the EncroChat devices. Simultaneously, the messages are sent via the chat server, but they will not be collected in transmission, they will be collected from the devices.”

- 6.7 Det bör inte gå att misstolka ordalydelsen i formuleringen från den brittiska domstolen. Informationen har extraherats direkt från enheten. Den har inte åtkommit genom att spegla en server placerad i Frankrike. Förförandet kan schematiskt beskrivas enligt följande skiss.

Hur har avläsningen gått till?





- (1) EncroChat är ett bolag med säte i Nederländerna. En särskild brottsutredande enhet i Lille, Frankrike, har, själva eller tillsammans med franska Gendarmeriet, ansökt om tillstånd hos antingen en domstol eller förundersökningsdomare om att få placera en programkod i en server placerad i Lyon. Efter att tillstånd meddelats placerades programkoden i hemlighet på servern. Innehavaren och användarna av servern fick ingen underrättelse om åtgärden.
 - (2) Programkoden hade två funktioner, varav den första innebar att servern speglades och informationen översändes till de franska brottsutredande myndigheterna. Den andra funktionen var att programkoden överfördes från servern till de enskilda kommunikationsenheterna.
 - (3) När programkoden överförts till respektive enhet uppmanades användaren att uppdatera sin enhet/krypteringstjänst. Genom uppdateringen aktiverades den utsända programkoden i den enskilda enheten. I telefonen fungerade programkoden som en så kallad keylogg, vilket innebar att varje användning av enhetens tangentbord överfördes i realtid till de franska brottsutredande myndigheterna.
 - (4) Avläsningen och upptagningen pågick under perioden från slutet av mars 2020 till den 13 juni 2020. Under den tid som åtgärden pågick deltog flera andra länder, däribland Sverige genom Nationella Operativa Avdelningen (NOA), i en samarbetsgrupp inom Eurojust som tillåts att sitta med och ta del av avläsningarna i realtid.
 - (5) Sedan EncroChat uppdagat intrånget i servern skickade företaget ut en varning till sina användare som uppmanades att göra sig av med enheterna. För att få del av upptagningarna ställde svenska åklagare ut en europeisk utredningsorder till Frankrike med en begäran om att få del av upptagningar knutna till vissa angivna användarnamn. Efter beslut av en fransk domstol överlämnades upptagningarna till de svenska brottsutredande myndigheterna genom att gendarmeriet överlämnade en "CD-ROM" innehållandes vanliga Excel-filer i vilka data från de avlästa enheterna hade förts in.
- 6.8 Försvaret inställning är att det bör anses vara utrett att extraktionen samt inhämtandet av bevisningen skett på svensk mark och att åtgärden vidtagits i strid med gällande fransk och svensk rätt. Detta synsätt kommer dock inte utvecklas ytterligare i denna skrift mot bakgrund av hovrättens slutsatser i den nu överklagade domen.
- 6.9 Hovrätten anför på s. 16 att " *I svensk rätt gäller som huvudregel att all relevant bevisning får läggas fram i en brottmålsrättegång, även om bevisningen inte har skaffats fram i föreskriven ordning eller när dess ursprung är oklart. Omständigheterna kring åtkomsten kan emellertid påverka värdet av den (se t.ex. rättsfallet NJA 2011 s. 638). När det som i detta fall inte har kunnat klargöras hur Encrochatmaterialet har inhämtats bedömer*



hovrätten att det finns skäl att låta detta förhållande leda till att det ska värderas med ett betydande mått av försiktighet (jfr Svea hovrätts dom den 7 maj 2021 i mål nr B 3203-21 och Hovrätten för Nedre Norrlands dom den 15 september 2021 i mål nr 1147-21).

- 6.10 Försvaret gör gällande att då hovrätten kommit fram till att oklarheterna kring inhämtningen av EncroChat-bevisningen i sig ska påverka bevisvärdet så är denna slutsats tillräcklig för att inte behöva betunga Högsta domstolen med försvarets påståenden om varför åtgärden inte varit laglig. Högsta domstolen kan med andra ord utgå från hovrättens slutsatser avseende inhämtningens påverkan på hur bevisningen ska hanteras i den överklagade domen, alltså att denna ska värdas med ett betydande mått av försiktighet. Frågeställningen avseende hur stort genomslag hovrättens slutsats ska få vid bevisvärderingen kvarstår dock.

