



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 STOCKHOLM

CA ./ riksåklagaren ang. olovlig avlyssning

(Hovrätten för Västra Sveriges dom den 9 mars 2016 i mål B 4416-15)

Högsta domstolen har förordnat att riksåklagaren ska inkomma med svarsskrivelse i målet. Jag vill anföra följande.

Inställning

Jag bestrider ändring av hovrättens dom och anser att det inte finns skäl att meddela prövningstillstånd i målet.

Bakgrund

Åtalet

CA åtalades för olovlig avlyssning. I tingsrätten påstod åklagaren följande.

CA har olovligen medelst tekniskt hjälpmedel för återgivning av ljud i hemlighet avlyssnat två telefonsamtal mellan målsägandena, i vilka han själv inte deltagit, genom att installera en app i den mobiltelefon som JA brukade, vilket möjliggjorde avlyssningen. Det hände mellan den 4 september 2014 och den 7 september 2014 i Göteborg, Göteborgs stad. CA begick gärningen med uppsåt.

Tingsrättens dom

Tingsrätten dömde CA för olovlig avlyssning till dagsböter. Vidare skulle CA utge skadestånd med 5 000 kronor jämte ränta till respektive målsägande, dvs. CAs son och dennes mor.

CA vidgick i tingsrätten att han installerat appen i sin 13-årige sons mobiltelefon utan dennes vetskap. Appen fungerade så att alla sonens telefonsamtal spelades in och automatiskt mejlades till honom. CA bestred ansvar då han ansåg att han som ensam vårdnadshavare haft rätt att lyssna på sonens samtal. I andra hand hävdade CA att han handlat i nöd.

Tingsrätten kom fram till att straffbestämmelsen om olovlig avlyssning utgjorde hinder för en förälder att, utan samtycke, med hjälp av dold teknisk apparatur hålla vuxna barn under övervakning. CA ansågs därför inte kunna gå fri från ansvar på den grunden att han som ensam vårdnadshavare för sonen haft rätt att spela in dennes samtal. Främst genom förhöret med CAs sons mor fann tingsrätten att det inte varit fråga om en ansvarsbefriande nödsituation. Slutligen ansåg tingsrätten det utrett att CA handlat med uppsåt i båda de två fall där telefonsamtal spelats in.

Hovrättens dom

Efter att CA överklagat ändrade hovrätten tingsrättens dom endast på så sätt att CA dömdes för olovlig avlyssning vid ett tillfälle.

Hovrätten delade tingsrättens uppfattning att CA inte kunde gå fri från ansvar på den grunden att han som vårdnadshavare haft rätt att avlyssna sin sons mobiltelefonsamtal. Vidare godtog hovrätten CAs invändning att han saknade uppsåt vid den senare av de två inspelningar tingsrätten dömt honom för. Enligt hovrätten har CA, även om han känt oro över sonens förehavanden, inte befunnit sig i en sådan nödsituation som är ansvarsbefriande. CA dömdes därför för olovlig avlyssning vid ett tillfälle.

Överklagandet till Högsta domstolen

CA har överklagat hovrättens dom och yrkat att Högsta domstolen helt ska frikänna honom från ansvar.

CA har till grund för sitt överklagande anfört att han medgett att han installerat en app vilket gjort det möjligt för honom att avlyssna sonens mobiltelefonsamtal. Förfarandet innebär att han berett sig tillgång till ett meddelande som förmedlas i ett elektroniskt kommunikationsnät. Enligt CA uppfyller detta förfarande rekvisiten i bestämmelsen om brytande av post- eller telehemlighet i 4 kap. 8 § brottsbalken och ska därför bedömas enligt detta lagrum. Brottet olovlig avlyssning i 4 kap. 9 a § brottsbalken är subsidiärt i förhållande till brytande av post- eller telehemlighet. Detta framgår av ordalydelsen i 4 kap. 9 a §. Enligt CA ska åtalet i första hand ogillas då gärningsbeskrivningen inte täcker rekvisiten för brytande av telehemlighet.

CA hävdar i andra hand att han som ensam vårdnadshavare haft ett långtgående ansvar för att tillse sonens omvårdnad, trygghet och fostran (6 kap. 1 och 2 §§ föräldrabalken). Ansvaret omfattar att sonen får den tillsyn som behövs med hänsyn till hans ålder, utveckling och omständigheterna i övrigt. CA pekar på att det exempelvis ansetts straffritt för vårdnadshavare att spela in vad ett minderårigt barn har för sig i bostaden. Enligt CA rimmar det illa med det allmänna rättsmedvetandet att föräldrar riskerar straffrättsligt ansvar om de vidtar åtgärder för att deras barn inte ska fara illa.

CA hävdar vidare att hans handlande i vart fall ska vara straffritt då han handlat i en nödsituation. Åklagaren har inte presenterat sådan utredning som gör att invändningen framstår som obefogad. Det är heller inte nödvändigt att det förelagat en nödsituation, utifrån de uppgifter CA lämnat ska bedömas om han trots att det varit fråga om en nödsituation. CA har uppgett att han varit orolig för vad som skulle kunna hända. Under alla förhållanden har åklagaren inte lagt fram tillräcklig utredning för att CAs invändning om putativ nöd framstår som obefogad.

CA har som skäl för prövningstillstånd anfört att hovrätten dömt honom för olovlig avlyssning trots att detta brott är subsidiärt till brytande av telehemlighet. Detta utgör en rättstillämpning som uppenbart strider mot lag, varför det föreligger synnerliga skäl och prövningstillstånd ska meddelas redan av denna anledning.

I andra hand hävdar CA att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen prövar hans överklagande. Detta gäller såväl frågan om hans förfarande ska anses som straffritt med hänsyn till hans skyldigheter som vårdnadshavare som frågan om straffrihet på grund av nöd.

En annan hovrättsdom om olovlig avlyssning

Hovrätten för Övre Norrland frikände i en dom den 29 februari 2016 en person som åtalats för olovlig avlyssning (hovrättens mål B 779-15). Liksom i det nu aktuella fallet avsåg åtalet att en förälder spelat in samtal mellan sitt barn och andra genom att ladda ned en s.k. app till en mobiltelefon. I det fallet var det fråga om en nioårig dotter.

