

Juridiska institutionen

Juristprogrammet, höstterminen 2017

Examensarbete 30 hp

# Samtyckets giltighet vid topsning för DNA-analys i brottsutredningar

*Tolkning och analys av regeringsformen och rättegångsbalken*

Mikkaela Fridell

Handledare: Erik Björling  
Examinator: Sebastian Wejedal



GÖTEBORGS UNIVERSITET  
HANDELSHÖGSKOLAN

# Innehållsförteckning

<b>FÖRKORTNINGAR</b> .....	<b>5</b>
<b>1 INLEDNING</b> .....	<b>6</b>
1.1 BAKGRUND – MASSTOPSNINGAR I BROTTsutredningar.....	6
1.2 SYFTE .....	7
1.3 AVGRÄNSNINGAR .....	7
1.4 METOD OCH MATERIAL.....	8
1.5 DISPOSITION .....	9
<b>2 DET STRAFFRÄTTSLIGA RÄTTSSÄKERHETSBEGREPPET</b> .....	<b>10</b>
2.1 INLEDNING .....	10
2.2 LEGALITETSPRINCIPEN .....	10
2.3 PROPORTIONALITETSPRINCIPEN .....	11
2.4 BEHOVSPRINCIPEN .....	11
2.5 ÄNDAMÅLSPRINCIPEN.....	11
2.6 HÄNSYNSPRINCIPEN.....	11
2.7 OBJEKTIVITETSPRINCIPEN .....	12
2.8 OSKULDSPRESUMTIONEN .....	12
2.9 SAMMANFATTNING.....	12
<b>3 JURIDISKA TOLKNINGSMETODER</b> .....	<b>13</b>
3.1 INLEDNING .....	13
3.2 TOLKNINGSREGLER – RÄTTSKÄLLELÄRAN .....	13
3.3 TOLKNINGSMETODER – UTGÅNGSPUNKTER FÖR TOLKNINGEN .....	13
3.3.1 <i>Objektiv tolkningsmetod</i> .....	14
3.3.2 <i>Subjektiv tolkningsmetod</i> .....	14
3.3.3 <i>Teleologisk tolkningsmetod</i> .....	15
3.3.4 <i>Eklektisk tolkningsmetod</i> .....	17
3.4 TILLÄMPNINGSTEKNIKER – VERKTYG FÖR TILLÄMPAREN.....	18
3.4.1 <i>Extensiv tillämpning</i> .....	18
3.4.2 <i>Analog tillämpning</i> .....	18
3.4.3 <i>Restriktiv tillämpning</i> .....	19
3.4.4 <i>Tillämpning e contrario</i> .....	19
3.5 SAMMANFATTNING OCH SYNPUNKTER.....	19
<b>4 REGERINGSFORMEN – SKYDDETS OMFATTNING</b> .....	<b>21</b>
4.1 INLEDNING .....	21

4.2 ORDALYDELSEN AV RF 2:6 – EN OBJEKTIV TOLKNING .....	21
4.2.1 Första meningen.....	21
4.2.1.1 Rekvizitet "påtvingat" .....	22
4.2.1.2 Rekvizitet "kroppsligt ingrepp" .....	23
4.2.1.3 Typfall och rättssäkerhet.....	25
4.2.2 Andra meningen.....	27
4.2.3 Sammanfattning av ordalydsetolkningen av RF 2:6.....	29
4.3 FÖRARBETENA TILL RF 2:6 – EN SUBJEKTIV TOLKNING.....	31
4.3.1 Förarbetena till ändringen år 2010 .....	31
4.3.2 Tidigare förarbeten.....	31
4.3.3 Sammanfattning av intentionen bakom RF 2:6.....	34
4.3.4 Typfallen och rättssäkerhet.....	35
4.4 ÄNDAMÅLET MED RF 2:6 – EN TELEOLOGISK TOLKNING.....	37
4.4.1 Fastställande av ändamålet.....	37
4.4.2 Typfallen bedömda utifrån ändamålet.....	38
4.5 ARGUMENT FÖR OCH EMOT – EN EKLEKTISK TOLKNING.....	40
4.5.1 Argument för att samtyckta topsningar omfattas av RF 2:6.....	40
4.5.2 Argument emot att samtyckta topsningar omfattas av RF 2:6.....	41
4.5.3 Sammanvägning av argumenten.....	42
4.6 SAMMANFATTNING.....	44
<b>5 RÄTTEGÅNGSBALKEN – BEGRÄNSNING AV SKYDDET? .....</b>	<b>45</b>
5.1 INLEDNING .....	45
5.2 TOLKNINGEN AV RB 28:12 B.....	45
5.2.1 Ordalydelsen av RB 28:12 b – en objektiv tolkning .....	45
5.2.2 Förarbetena till RB 28:12 b – en subjektiv tolkning .....	48
5.2.2.1 Topsningar utan samtycke.....	48
5.2.2.2 Topsningar med samtycke .....	50
5.2.2.3 Masstopsningar med samtycke .....	51
5.2.3 Ändamålet med RB 28:12 b – en teleologisk tolkning.....	52
5.2.4 Argument för och emot – en eklektisk tolkning .....	54
5.2.5 Sammanfattning och rättssäkerhetsaspekter .....	55
5.3 TOLKNINGEN AV RB 28:13 OCH RB 28:1 ST. 3 .....	57
5.3.1 Ordalydelsen – en objektiv tolkning.....	57
5.3.2 Förarbetena – en subjektiv tolkning .....	58
5.3.3 Ändamålet – en teleologisk tolkning.....	60
5.3.4 Sammanvägning av argument – en eklektisk tolkning .....	61
5.3.5 Sammanfattning och rättssäkerhetsaspekter .....	63