7. FÖRSVARETS MÖJLIGHET ATT KONTROLLERA BEVISNINGENS AUTENCITET

- 7.1 I likhet med vad som anförts ovan så är processen för att extrahera information från EncroChat-enheter komplicerad. Stora delar av denna process är hemlig för Åklagarmyndigheten, försvaret samt även för rätten. Franska myndigheter har inte ens velat dela med sig av de beslut som ligger till grund för avläsningen vilket inneburit att försvaret tvingats till egna rättsutredningar kring åtgärdernas laglighet. Något som är än mer svårutrett är dock den rent faktiska hanteringen av informationen och hur informationen har bearbetats på sin väg från de faktiska enheterna till den slutprodukt som sedan presenterats i olika förundersökningsprotokoll.
- 7.2 För att kunna göra en adekvat bedömning av bevisningens värde samt försvarets möjlighet att kontrollera bevisningen i sig måste rätten ha en uppfattning om hur materialet har bearbetats. Detta är en fråga som hamnat i skymundan i debatten som främst rört extraktionsåtgärdens laglighet.
- 7.3 När informationen extraheras så görs detta genom en så kallad keylogger som installerats på de faktiska fysiska enheterna. Denna speglar all information som finns i enheten och registrerar dessutom varje enskilt tangentnedtryck. Förfarandet innebär att all information



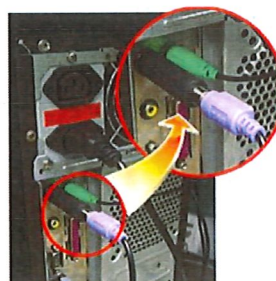
skickas vidare till de franska myndigheterna, till och med lösenord. Det stora problemet med en keylogger är att den inte registrerar kommunikation utan endast aktiviteter på den faktiska enheten. Detta innebär att meddelanden som ändras eller ångras innan de skickas också kommer med i extraktionen.

WIKIPEDIA

Keylogger

Keylogger är en typ av datorprogramvara eller hårdvara med vars hjälp man kan registrera (logga) tangenttryckningar på en dator. Keyloggern registrerar alla knappar som trycks ned och kan på så vis till exempel få reda på lösenord.

Syftet är ofta att stjäla viktig information, som till exempel lösenord, av datoranvändare. Keyloggers installeras oftast på en dator med hjälp av en fjärrstyrd trojansk häst. Keyloggers kan installeras genom att man installerar något, till exempel ett spel eller programvara, och Keyloggern installeras utan att man märker något.



En keylogger installerad mellan tangentbord och dator.

Referenser

Eftersom varje tangentnedslag så registreras även:

- Felskrivningar
- Omskrivningar
- Icke skickade meddelanden

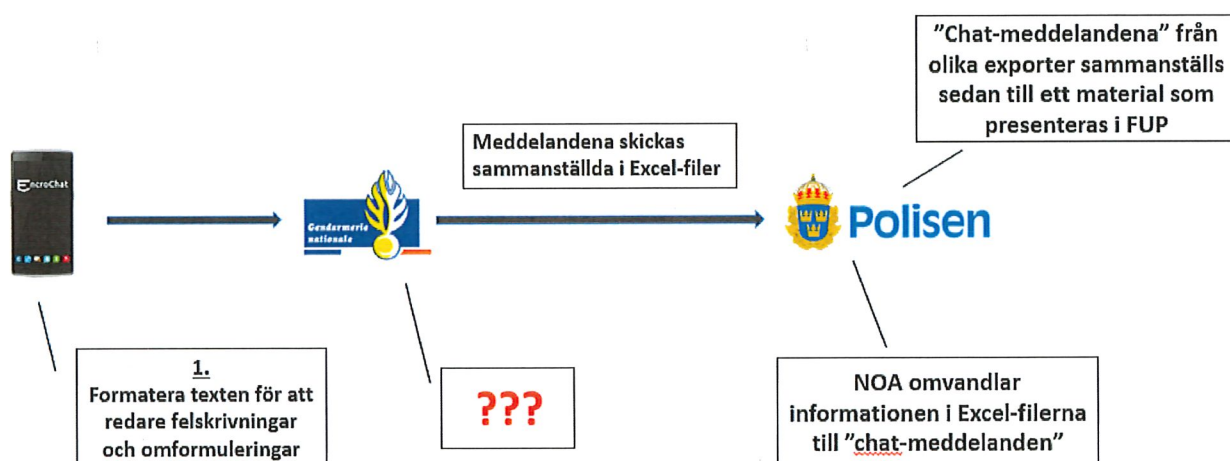
7.4 Följden av detta blir att det inte går att säkerställa att ett meddelande har skickats om det inte extraherats från en annan enhet. Det förefaller också nödvändigt att ha ett program som selekterar bort felskrivningar och meddelanden som skrivits om, men då denna del av processen är hemlig går det inte att veta vilka tangentnedslag som resulterat i färdigställda och skickade meddelanden.

7.5 Hur informationer hanteras hos de franska myndigheterna är också hemligt. Det är därför oklart hur stor del av processen som är manuell och hur stor del som är automatiserad. I vissa fall har det dock framkommit att franska myndigheter skickat flera versioner av samma export, då det under bearbetningen framkommit att den initiala sammanställningen som skickats till Sverige saknade information som sedan gallrats fram. Det är också känt är att när svenska åklagare begärt in materialet för specifika enheter så har varje enhet sammanställts i en vanlig Excel-fil som sedan skickas till NOA. Materialet i dessa Excel-filer skiljer sig väsentligt från den färdigställda produkten som åklagaren sedan

presenterar inför rätten. Olika delar av informationen som extraherats ligger under olika flikar, tex mastuppkopplingar, röstsamtal och chattmeddelanden.

- 7.6 NOA nyttjar sedan ett program som omvandlar informationen i Excel-filerna till vad som ser ut som chattmeddelanden. Dessa meddelanden har dock inga likheter rent visuellt med de ursprungliga meddelandena som extraherats ur de faktiska enheterna utan är endast en visualisering för att materialet ska bli mer lätthanterligt. Olika chattar från olika enheter klstras sedan ihop för att skapa konversationer som förefaller ha en röd tråd.

Materialet har omarbetats



Nedan kan ses ett exempel på hur chattarna ibland tycks utgöra ren envägskommunikation

Bortfallet ger ibland en envägskommunikation

sicarioback	pablo-kartel	Pratar nu med en vän kanse ja har hita i fungerola	pablo_kartel	2020-06-05 23:01:55
sicarioback	pablo-kartel	Måste va med gabbe tjejen fick nys sin encro ja måste styra upp den här så det blir ordenligt	pablo_kartel	2020-06-05 23:13:18
sicarioback	pablo-kartel	Bror ja måste betala dom sista pengarna för shopen det är 70 kvar	pablo_kartel	2020-06-05 23:16:33
sicarioback	pablo-kartel	O ibbe skulle ge mig pengar idag nu han säger det vart uppsjutet så han ska ge mig om 2 v snälla låt mig avslua det ja påblra dom låt mig köpa för dom behövde pengar akut	pablo_kartel	2020-06-05 23:18:22
sicarioback	pablo-kartel	Ja ska komma till dig 100%	pablo_kartel	2020-06-05 23:18:50
sicarioback	pablo-kartel	Vad menar du behöver du inte zutt är du klar	pablo_kartel	2020-06-05 23:37:08
sicarioback	pablo-kartel	Ska ja sluta leta	pablo_kartel	2020-06-05 23:37:16
sicarioback	pablo-kartel	Har en som säger han har 6 boxar på mån	pablo_kartel	2020-06-05 23:38:09
sicarioback	pablo-kartel	Boxarna är då nere	pablo_kartel	2020-06-05 23:39:25
sicarioback	pablo-kartel	Men fet fins folk här	pablo_kartel	2020-06-05 23:40:09
sicarioback	pablo-kartel	Ska ja sluta prata med folk	pablo_kartel	2020-06-05 23:42:07
sicarioback	pablo-kartel	Tjo bror	pablo_kartel	2020-06-05 23:43:29
sicarioback	pablo-kartel	Har en som har 6 boxar	pablo_kartel	2020-06-05 23:43:45
sicarioback	pablo-kartel	Nice	pablo_kartel	2020-06-05 23:44:06
sicarioback	pablo-kartel	Hehe	pablo_kartel	2020-06-05 23:44:14
sicarioback	pablo-kartel	Behöver du mer eller du har allt	pablo_kartel	2020-06-05 23:44:31
sicarioback	pablo-kartel	Ska se immorn	pablo_kartel	2020-06-05 23:44:58
sicarioback	pablo-kartel	Immorn får svar så om du ska ha mer kommer ner me dem då	pablo_kartel	2020-06-05 23:45:20
sicarioback	pablo-kartel	Sen vi går justerar	pablo_kartel	2020-06-05 23:45:26
sicarioback	pablo-kartel	Ja kommer bror ja tror ja har löst det	pablo_kartel	2020-06-06 01:08:23