Den tilltalade hade uppgett att hon var orolig för dotterns mående och beteende efter umgänge eller telefonsamtal med sin far och att hon därför ville spela in telefonsamtalen för att efteråt kunna prata med dottern om vad som sagts. Därför pratade hon med dottern och de kom överens om att installera inspelningsappen.

Hovrätten fann att den tilltalades uppgift om att dottern samtyckt till inspelningen inte hade motbevisats av åklagaren och därför fick tas för god. Hovrätten utgick ifrån att dottern nått en sådan mognad att hon förstått innebörden av att telefonsamtal spelas in, vilket talade för att hennes samtycke skulle ges rättsverkan. I den mån dottern trots detta skulle kunna anses ha saknat rätts-handlingsförmåga, har denna i stället tillkommit hennes vårdnadshavare. Som ensam vårdnadshavare hade den tilltalade haft en skyldighet att bevaka att dottern inte tog skada av samtalen och att se till att hon kände sig trygg, vilket hon ansågs ha gjort genom att i samråd med dottern spela in samtalen för att hjälpa henne att hantera en besvärlig situation. Hovrätten fann att överenskommelsen därför medförde att nedladdningen av inspelningsappen inte kunde anses ha begåtts olovligen, varför den tilltalade frikändes.

Målsäganden begärde att riksåklagaren skulle överklaga hovrättens dom till Högsta domstolen.

Riksåklagaren beslutade den 24 mars 2016 att inte överklaga hovrättens dom. Detta motiverades på följande sätt (dnr ÅM 2016/1991).

Olovlig avlyssning av telefonsamtal (meddelanden som telebefordringsföretag förmedlar i ett elektroniskt kommunikationsnät) straffbeläggs primärt i bestämmelsen om brytande av post- eller telehemlighet i 4 kap. 8 § brottsbalken (se Berggren m.fl., Brottsbalken [version den 1 juli 2015, Zeteo], kommentaren till 4 kap. 9 a § under rubriken Bakgrund samt prop. 1975:19 s. 102). Ett överklagande av hovrättens dom skulle därför förutsätta att åtalet i Högsta domstolen justerades till att avse det brottet. Med hänsyn härtill är det enligt min mening inte lämpligt att fullfölja målet till Högsta domstolen.

Åklagarmyndighetens Utvecklingscentrum i Stockholm gick den 7 april 2016 ut med information på Åklagarmyndighetens intranät. Här redovisades innehållet i riksåklagarens beslut att inte överklaga hovrättens dom. Vidare uttalades att inspelning och avlyssning av telefonsamtal genom att ladda ner en app i en mobiltelefon normalt ska lagföras som brytande av telehemlighet.

Grunderna för min inställning

Den rättsliga regleringen m.m.

Olovlig avlyssning

Enligt 4 kap. 9 a § brottsbalken döms den för olovlig avlyssning som i annat fall än som sägs i 8 § olovligen medelst tekniskt hjälpmedel för återgivning av ljud i hemlighet avlyssnar eller upptager tal i enrum, samtal mellan andra eller förhandlingar vid sammanträde eller annan sammankomst, vartill allmänheten icke äger tillträde och som han själv icke deltar i eller som han obehörigen berett sig tillträde till. Straffskalan spänner från böter till fängelse i högst två år.

Bestämmelsen om olovlig avlyssning infördes genom lagstiftning som trädde i kraft den 1 juli 1975. Syftet med lagstiftningen var att stärka skyddet för den personliga integriteten med anledning av att den tekniska utvecklingen lett till ökade risker för integritetskränkningar. I propositionen konstaterades att de rättsregler som i då gällande rätt fanns till skydd för den personliga integriteten i huvudsak var intagna i 4 kap. brottsbalken. I detta sammanhang konstaterades att ett förfarande som innebär att någon olovligen lyssnar till telefonsamtal är straffbelagt genom bestämmelsen om brytande av post- och telehemlighet i 4 kap. 8 § brottsbalken. De befintliga straffbestämmelserna ansågs emellertid inte innebära ett tillräckligt skydd mot olika former av avlyssning, varför bestämmelsen om olovlig avlyssning kom att införas (se prop 1975:19, s. 73 ff.).

I den allmänna motiveringen uttalades följande beträffande hur den nya bestämmelsen om olovlig avlyssning i 4 kap. 9 a § brottsbalken skulle förhålla sig till bestämmelsen om brytande av telehemlighet i 4 kap. 8 § (a. prop. s. 85).

Sammanfattningsvis vill jag sålunda föreslå en straffbestämmelse som riktar sig mot olovlig avlyssning eller inspelning som sker i hemlighet, dvs. i regel med hjälp av dold apparatur oberoende av var denna olovliga avlyssning eller upptagning äger rum. Bestämmelsen bör omfatta avlyssning eller upptagning av samtal mellan andra, tal i enrum och förhandlingar vid sammanträden eller sammankomster vartill allmänheten inte har tillträde, om gärningsmannen inte själv deltar i förhandlingarna eller om han obehörigen har berett sig tillträde till sammanträdet eller sammankomsten. Brottet bör betecknas som olovlig avlyssning och regleras i en särskild ny paragraf i 4 kap. BrB. Denna paragraf bör placeras efter straffbestämmelsen om intrång i förvar i nämnda kapitel och betecknas 9 a §. Från straffbudet bör undantas sådana fall av olovlig avlyssning som nu straffsanktioneras enligt 4 kap. 8 § BrB såsom brytande av telehemlighet.

I specialmotiveringen till 4 kap. 9 a § brottsbalken uttalades bland annat följande (a. prop. s. 102).