<b>6 RÄTTSSÄKERHETSSYNPUNKTER OCH MASSTOPSNINGAR.....</b>	<b>66</b>
6.1 INLEDNING .....	66
6.2 FÖRUTSEBARHET OCH LEGALITETSPRINCIPEN .....	66
6.3 PROPORTIONALITETSPRINCIPEN .....	66
6.4 BEHOVS- OCH ÄNDAMÅLSPRINCIPERNA.....	67
6.5 HÄNSYNSPRINCIPEN .....	68
6.6 OBJEKTIVITETSPRINCIPEN OCH OSKULDSPRESUMTIONEN .....	68
6.7 RÄTTSSÄKERHETSKRAVENS PÅVERKAN PÅ MASSTOPSNINGAR .....	69
<b>7 SLUTSATSER OCH AVSLUTANDE TANKAR .....</b>	<b>71</b>
7.1 SAMMANFATTNING.....	71
7.2 SLUTSATSER.....	72
7.3 AVSLUTANDE TANKAR .....	73
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING .....</b>	<b>74</b>

## Förkortningar

EKMR	Europeiska konventionen d. 4 nov. 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen)
HD	Högsta domstolen
JO	Justitieombudsmannen (Riksdagens ombudsmän)
NE	Nationalencyklopedin ( <a href="http://www.ne.se">www.ne.se</a> )
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
SAOB	Svenska Akademiens ordbok ( <a href="http://www.saob.se">www.saob.se</a> )
SOU	Statens offentliga utredningar

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund – masstopsningar i brottsutredningar

Under senare år har man kunnat läsa i tidningar och på nyhetssajter om stora brottsutredningar där polis och åklagare i jakten på en gärningsperson topsar ett stort antal personer. SVT Nyheter uppger till exempel att hundratals personer har topsats i utredningen av dubbelmordet i Mantorp under sommaren år 2017.<sup>1</sup> Vidare uppger Aftonbladet att över 2 000 personer har topsats i utredningen av dubbelmordet i Linköping år 2004 och att uppemot 800 personer respektive 600 personer topsades under utredningarna av de brott som begicks av Hagamannen under åren 1998-2005 respektive av Örebromannen under åren 2005-2010.<sup>2</sup> När det gäller dubbelmordet i Linköping år 2004 rapporterar såväl Östgöta Correspondenten som Aftonbladet om att anhöriga till unga män som avlidit har tillfrågats om att DNA-testas eftersom en av polisens teorier är att gärningspersonen i det fallet mått så dåligt att han begått självmord.<sup>3</sup>

Mot denna bakgrund kan det konstateras att en stor mängd personer som rimligen inte är skäligen misstänkta, idag topsas i relativt stor omfattning i vissa utredningar av allvarigare våldsbrott. Trots att topsningar av andra än skäligen misstänkta alltså har skett, och sker, i så stor omfattning i vissa brottsutredningar är det inte självklart vad som gäller enligt lagen. Lindberg, överåklagare och författare till straffrättslitteratur, skriver till exempel att det kan ifrågasättas om utredningar där den här typen av masstopsningar används är lagenliga.<sup>4</sup> Vidare har Hjerstedt, straffrättslektor vid Umeå universitet, argumenterat för att ett samtycke till att topsas från en potentiellt misstänkt person inte bör ges rättsverkan om det är de brottsutredande myndigheterna som initierat topsningen till exempel genom att skicka ett brev med en förfrågan.<sup>5</sup> Även justitieombudsmannen (JO) har i JO 2003/04 s. 72 påtalat att rättsläget beträffande samtyckta DNA-provtagningar är osäkert vilket beskrivs som otillfredsställande. Trots att en ny bestämmelse som möjliggör tvångsvis topsning av andra än skäligen misstänkta införts efter JO:s beslut och trots att frågan var uppe vid lagstiftningsarbetet, förklarade sig ”regeringen inte beredd att nu lämna något förslag i denna del”.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> SVT Nyheter [<https://www.svt.se/nyheter/lokalt/ost/en-anhallen-for-dubbelmordet-i-mantorp>] 2017-10-08.