En stor del av extraktionen från sicarioback saknar tidsstämpel

341	sicarioback	jappis	7	Har sakt om dom får dom alla 3 samtidigt blir som o vinn jackpott dom är tagad men dom sälger chain kommer dom ha svårt o komma åt men fins stor xhans dom får med både amir o ali		
342	swastika	sicarioback	7	Jooo magen o ansiet		
343	sicarioback	aboesamir	7	Det är en sån ja kööte den kläcka		
344	sicarioback	swastika	7	Ar med hugo nu om du vill han något		
345	sicarioback	swastika	7	Bror ja kommer aldrig sluta frens dom öe dida		
346	swastika	sicarioback	7	Aina kommer intemissatänka ngn därifrån heller		
347	aboesamir	sicarioback	7	Sniper finns också kuz		
348	aboesamir	sicarioback	7	35		
349	swastika	sicarioback	7	Nej o d ska inte vara ngt annat tänk heller		
350	sicarioback	rebecka	7	När		
351	aboesamir	sicarioback	7	Mannen du ä kängal har varit tsm non stopp nu snart 6 månader hahahahahahha		
352	sicarioback	swastika	7	Har misat min pojke växa upp dom ska dö en efter en ha lovar dig det		
353	aboesamir	sicarioback	7	Luz		
354	swastika	sicarioback	7	Nej gör faaan		
355	jappis	sicarioback	7	Nej broder inte just nu , hörde du va som hörde eller bror		
356	swastika	sicarioback	7	Asså corona har tagit hårt		
357	sicarioback	swastika	7	Hörde det men varför ska dom ta dom om det är span		
358	sicarioback	aboesamir	7	☺☺☺☺		
359	swastika	sicarioback	7	Eli vad tänker du		
360	aboesamir	sicarioback	7	Mahaha	e200358b2b57132ad59eaaee9465fcd	
361	sicarioback	frankhvam	10	Handläggare		
362	sicarioback	rebecka	7	Har hita tjack hur många behövs kuz		
363	sicarioback	aboesamir	7	O hur många ska ja diskutera om kuz		
364	sicarioback	aboesamir	7	Pris kuz ?		
365	aboesamir	sicarioback	7	Ali kör omkring i den		
366	sicarioback	frankhvam	10		aa7788f5c8a22698b556d88c9ca4234	
367	sicarioback	rebecka	7			

7.7 Då varken försvaret eller rätten har tillgång till det ursprungliga materialet kan inga felsökningar eller andra kontroller genomföras för att försäkra sig om att det underlag som presenteras faktiskt överensstämmer med den kommunikation två enheter har haft med varandra. Detta får anses vara allvarligt, särskilt mot bakgrund av att det förekommer signifikanta felkällor i materialet. Felkällorna utgörs bland annat av att materialet inte är fullständigt. Detta är dock en icke stridig omständighet.