Eftersom ett brott mot reglerna om skydd för telehemligheten oftast torde innebära att gärningsmannen samtidigt brutit mot bestämmelserna i denna paragraf har undantag gjorts för sådana fall. Det bör i detta sammanhang framhållas att 8 §, till vilken hänvisning görs, dock endast gäller teledelanden som befordras genom allmän befordringsanstalt. Telefonsamtal via interna anläggningar inom t.ex. en bostad eller en arbetsplats faller således helt under den föreslagna lagtexten, t.ex. samtal som förs över s.k. snabbtelefoner.

I kommentaren till brottsbalken uttalas följande beträffande hur bestämmelsen om olovlig avlyssning i 4 kap. 9 a § brottsbalken förhåller sig till bestämmelsen om brytande av telehemlighet i 4 kap. 8 § (se Berggren m.fl. Brottsbalken [version den 1 januari 2016, Zeteo], kommentaren till 4 kap 9 a § under rubriken Bakgrund).

Stadgandet om olovlig avlyssning i denna paragraf ska inte tillämpas i de fall som avses i 8 §, alltså i sådana fall då brytande av post- eller telehemlighet aktualiseras. Avlyssning av teledelanden som telebefordringsföretag förmedlar faller alltså utanför paragrafens tillämpningsområde. Däremot omfattas telefonsamtal via interna anläggningar, inom en bostad eller på en arbetsplats, t.ex. samtal via s.k. snabbtelefoner.

I propositionen konstaterades i specialmotiveringen till 4 kap. 9 a § att en försäkring för straffansvar är att avlyssningen skett olovligen. Avlyssningen föranleder inte ansvar om samtycke föreligger från någon som kan sägas ha rätt att förfoga över meddelandet, t.ex. en av de personer som deltar i ett samtal. Vidare uttalades följande (a. prop. s. 102).

Fråga om verkan av samtycke från personer som saknar fullständig rättslig handlingsförmåga och huruvida annan i sådan persons ställe kan lämna nödvändigt

samtycke får bedömas mot bakgrund av förhållandena i det enskilda fallet och allmänna rättsgrundsatser. Som kommittén har framhållit i detta sammanhang torde den föreslagna lagstiftningen inte hindra att föräldrar fritt avlyssnar eller spelar in vad minderåriga barn har för sig i bostaden. Däremot utgör lagstiftningen ett hinder mot att föräldrar med hjälp av dold teknisk apparatur håller vuxna barn under övervakning utan deras samtycke.

Här bör noteras att kommitténs förslag var att straffansvaret skulle träffa den som avlyssnar vad som försiggår där annan har sin bostad i de fall gärningen skett utan dennes lov. De redovisade uttalandena gällde således avlyssning i bostad där föräldrar bor med sina barn (se SOU 1970:47 Skydd mot avlyssning, s. 103 f.).

I kommentaren till brottsbalken uttalas angående rekvisitet ”olovligen” att samtycke till avlyssning eller inspelning kan lämnas av den som blir utsatt för denna och inte av den som förfogar över den plats där ljudupptagningen görs. Frågan om vilken betydelse som samtycke från personer som saknar fullständig rättslig handlingsförmåga har ska bedömas mot bakgrund av förhållandena i det enskilda fallet, genom tolkning och tillämpning av bestämmelsen om samtycke i 24 kap. 7 § BrB och allmänna rättsgrundsatser. Detsamma gäller frågan om samtycke givet av en annan person i en sådan persons ställe som saknar fullständig rättslig handlingsförmåga (se Berggren m.fl. a.a., kommentaren till 4 kap 9 a § under rubriken Olovligen).

Nils Jareborg m.fl. konstaterar, när det gäller olovlig avlyssning, att gärningen måste vara olovlig. Brott är uteslutet så snart samtycke föreligger från någon som äger förfoga över talet, t.ex. en av de personer som deltar i ett samtal. Lagstiftningen anses inte utgöra hinder mot att föräldrar fritt avlyssnar eller spelar in vad mindre barn har för sig i bostaden. Vidare uttalas att 6 kap. 2 § föräldrabalken ger visst utrymme för att anse att avlyssning av barn är lovlig (se Jareborg Nils, Friberg Sandra, Asp Petter och Ulväng Magnus, Brotten mot person och förmögenhetsbrotten, 2 uppl., 2015, s. 80).

Brytande av post- eller telehemlighet

Enligt 4 kap. 8 § brottsbalken döms den för brytande av post- eller telehemlighet som olovligen bereder sig tillgång till ett meddelande, som ett post- eller telebefordringsföretag förmedlar som postförsändelse eller i ett elektroniskt kommunikationsnät. Straffskalan är densamma som för olovlig avlyssning, dvs. böter eller fängelse i högst två år.

Nils Jareborg m.fl. konstaterar att ansvar för brytande av telehemlighet kan vara uteslutet på grund av samtycke och att det räcker med samtycke från avsändaren eller adressaten. Vidare uttalas att 6 kap. 2 § föräldrabalken sällan torde ge vårdnadshavare rätt att utan samtycke i en extra hörtelefon avlyssna äldre barns telefonsamtal (se Jareborg Nils, Friberg Sandra, Asp Petter och Ulväng Magnus, a.a., s. 76).

Bestämmelsen om brytande av post- och telehemlighet ändrades år 2012 på så sätt att det tidigare uttrycket ”telemeddelande” ersattes med uttrycket ”i ett elektroniskt kommunikationsnät”. I brottsbalkskommentaren konstateras att tidigare användes brytande av telehemlighet som brottsbenämning när det gällde telemeddelanden. Efter 2012 års lagändring är denna benämning inte längre adekvat. Brytande av meddelandehemlighet vid elektronisk kommunikation är mer korrekt (se Berggren m.fl. Brottsbalken [version den 1 januari 2016, Zeteo], kommentaren till 4 kap 8 § under rubriken Försök, förberedelse, m.m.).

Några bestämmelser i föräldrabalken

Enligt 6 kap. 1 § föräldrabalken har barn rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran. Barn ska behandlas med aktning för sin person och egenart och får inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. I förarbetena till bestämmelsen uttalas att vårdnadshavarna ska ta hänsyn och visa respekt för de individuella egenskaper och de särdrag som ett barn har. Barn har med stigande ålder rätt till ett allt starkare integritetsskydd. Barnets rätt till ett privatliv och skydd mot insyn kan dock av naturliga skäl inte vara absolut. Inskränkningar måste tålas och accepteras för att vårdnadshavarna ska kunna fullgöra sin tillsynsskyldighet (se prop. 1981/82:168, s. 60).