<sup>2</sup> Aftonbladet [<http://www.aftonbladet.se/nyheter/article21351494.ab>] 2017-10-08.

<sup>3</sup> Östgöta Correspondenten [<http://corren.se/nyheter/olosta-mord-fortsatter-att-engagera-om4623263.aspx>] 2017-10-09 och Aftonbladet [<http://www.aftonbladet.se/nyheter/krim/article22882109.ab>] 2017-10-09.

<sup>4</sup> Lindberg, Gunnel, Straffprocessuella tvångsmedel – när och hur får de användas?, tredje upplagan, Karnov Group Sweden AB, Stockholm, 2012 [Lindberg 2012] s. 654.

<sup>5</sup> Hjerstedt, Mattias, Samtyckets betydelse vid polisiära åtgärder som motsvarar kroppsvisitationer och kroppsbesiktningar Del II: Giltighet och rättsverkan, Juridisk tidskrift nr 4 2016/17, s. 879-905 [Hjerstedt 2016/17 Del II] s. 902-903.

<sup>6</sup> Prop. 2005/06:29 s. 26.

Det innebär att det föreligger en situation där många människor redan har utsatts, och fler riskerar att utsättas, för ett straffprocessuellt tvångsmedel utan att det är klarlagt hur det förhåller sig till lagen.

## 1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att undersöka hur topsningar baserade på samtycke av personer som inte är skäligen misstänkta under brottsutredningar, förhåller sig till reglerna i regeringsformen och rättegångsbalken så som de kan tolkas enligt olika juridiska tolkningsmetoder. Uppsatsen syftar vidare till att analysera resultaten av de olika tolkningsmetoderna, i olika situationer, utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv<sup>7</sup>.

## 1.3 Avgränsningar

Det följer av syftet att det endast är reglerna i regeringsformen och rättegångsbalken som ska undersökas vilket medför att andra regler som skulle kunna aktualiseras faller utanför uppsatsens område. Det innebär att till exempel rättigheterna i Europakonventionen inte kommer att undersökas närmare. Art. 6.2 i Europakonventionen måste dock nämnas vid behandlingen av oskuldspresumtionen.

Det framgår också av syftet att uppsatsen endast omfattar topsningar av personer som inte är skäligen misstänkta. Denna grupp omfattar såväl målsäganden som personer som potentiellt kan vara gärningspersonen eller som till och med har vissa misstankar riktade mot sig. Även vittnen som inte är, eller potentiellt kan bli, misstänkta tillhör denna grupp. Inom ramen för uppsatsen kommer endast de som kan hänföras till undergruppen potentiellt misstänkta att behandlas. Det innebär att topsningar av målsäganden och vittnen som inte riskerar att misstänkas för brottet avgränsas bort. Detta beror på att det är helt andra intressen som gör sig gällande när en potentiellt misstänkt person topsas än vad det är när till exempel en målsägande topsas. När det i uppsatsen talas om ”misstänkta” avser detta således personer som är eller potentiellt kan bli misstänkta men där misstankegraden inte når upp till ”skäligen misstänkt”. När denna mer kvalificerade misstankegrad avses framgår det av sammanhanget.

Inom ramen för den här uppsatsen kommer inte heller de särskilda aspekter som kan göra sig gällande när den som samtycker till att topsas är under 15 år att behandlas. Det beror på att det även då aktualiseras andra intressen och att reglerna för tvångsvis topsning av personer som är under 15 år ser annorlunda ut än reglerna avseende personer som är över 15 år.

---

<sup>7</sup> Se kapitel 2 där rättssäkerhetsbegreppet behandlas.