7.8 Det är oklart hur stort informationsbortfallet är och vad det beror på. Varken polis eller åklagare kan svara på om bortfallet grundar sig i en felaktig programkod eller på brister i hanteringen efter att extraktionen har skett. Beror bortfallet på brister i programkoden så kan det inte uteslutas att bortfallet kan utgöras av enskilda tangentnedslag, alltså enskilda bokstäver och inte endast fullständiga meddelanden, vilket har utgått från i samtliga avgöranden som försvaret tagit del av.

Samma meddelande kan ha olika tidsstämplar

jappis	moltenflame	Bror du fattar inte va dom gjorde med grabbatna , de va på ny nivå dom kom , dom va fulllll munderade på ny nivå bror grabbarna trodde dom skulle bli klippta de va x5or ak4or , dom hade inte ens mp5or bror dom kom me militära vapen	jappis	2020-03-29 18:14:19
jappis	moltenflame	Bror du fattar inte va dom gjorde med grabbatna , de va på ny nivå dom kom , dom va fulllll munderade på ny nivå bror grabbarna trodde dom skulle bli klippta de va x5or ak4or , dom hade inte ens mp5or bror dom kom me militära vapen	moltenflame	2020-03-31 00:38:28
jappis	moltenflame	Horungar walla men vi är fett låsta nu bror kommer ej få myclet gjort med denna spanen , försök få igenom fällan ändå bror på tjockisen , shain kommer bli cok svår nu bror ni har nog bäst chans som de ser ut broder	jappis	2020-03-31 02:03:15
jappis	moltenflame	Horungar walla men vi är fett låsta nu bror kommer ej få myclet gjort med denna spanen , försök få igenom fällan ändå bror på tjockisen , shain kommer bli cok svår nu bror ni har nog bäst chans som de ser ut broder	moltenflame	2020-04-01 17:36:05
jappis	moltenflame	Hahahahaha mpste bror corna tider 🤔❤️	jappis	2020-04-02 15:59:28
jappis	moltenflame	Hahahahaha mpste bror corna tider 🤔❤️	moltenflame	2020-04-02 15:59:29

7.9 Det finns dock felkällor utöver det faktiska informationsbortfallet. I vissa fall finns det multipla meddelanden extraherade från samma enhet som registrerats samma sekund. I andra fall saknar meddelanden helt tidsstämpel eller har flera olika tidsstämplar.

Ibland ska flera meddelanden ha skickats samma sek

sicarioback	moltenflame	Nej bror på lördag dagen efter	moltenflame	2020-04-03 15:27:12
sicarioback	moltenflame	Om du vill åk upp till sthm växla pengarna så kan du låta din kille möta han o ge han cashen så får han ladde	moltenflame	2020-04-03 15:27:12
sicarioback	moltenflame	Han ska samla ihop frpn dom andra 2 imorgen men snälla kuz på lördag ladde är hos han	moltenflame	2020-04-03 15:27:12
sicarioback	moltenflame	Snälla bror vakna	moltenflame	2020-04-03 15:27:12
sicarioback	moltenflame	Go morgpn bror	moltenflame	2020-04-03 15:27:12
aboesamir	sicarioback	Hon e i örebro om ca 30	aboesamir	2020-04-03 15:34:16
aboesamir	sicarioback	Hon e i örebro om ca 30	aboesamir	2020-04-03 15:34:16
aboesamir	sicarioback	Snälla försök vacka han	aboesamir	2020-04-03 15:34:22
aboesamir	sicarioback	Snälla försök vacka han	aboesamir	2020-04-03 15:34:22

7.10 Omfattningen av bearbetningen, felkällorna samt bortfallet är okänt för försvaret och det är svårt att beskriva samtliga omständigheter i skrift. Det bör dock framhållas att det är omöjligt för försvaret att kontrollera den av åklagaren åberopade bevisningens autenticitet.