Av 6 kap. 2 § följer att den som har vårdnaden om ett barn har ansvar för barnets personliga förhållanden och ska se till att barnets behov enligt 1 § blir tillgodosedda. Barnets vårdnadshavare svarar även för att barnet får den tillsyn som behövs med hänsyn till barnets ålder, utveckling och övriga omständigheter. I syfte att hindra att barnet orsakar skada för någon annan ska vårdnadshavaren vidare svara för att barnet står under uppsikt eller att andra lämpliga åtgärder vidtas.

Enligt 6 kap. 2 a § föräldrabalken ska barnets bästa vara avgörande för alla beslut om vårdnad, umgänge och boende. Hänsyn ska tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad. Högsta domstolen har uttalat att synpunkter från en 13-åring, vars utveckling motsvarade åldern, borde tillmätas stor betydelse i vårdnadsfrågan (NJA 1988 s. 448, se även NJA 1995 s. 398). Även Europadomstolen har uttalat att barnets vilja måste respekteras med beaktande av dess ålder. I målet M. och M. mot Kroatien underströk Europadomstolen vikten av att låta barn komma till tals i vårdnadsfall och ansåg att med hänsyn till omständigheterna, bl.a. barnets ålder (tretton och ett halvt år), borde hennes önskemål om med vilken av föräldrarna hon ville leva ha respekterats (dom den 3 september 2015).

Av 6 kap. 11 § följer att vårdnadshavaren har rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter. Vårdnadshavaren ska där-

vid i takt med barnets stigande ålder och utveckling ta allt större hänsyn till barnets synpunkter och önskemål.

Subsidiaritet m.m.

Som nämnts döms den för olovlig avlyssning som i annat fall än som sägs i 8 § olovligen avlyssnar samtal mellan andra som han själv icke deltagar i. Bestämmelsen om olovlig avlyssning är således subsidiär till bestämmelsen om brytande av post- eller telehemlighet.

Petter Asp m.fl. uttalar att det enligt straffrättsligt språkbruk föreligger konkurrens när en domstol ställs inför frågan, om den ska döma över flera brott förövade av en viss gärningsperson. En konkurrensfråga kan gälla om en person, som teoretiskt sett kan dömas för mer än ett brott, ska dömas för mer än ett brott. Olikartad konkurrens är för handen när gärningspersonen genom ett och samma händelseförlopp överträder flera olika straffbestämmelser. Det är inte ovanligt att någon av straffbestämmelserna anses vara subsidiär och att konsumtion därför bör aktualiseras. I vissa fall är svaret givet direkt i lagtexten genom en uttrycklig subsidiaritetsklausul, dvs. en bestämmelse som anger vilken bestämmelse som har företräde. Vidare uttalas följande (se Petter Asp/Magnus Ulväng/Nils Jareborg, Kriminalrättens grunder, 2 uppl., 2013, s. 459, 466 f. och 483 f.).

Det finns **två huvudtyper** av subsidiaritetsklausuler. Enligt den första, mest vanliga, typen formuleras de på något av följande sätt:

(i) ”i annat fall än i 1 § sägs” eller ”i annat fall än som avses i 2 §,” eller

”om gärningen inte är belagd med straff i ...” (alternativt ”samma eller strängare straff” eller ”strängare straff”).

Det blir emellertid allt vanligare att subsidiaritetsklausulen formuleras efter ett annat mönster:

(ii) ”om ansvar inte kan ådömas/utdömas enligt...”.

Den **juridiska skillnaden** mellan de två huvudtyperna ((i)–(ii)) av subsidiaritetsklausuler är att den senare medger tillämpning av den subsidiära bestämmelsen, även när ansvar enligt den bestämmelse som har företräde är uteslutet på grund av processuella skäl (t.ex. när ett villkor för åtal inte är uppfyllt eller åtalspreskription inträtt). Subsidiaritetsklausulen aktualiseras bara om gärningsmannen kan dömas för det brott som skall ges företräde (och således inte enbart på grund av att brottsrekvisiten för det brottet är uppfyllda).

Författarna konstaterar att det i praxis finns en del exempel på att den första typen av subsidiaritetsklausuler förhindrat fällande dom för ett underordnat (subsidiärt) brott när den dominerande straffbestämmelsen inte kunnat tillämpas på grund av processuella skäl (t.ex. när ett krav på angivelse inte är uppfyllt). Men syftet att undvika omotiverad dubbelbestraffning bör enligt förfat-

tarna rimligtvis inte få den konsekvensen att användningen av straffrättsliga regler blockeras helt. En orättvisa bör givetvis inte ersättas med en annan. Man bör därför i lagstiftningen använda den andra typen av subsidiaritetsklausuler (se a.a. s. 484, fotnot 573).

Magnus Ulväng uttalar att oberoende av om lagstiftaren har tillhandahållit en konkret, uttrycklig anvisning för hur ett konkurrensförhållande ska lösas, finns det mycket få belägg för att anvisningen är att förstå som att det undanträngda brottet inte ska anses vara begånget. Flera inom doktrinen framhåller att brott som konsumeras i första hand utmärks av att en straffbestämmelse som i formellt hänseende är tillämplig inte ska tillämpas och i materiellt hänseende föranleda en straffrättslig reaktion. Detta är enligt Magnus Ulväng inte detsamma som att ett konsumerat brott aldrig har existerat. Regleringen kan i stället uppfattas som en handlingsnorm för domare som har att tillämpa lagen på ett sätt som innebär att man i vissa fall uppmanas att avstå från att döma till ansvar trots att de formella förutsättningarna härför finns (se Brottslighetskonkurrens, Om relationer mellan regler och fall, 2013, s. 169).

I NJA 2016 s. 129 hade ett åtal rörande sexuellt ofredande ogillats av hovrätten. Den åtalade mannen hade upprepat och närgånget begärt att få köpa sex av en person som var under arton år. Hovrättens avgörande motiverades med att mannens agerande utgjorde ett försök till köp av sexuell handling av barn, ett brott som mannen inte var åtalad för. Det förelåg då, enligt hovrätten, också hinder mot att döma honom för sexuellt ofredande eftersom den straffbestämmelsen, 6 kap. 10 § brottsbalken, är subsidiär i förhållande till straffbestämmelsen om köp av sexuell handling av barn. Högsta domstolen slog fast att en domstols prövning är på så sätt begränsad, att prövningen är kopplad till åklagarens gärningsbeskrivning. En dom får inte avse någon annan gärning än den för vilken talan om ansvar har förts. Det förhållandet att en straffbestämmelse är subsidiär till en annan bestämmelse innebär inte att domstolen ska gå utöver åtalet och pröva och uttala sig om den tilltalades handlande kan anses strida mot den andra bestämmelsen som ett led i prövningen av den gärning den tilltalade är åtalad för. Enligt Högsta domstolen var därför en tillämpning av bestämmelsen om sexuellt ofredande inte utesluten i det aktuella fallet. Mannen dömdes för sexuellt ofredande.

Här bör också nämnas att i NJA 2003 s. 486 uttalas att åklagaren, enligt 45 kap. 4 § 1 st. 3 rättegångsbalken, i stämningsansökan ska ange "den brottsliga gärningen med angivande av tid och plats för dess förövande och de övriga omständigheter, som erfordras för dess kännetecknande". Vad som krävs enligt lagtexten är således att åklagaren anger omständigheter som är tillräckliga för gärningens "kännetecknande". Med det torde enligt Högsta domstolen åsyftas att gärningsbeskrivningen bör täcka de rekvisit som karaktäriserar gärningen som brottslig. Av domen framgår vidare att det i den kontradiktoriska rättskipningens princip ligger att den tilltalade ska ha fullgoda möjligheter att be-

möta påståenden om sådana omständigheter som läggs honom till last. Det får därför enligt Högsta domstolen anses gälla ett krav på att dessa omständigheter tas upp vid en huvudförhandling. Vad som strider mot den kontradiktoriska rättsskipningens princip är att för den tilltalade överraskande moment ges betydelse vid bedömningen.

I artikel 6.3 i Europakonventionen anges vissa minimirättigheter som alltid tillkommer den som anklagas för brott. Den anklagade har enligt artikel 6.3 a) rätt att ofördröjligen och i detalj på ett språk som han förstår bli underrättad om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom. Den som anklagas för brott ska underrättas inte bara om de gärningar som läggs honom till last utan också om den rättsliga kvalificeringen av dessa gärningar. Underrättelsen kan vara muntlig eller skriftlig men ska vara så utförlig att den anklagade får möjlighet att förbereda sitt försvar på ett tillfredsställande sätt.

Hans Danelius uttalar att kravet på underrättelse inte enbart gäller den ursprungliga anklagelsen utan att det också omfattar ändringar i denna. Underrättelsen måste också vara tillräckligt tydlig för att den anklagade ska kunna försvara sig mot den. Av principen att en tilltalad ska underrättas om anklagelsen får även anses följa att han inte ska dömas för en handling som inte omfattas av anklagelsen och som han därför inte kunnat försvara sig mot. Om åklagaren ändrar sitt ansvarspåstående eller om domstolen finner att en åtalad gärning är att hänföra till ett annat lagrum än det som angivits av åklagaren, får domstolen i princip inte döma den tilltalade för ett nytt brott eller enligt ett nytt lagrum utan att först ha berett honom tillfälle att uttala sig om ändringen. Ibland kan dock situationen vara sådan att den tilltalade, trots att saken inte uttryckligen behandlats under rättegången, haft anledning att räkna med att en viss modifiering av ansvarspåståndet kunde bli aktuell. Med utgångspunkt i ett antal domar från Europadomstolen uttalar Danelius att en brist på underrättelse i en instans i vissa fall kan botas genom förfarandet i en högre instans. En förutsättning är dock att förfarandet i den högre instansen innefattar en fullständig omprövning med samma möjligheter till försvar och bevisupptagning som i den lägre instansen (se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, 5 uppl., 2015, s. 339 ff.).

Min bedömning

CA har åtalats och dömts för olovlig avlyssning. Detta brott är subsidiärt till brottet brytande av telehemlighet. Subsidiariteten formuleras i 4 kap. 9 a § brottsbalken som att den som i annat fall än som sägs i 8 § handlar på angivet sätt döms för olovlig avlyssning. Som framgått i det föregående har avlyssning av telefonsamtal alltsedan brottsbalkens tillkomst varit belagt med straff genom bestämmelsen om brytande av telehemlighet i 4 kap. 8 § brottsbalken. Bestämmelsen i 4 kap. 9 a § om olovlig avlyssning infördes år 1975 på grund av att de befintliga straffbestämmelserna i övrigt inte ansågs innebära ett tillräck-

ligt skydd mot olika former av avlyssning. I förarbetena uttalades att från straffbudet borde undantas sådana fall av olovlig avlyssning som straffsanktioneras såsom brytande av telehemlighet. Eftersom ett brott mot reglerna om skydd för telehemligheten oftast torde innebära att gärningspersonen samtidigt brutit mot bestämmelsen om olovlig avlyssning gjordes undantag för sådana fall.

För straffansvar för brytande av telehemlighet fordras att gärningspersonen olovligen bereder sig tillgång till ett meddelande, som ett telebefordringsföretag förmedlar i ett elektroniskt kommunikationsnät. För att dömas för olovlig avlyssning krävs att gärningspersonen olovligen medelst tekniskt hjälpmedel för återgivning av ljud i hemlighet avlyssnat eller upptagit samtal mellan andra som han själv icke deltagit i.