8. FÖLJDEN AV FÖRSVARETS BEGRÄNSADE INSYN

8.1 Det saknas ännu praxisbildande avgöranden som tydliggör hur EncroChat-bevisning ska hanteras. Det går dock att dra vissa paralleller från avgöranden som belyser konsekvenserna av att försvaret inte haft tillgång till originalkällan och därigenom inte kunna göra en adekvat kontroll av det material som åberopas till styrkande av åtalet.

8.2 Försvaret har inte kunnat göra en egen teknisk utredning kring bevisningens autenticitet eller tillkomst då samtliga omständigheter som rör den franska hanteringen av bevisningen är hemliga. Försvaret kan därför inte heller hålla förhör med personer som varit inblandade i bearbetningen då även denna omständighet är hemlig.

RELEVANT PRAXIS

8.3 NJA 2003 s. 323 – Överskottsinformation från avlyssning

"Det ligger emellertid i sakens natur att information av detta slag måste behandlas med försiktighet, inte minst när informationen åberopas mot någon annan än den som varit föremål för teleavlyssningen. Det avlyssnade samtalet kan ha ägt rum under förutsättningar som domstolen kan ha svårt att bilda sig en uppfattning om, och det kan bl.a. av detta skäl finnas ett inte obetydligt utrymme för missförstånd och feltolkningar. Att grunda en fällande dom enbart på ett enstaka avlyssnat samtal vid vilket överskottsinformation inhämtats bör därför endast sällan kunna komma i fråga."

8.4 NJA 2011 s. 638 – Bevisprovokation

"Det ankommer på åklagaren att i rättegången åberopa utredning om den provokativa åtgärden så att försvaret har möjlighet att anlägga synpunkter på utredningens bevisvärde och för att ge domstolen goda betingelser för bevisvärderingen. Den bevisning som har skaffats fram genom provokationen ska vägas samman med övrig utredning. Bevisning som har kommit fram vid en provokation, utan sedvanliga garantier för den enskildes rättssäkerhet, ska bedömas med särskild försiktighet."

8.5 NJA 1998 s. 204 - Anonymt inlämnad film som inte var originalupptagningen.

Hovrätten avvisade bevisningen pga principen om kontradiktoriskt förfarande (art 6 EKMR). Högsta domstolen ansåg dock att *"För sin del finner Högsta domstolen att*



förebringandet av ett bevis som den åberopade videoinspelningen, när beviset kan få visst stöd av annan utredning, inte i sig står i strid med artikel 6 i Europakonventionen. En annan sak är att de oklarheter som kan föreligga om bl.a. bevisets tillkomst påverkar bedömningen av vilka slutsatser som kan dras på grundval av beviset.” Högsta domstolen grundade denna slutsats delvis på att det fanns annan stödbevisning i form av beslag samt vittnesuppgifter i målet.

8.6 Svea hovrätt avgörande av den 18 dec 2020 i mål B 12120-20 – Värdet av Encro-bevisning
”Det finns enligt hovrätten inte belägg för att den framlagda utredningen skulle vara oullbörligt åtkommen. Skulle så likväl vara fallet föreligger inget hinder vare sig enligt Regeringsformen eller Europakonventionen mot att lägga fram utredningen i rättegången, och för hovrätten att beakta den, då den inte utgjort den enda bevisningen mot den tilltalade, annan väsentlig bevisning finns att tillgå och domen grundas på en samlad bedömning av den bevisning som lagts fram i målet.”

8.7 Ystad tingsrätts avgörande av den 14 juni 2021 i mål B 1389-20 – Värdet av Encro-bevisning
”(…) Men även om anledning saknas att i denna dom närmare gå in på och behandla bevisningens tillåtlighet kan det konstateras Encrochatbevisning måste prövas med stor försiktighet och att det, i mål där det förekommer, för fällande domar som regel krävs en omfattande stödbevisning.”

8.8 Högsta domstolens beslut av den 21 april 2021 i mål B 4175-20
Den tilltalade hade utan dennes vetskap blivit filmad med polisens kroppskamera på väg till arresten. Denna hade då gjort uttalanden kring den påstått brottsliga gärningen. Högsta domstolen ansåg att förfarandet inneburit en inskränkning i den tilltalades rätt till en rättvis rättegång enligt art 6 EKMR. Mot bakgrund av principen om fri bevisprövning så kunde bevisningen inte avvisas men domstolen anförde dock följande: *”Eftersom (den tilltalades) rättigheter under förundersökningen har inskränkts på detta sätt föreligger en presumtion för att rättegången inte har varit rättvis. För att bryta den presumtion får de uppgifter som omfattas av inspelningen inte utgöra den avgörande bevisningen i skuldfrågan.”*

8.9 Avgörande synes vara om den ifrågasatta bevisningen vunnit stöd av övrig utredning och att det alltså funnits samverkande bevisning som talat för detta tilltalades skuld. I Hassans fall



utgör extraktioner från EncroChat den enda bevisningen i målet vilket vid en tolkning av ovan refererade avgöranden torde innebära att den inte får ligga till grund för en fällande dom.

- 8.10 Försvaret gör gällande att den omständighet att försvaret inte kunnat kontrollera de bearbetade sammanställningar som presenterats som bevisning mot originalkällan inneburit en sådan begränsning i insyn att det strider mot principen om det kontradiktoriska förfarandet och att begränsningen i sig bör innebära att Hassan inte kan anses ha fått en rättvis rättegång. Mot bakgrund av att hans rättigheter enligt art. 6 EKMR har kränkts bör inte heller bevisningen kunna tillmätas något egentligt bevisvärde och i vart fall inte kunna fälla avgörandet till Hassans nackdel

9. SAMMANFATTNING

- 9.1 Det bör anses vara utrett att franska myndigheter har läst av EncroChat-enheter som befunnit sig på svenskt territorium. Detta framgår dels av vittnesuppgifter från personer som varit delaktiga i operationer, dels utifrån ett logiskt resonemang grundat i hur EncroChats tekniska lösning sett ut.
- 9.2 Då den rättsliga grunden för inhämtandet inte kan preciseras av Åklagarmyndigheten så har Göta hovrätt i den överklagade domen kommit fram till en korrekt slutsats, att bevisvärdet ska påverkas i negativ riktning enkom på grund av detta. Det görs dock gällande att denna slutsats i förlängningen bör medföra att stödbevisning alltid ska krävas för en fällande dom.
- 9.3 Slutligen bör den omständighet att försvaret inte kunnat kontrollera bevisningens autenticitet genom tekniska undersökningar eller genom vittnesmål att den tilltalades rätt till en rättvis rättegång begränsats på ett sådant sätt att även detta förhållande medför att bevisningen i vart fall inte ensam kan ligga till grund för en fällande dom.

10. AVSLUTNING

- 10.1 Åklagarmyndigheten har inte presenterat någon utredning som talar emot försvarets påstående om att informationen från EncroChat extraherats direkt från de faktiska

enheterna som befunnits sig på svenskt territorium. Denna omständighet innebär i sin tur att bevisningen åtkommits i strid med gällande rätt och det är av yttersta vikt att Högsta domstolen klargör vilken påverkan detta ska få på den aktuella bevisningen.

- 10.2 Fram tills ett sådant tydliggörande kommer så är de svenska domstolarna utlämnade till den information som presenteras i det aktuella målet från åklagare och försvar. Då kunskapen kring EncroChat varierar kraftigt mellan rättens aktörer riskerar det därför att bli avgörande i vilken domstol eller vilken satts som hanterar målet. En sådan ordning är inte förenlig med de högt ställda krav på en rättssäker process som varje tilltalad ska garanteras.

BEVISUPPGIFT

Skriftlig bevisning

1. Sammanställning av i överklagandet infällda bilder och skisser åberopas till styrkande av att bevisningen har bearbetats samt att bevisningen inhämtats på svenskt territorium.

Stockholm den 1 november 2021



Carl Adam Ahnberg

Bilagor:

1. Kompendium med sammanställning av bilder infällda i löpande i överklagandet
2. Kostnadsräkning