Det faktiska handlande som läggs CA till last är att han i hemlighet avlyssnat två telefonsamtal mellan sin son och dennes mor, genom att installera en app i den mobiltelefon som sonen använde. Detta förfarande innebär typiskt sett att olovligen bereda sig tillgång till ett meddelande, som ett telebefordringsföretag förmedlar i ett elektroniskt kommunikationsnät. Åtalet har emellertid inte utformats på detta sätt. CA har i stället åtalats och dömts för olovlig avlyssning.

Med hänsyn till att åtalet avsett olovlig avlyssning och då brottet brytande av telehemlighet inte synes ha berörts under målets handläggning i domstolarna har de i det föregående redovisade reglerna i rättegångsbalken och Europakonventionen utgjort hinder för hovrätten att döma CA för det sist nämnda brottet. Om hovrätten hade uppmärksammat subsidiaritetsproblematiken kunde man emellertid under målets beredning genom utövande av materiell processledning ha inhämtat parternas syn på vilken betydelse subsidiaritetsklausulen hade i målet.

Gärningsbeskrivningen täcker enligt min mening i och för sig rekvisiten i 4 kap. 8 § brottsbalken. Det uttalas visserligen inte uttryckligen att CA berett sig tillgång till ett meddelande, som ett telebefordringsföretag förmedlat i ett elektroniskt kommunikationsnät. Påståendet om att han avlyssnat telefonsamtal torde dock täcka att han berett sig tillgång till meddelanden. I gärningsbeskrivningen påstås vidare att CA avlyssnat mobiltelefonsamtal genom att installera en app. Därmed torde tydligt framgå att det är fråga om meddelanden som ett telebefordringsföretag förmedlat i ett elektroniskt kommunikationsnät.

I doktrinen uttalas att den typ av subsidiaritetsklausul som aktualiseras i målet inte medger tillämpning av den subsidiära bestämmelsen, när ansvar enligt den bestämmelse som har företräde är uteslutet på grund av processuella skäl. Det kan t.ex. vara så att ett villkor för åtal inte är uppfyllt eller att åtalspreskription inträtt. Det finns exempel på detta i praxis. I det nu aktuella målet är det emel-

lertid inte fråga om någon sådan situation. Det finns inget sådant processuellt hinder mot att döma för det primära brottet brytande av telehemlighet.

Vidare bör noteras att Högsta domstolen tidigare i år i rättsfallet NJA 2016 s. 129 gjorde uttalanden av generell natur, vilka är av betydelse även i det nu aktuella målet. Högsta domstolen uttalade att en domstols prövning i brottmål är på så sätt begränsad, att prövningen är kopplad till åklagarens gärningsbeskrivning. En dom får inte avse någon annan gärning än den för vilken talan om ansvar har förts. Det förhållandet att en straffbestämmelse är subsidiär till en annan bestämmelse innebär enligt Högsta domstolen inte att domstolen ska gå utöver åtalet och pröva och uttala sig om den tilltalades handlande kan anses strida mot den andra bestämmelsen som ett led i prövningen av den gärning den tilltalade är åtalad för.

I sammanhanget finns skäl att upprepa att syftet med en subsidiaritetsklausul är att ge svaret på en konkurrensfråga, dvs. att anvisa vilken av flera bestämmelser som har företräde i en situation där gärningspersonen genom sitt handlande överträtt flera olika straffbestämmelser. I det nu aktuella fallet kan konstateras att brotten enligt 4 kap. 8 och 9 a §§ har samma straffskala och att inget av brotten finns i någon ringa eller grov variant. Vidare gäller förberedelsebestämmelsen i 4 kap. 9 b § båda brotten. Som tidigare nämnts infördes bestämmelsen om olovlig avlyssning år 1975. Meningen var att även andra former av avlyssning än de förfaranden som då omfattades av bestämmelsen om brytande av post- och telehemlighet skulle straffbeläggas. I förarbetena noterades att bestämmelsen om olovlig avlyssning utformats på ett sådant sätt att den som brutit mot reglerna om skydd för telehemligheten genom att avlyssna ett telefonsamtal oftast samtidigt brutit mot den nya bestämmelsen. Subsidiaritetsbestämmelsen infördes för att direkt i straffbestämmelsen klargöra hur denna konkurrenssituation ska hanteras.

Med hänsyn till Högsta domstolens uttalanden i NJA 2016 s. 129 anser jag att det inte finns skäl till ändring av hovrättens dom med anledning av att bestämmelsen i 4 kap. 9 a § brottsbalken är subsidiär till bestämmelsen i 4 kap. 8 § brottsbalken. Som nämnts anser jag att gärningsbeskrivningen i målet även täcker rekvisiten i 4 kap. 8 §. För det fall Högsta domstolen skulle komma att meddela prövningstillstånd i målet har jag ändå, av ordnings- och tydlighets-skäl, för avsikt att justera gärningsbeskrivningen. Här kan också upprepas vad Asp m.fl. uttalat om att syftet med subsidiaritetsklausuler är att undvika omotiverad dubbelbestraffning och att de därför rimligtvis inte bör få den konsekvensen att användningen av straffrättsliga regler blockeras helt.

Vad sedan gäller CAs invändning om att han som ensam vårdnadshavare för sonen haft rätt att, i syfte att sonen inte skulle fara illa, spela in dennes telefonsamtal kan följande sägas. Inledningsvis bör noteras att när CA installerade appen i sonens mobiltelefon pågick en vårdnadstvist mellan honom och sonens

mor. I den processen återopade CA de samtal han spelat in mellan sonen och dennes mor. Tingsrätten dömde i vårdnadsmålet den 16 januari 2015, dvs. drygt fyra månader efter att samtalen spelades in. Sonens mor tilldömdes ensam vårdnad om sonen. Tingsrätten ansåg att sonen, som då hunnit fylla 14 år, ville bo hos sin mor. Enligt tingsrätten vore det fel att inte tillmäta ett barns inställning, och klart uttalade vilja, betydelse när barnet är så gammalt som 14 år.

Som framgått i det föregående följer av reglerna i föräldrabalken att barn med stigande ålder har rätt till ett allt starkare integritetsskydd. Vårdnadshavaren har visserligen rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter, men i takt med barnets stigande ålder och utveckling ska allt större hänsyn tas till barnets synpunkter och önskemål. När inspelningarna gjordes skulle CAs son inom några månader fylla 14 år. Enligt min mening måste barn i nedre tonåren generellt sett anses ha rätt till ett så starkt integritetsskydd att vårdnadshavare inte fritt kan avlyssna deras telefonsamtal. Vidare anser jag att den omständigheten att sonen vid ett antal tillfällen, utan att meddela CA, åkt till sin mor under inga förhållanden kan innebära att CA haft rätt att utan sonens samtycke installera inspelningsappen.

I CAs överklagande hänvisas till att det ansetts straffritt för vårdnadshavare att spela in vad ett minderårigt barn har för sig i bostaden. Detta torde härröra från de i det föregående redovisade uttalandena i betänkandet SOU 1970:47. Uttalandena måste ses mot bakgrund av de förslag som lades fram i betänkandet. De gällde således rumsavlyssning i bostad där föräldrar bor med sina barn och är inte direkt jämförbara med avlyssning av ett barns telefonsamtal. Dessutom bör beaktas att uttalandena gjordes för länge sedan, i en tid när barnaga inte var förbjudet och barnens rättigheter även i övrigt rönt begränsad uppmärksamhet. Förbudet mot barnaga infördes i 6 kap. föräldrabalken år 1979. Reglerna i 6 kap. föräldrabalken reformerades år 1983. Ett syfte med lagändringarna var att stärka barnens rättsliga ställning. I propositionen uttalade departementschefen bl.a. följande (se prop. 1981/82:168 s. 18).

För egen del vill jag till en början framhålla att flertalet av de bestämmelser som nu gäller på föräldrarättens område har sina rötter i ett samhälle som återspeglade andra förhållanden och värderingar än dem som råder i dag. Bestämmelserna utgår bl. a. från den starka föräldramyndighet som rådde tidigare. Kunskaperna om barns villkor och behov har därefter ökat. Numera finns en stor medvetenhet om att barn har en med stigande ålder och mognad allt större förmåga att själva ta ansvar i frågor som rör deras personliga förhållanden. En strävan i dagens samhälle är att fostra barn till självständiga individer.

Även om lagstiftningen redan i dag har barnens bästa som utgångspunkt anser jag, i likhet med utredningen och flertalet remissinstanser, att det är angeläget att lagstiftningen i högre grad än de nuvarande reglerna sätter barnens behov i centrum och framhäver att förhållandet mellan föräldrar och barn skall bygga på ömsesidigt hänsynstagande och ömsesidig respekt.

Reformen ledde bl.a. till att 6 kap. 1 § föräldrabalken fick sin nuvarande lydelse enligt vilken barn har rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran samt ska behandlas med aktning för sin person och egenart. Vidare infördes i 6 kap. 11 § föräldrabalken att vårdnadshavaren i takt med barnets stigande ålder och utveckling ska ta allt större hänsyn till barnets synpunkter och önskemål. Tilläggas kan att sedan år 1996 stadgas att domstolen vid bedömningen av frågor om vårdnad och umgänge ska ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad (nuvarande 6 kap. 2 a §).

Av redovisningen ovan framgår tydligt att synen på barns rättigheter, bl.a. rätten till integritet, är en helt annan i dag än år 1970. Enligt min mening är förändringen av sådant slag att de aktuella uttalandena i 1970 års betänkande numera är av ett mycket begränsat intresse.

Sammanfattningsvis anser jag att det förhållandet att CA varit ensam vårdnadshavare inte innebär att installerandet av appen och inspelningen inte skett olovligt. Vidare anser jag att det utifrån omständigheterna är uppenbart att CA inte handlat i en nödsituation och att han inte heller trott att det varit fråga om en nödsituation.

Processfrågor

Frågan om prövningstillstånd

Extraordinär dispens

CA hävdar att det förhållandet att hovrätten dömt honom för olovlig avlyssning trots att detta brott är subsidiärt till brytande av telehemlighet utgör en rättstillämpning som uppenbart strider mot lag, varför det föreligger synnerliga skäl för prövningstillstånd.

Prövningstillstånd får enligt 54 kap. 10 § första stycket 2 rättegångsbalken meddelas om det finns synnerliga skäl för en sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att domvilla förekommit eller att målets utgång i hovrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

I propositionen till den nu aktuella bestämmelsen uttalades att utrymmet för prövningstillstånd vid sidan av prejudikatdispensen bör vara ytterst begränsat. De fall som kan komma i fråga är resningsfallen och därmed jämförbara mycket sällsynta situationer. Vidare angavs att prövningstillstånd bör kunna medges i den utsträckning som de extraordinära rättsmedlen kan tillämpas. Den närmare innebörd som resnings- och domvillogrunderna getts i praxis bör vara vägledande också inom den ordinära fullföljdens ram (se prop. 1971:45, s. 90 f).

Enligt 58 kap. 2 § 5 rättegångsbalken får resning till en tilltalads förmån beviljas om den rättstillämpning, som ligger till grund för domen, uppenbart strider mot lag. I kommentaren till rättegångsbalken uttalas att det i förarbetena till bestämmelsen som ett exempel på en uppenbart oriktig rättstillämpning anförs att domstolen förbisett eller uppenbart misstolkat en gällande lagbestämmelse. Ett annat redovisat exempel är att domstolen tillämpat en ny lag som i det föreliggande fallet inte varit tillämplig i stället för en gammal lag eller omvänt. Även om rättstillämpningen inte innefattar ett uppenbart förbiseende eller misstag borde den ifrågavarande resningsgrunden kunna åberopas om det är fråga om en rättstillämpning som vid resningsfrågans bedömning klart och oemotsägligt framstår som oriktig (se Fitger m.fl., Rättegångsbalken [version oktober 2016, Zeteo], kommentaren till 58 kap 2 § första stycket 5 och 58 kap. 1 § första stycket 4).

Som framgått i det föregående anser jag att det inte finns skäl till ändring av hovrättens dom. Hovrättens rättstillämpning framstår därför enligt min mening inte som oriktig. Det finns därför inte skäl att meddela extraordinär dispens på den nu aktuella resningsgrunden. För tydlighets skull bör tilläggas att det faktum att hovrätten inte genom materiell processledning inhämtat parternas syn på konkurrensfrågan enligt min mening inte utgör ett rättegångsfel. Det finns därför inte heller skäl att meddela extraordinär dispens på grund av att domvillan förekommit.

Prejudikatdispens

Prövningstillstånd får enligt 54 kap. 10 § första stycket 1 rättegångsbalken meddelas om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen (prejudikatdispens). För att bevilja prövning enligt denna punkt krävs alltså att ett avgörande av Högsta domstolen blir av generell betydelse för bedömningen av framtida mål som innehåller liknande frågeställningar (se Fitger m.fl., Rättegångsbalken [version oktober 2016, Zeteo], kommentaren till 54 kap 10 §).

Som framgått i det föregående anser jag att en gärning av det slag som är aktuell i målet är att bedöma som brytande av telehemlighet enligt 4 kap. 8 § brottsbalken. Detta framgår tydligt av de redovisade uttalandena i förarbetena och i doktrinen. Det finns därför inte skäl att meddela prejudikatdispens i syfte att pröva denna fråga.

I NJA 2016 s. 129 uttalade Högsta domstolen att en domstols prövning är på så sätt begränsad, att prövningen är kopplad till åklagarens gärningsbeskrivning. En dom får inte avse någon annan gärning än den för vilken talan om ansvar har förts. Det förhållandet att en straffbestämmelse är subsidiär till en annan bestämmelse innebär enligt Högsta domstolen inte att domstolen ska gå utöver åtalet och pröva och uttala sig om den tilltalades handlande kan anses strida

mot den andra bestämmelsen som ett led i prövningen av den gärning den tilltalade är åtalad för.

I det redovisade avgörandet av Högsta domstolen avsåg åtalet det subsidiära brottet och hovrätten hade ogillat åtalet med hänvisning till att den tilltalades agerande utgjorde ett brott enligt den bestämmelse som hade företrädde enligt subsidiaritetsklausulen. Även i det nu aktuella målet avser åtalet det subsidiära brottet. Omständigheterna skiljer sig emellertid från NJA 2016 s. 129 på så sätt att hovrätten dömt den tilltalade för det subsidiära brottet. Som jag tidigare nämnt anser jag att Högsta domstolens ovan redovisade uttalanden är av generell natur och kan tillämpas även i det nu aktuella målet. Jag kan inte heller se att Högsta domstolen genom en prövning även av detta mål på något mera påtagligt sätt skulle kunna precisera rättsläget.

Åtalet i målet avser olovlig avlyssning. Om hovrätten hade uppmärksammat att avlyssning av telefonsamtal normalt utgör brott mot 4 kap. 8 § brottsbalken hade hovrätten med allra största sannolikhet inhämtat parternas syn på frågan om vilken betydelse subsidiaritetsklausulen kunde tänkas ha i målet, vilket sannolikt hade lett till att åklagaren justerat åtalet. Jag får också upprepa att jag, för det fall Högsta domstolen skulle komma att meddela prövningstillstånd i målet, har för avsikt att justera gärningsbeskrivningen.

Vidare bör noteras att för det fall åtalet hade avsett brott mot 4 kap. 8 § hade det inte inverkat på hovrättens prövning, det centrala hade fortfarande varit om CA agerat olovligen. CAs invändningar hade varit desamma, dvs. att han som vårdnadshavare haft rätt att lyssna på sonens telefonsamtal och att ansvar i vart fall inte ska följa då han handlat i en nödsituation. Inte heller hade det gjort någon skillnad vid hovrättens bestämmande av påföljd.

Tilläggas kan att Utvecklingscentrum Stockholm lagt ut information på Åklagarmyndighetens Intranät om att inspelning och avlyssning av telefonsamtal genom att ladda ner en app i en mobiltelefon normalt ska lagföras som brytande av telehemlighet. Detta borde innebära att risken för att den situation som uppkommit i målet ska upprepas är liten.

Sammanfattningsvis anser jag att det inte finns tillräckliga skäl att meddela prejudikatdispens för en prövning av betydelsen av subsidiaritetsbestämmelsen i 4 kap. 9 a § brottsbalken.

Slutligen hävdar CA att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen prövar dels frågan om hans förfarande ska anses som straffritt med hänsyn till hans skyldigheter som vårdnadshavare, dels frågan om straffrihet på grund av nöd.

Såväl tingsrätten som hovrätten har funnit att CA inte kan gå fri från ansvar på den grunden att han som vårdnadshavare haft rätt att lyssna på sin sons mobiltelefonsamtal. Jag delar denna uppfattning. Sonen skulle inom några månader fylla 14 år och måste därmed anses ha rätt till ett så starkt integritetsskydd att hans vårdnadshavare inte fritt kan avlyssna hans telefonsamtal. Omständigheten att sonen vid ett antal tillfällen, utan att meddela CA, åkt till sin mor kan inte innebära att CA av denna anledning haft rätt att utan sonens samtycke installera inspelningsappen. Enligt min mening kan det inte anses föreligga någon sådan osäkerhet beträffande dessa bedömningar som skulle kunna motivera meddelande av prejudikatdispens.

Som framgått i det föregående anser jag att det utifrån omständigheterna är uppenbart att CA inte handlat i en nödsituation och att han inte heller trott att det varit fråga om en nödsituation. En prövning av denna fråga skulle därför enligt min mening inte vara av vikt för ledning av rättstillämpningen.

Jag avstyrker prövningstillstånd.

Bevisning

Jag ber att få återkomma med bevisuppgift och synpunkter på målets fortsatta handläggning för det fall Högsta domstolen skulle komma att meddela prövningstillstånd.

Kerstin Skarp

Lars Persson

Kopia till:

Utvecklingscentrum Stockholm
Göteborgs åklagarkammare (AM-127890-14)