## 1.4 Metod och material

Vid undersökningen av reglerna kommer jag att vara väldigt grundlig och jag kommer att använda mig av de tolkningsmetoder som framstår som de vanligaste och mest etablerade inom juridiken. Dessa är objektiv, subjektiv, teleologisk och eklektisk tolkningsmetod och de kommer att presenteras närmare nedan i kapitel 3. Resultatet av tolkningen av reglerna kommer att appliceras på fenomenet samtyckta topsningar i samband med undersökningen. Här kommer också olika rättssäkerhetssynpunkter att framhållas, vilket leder till att en rättssäkerhetsanalys kommer att finnas med genom hela uppsatsen. Uppsatsen kommer sedan att avslutas med en analys av hur rättssäkerheten vid en enskild topsning med samtycke kan påverkas av att den sker inom ramen för en utredning där masstoppingar förekommer. Denna avslutande analys skulle kunna sägas utgå från en typ av funktionalistiska argument där verkligheten tillåts påverka tolkningen av de rättsliga reglerna utifrån principiella överväganden.

Detta innebär att uppsatsen kan sägas vara rättsdogmatisk<sup>8</sup> så till vida att den åtminstone delvis syftar till att systematisera rättskällor och skapa enhetliga tolkningsförslag utifrån olika tolkningsmetoder. Det egentliga syftet är emellertid inte att fastställa en form av ”gällande rätt” utan att undersöka vilka möjliga tolkningar den gällande rätten erbjuder och sedan analysera dessa ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Det innebär att uppsatsen snarare har en rättsanalytisk<sup>9</sup> ansats.

Vilket material som kommer användas varierar mellan de olika tolkningsmetoderna och behandlas närmare under kapitel 3. När det gäller de olika tolkningsmetoderna är det uteslutande doktrin som används som källa för vilka metoder som finns och vad de innebär. Även vid fastställandet av det rättssäkerhetsbegrepp som används i uppsatsen och som behandlas i kapitel 2, är det doktrin som är den huvudsakliga källan. Avseende de olika principerna hänvisas också till lagtext där dessa framgår.

Gällande de olika rättskällorna kan det generellt sägas att det finns material att undersöka i form av lagtext, förarbeten och doktrin. Rättspraxis lyser dock till största del med sin frånvaro vilket beror på att beslut om topsningar i regel fattas av de brottsutredande myndigheterna och inte är överklagbara vilket medför att det aldrig skapas några prejudikat på området. Det JO-beslut som finns ger ingen ledning för hur reglerna ska tolkas, utan visar

---

<sup>8</sup> Se Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare ämne, material, metod och argumentation, tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2015 [Sandgren 2015] s. 43.

<sup>9</sup> Se Sandgren 2015 s. 45-47.



endast att rättsläget är osäkert. Detta beslut har därför använts som ett bevis på att ämnet är intressant att undersöka men det kommer inte att behandlas i undersökningen av reglerna.

### *1.5 Disposition*

I kapitel 2 kommer det rättssäkerhetsbegrepp som används i uppsatsen presenteras för att det sedan ska kunna användas som analysredskap. Därefter kommer de olika tolkningsmetoderna och tillämpningsteknikerna att presenteras i kapitel 3 tillsammans med vissa grundläggande tolkningsregler. I kapitel 4 och 5 kommer de relevanta rättsreglerna att undersökas utifrån de olika tolkningsmetoderna och även analyseras. I kapitel 6 kommer rättssäkerhetsanalysen att fördjupas utifrån masstopsningar som fenomen. Slutligen kommer resultatet att sammanfattas i kapitel 7 där även slutsatser och avslutande tankar finns.

## 2 Det straffrättsliga rättssäkerhetsbegreppet

### 2.1 Inledning

Den enskildes rättsäkerhet är särskilt viktig inom straffrätten, vilket påverkar såväl tolkningen som tillämpningen av rättskällorna. För att rättssäkerhetsbegreppet ska kunna användas som ett analysredskap nedan måste det dock specificeras eftersom det kan ha väldigt olika betydelse för olika personer. I det här avsnittet ska därför det straffrättsliga rättssäkerhetsbegreppet som används i den här uppsatsen kort presenteras.

En av de viktigaste delarna av rättssäkerhetsbegreppet är kravet på förutsebarhet. Enskilda ska genom att läsa lagar och andra författningar kunna förutse vad som kommer att hända om de agerar på ett visst sätt. De ska inte riskera att straffas eller utsättas för tvångsmedel utan att kunna hitta grunden till det, i förväg, i lagstiftningen.<sup>10</sup>

Härutöver är begreppet uppbyggt kring principer som hindrar det allmänna från att agera gentemot enskilda på sätt eller på grunder som inte anses lämpliga. Principerna kan många gånger vara överlappande och olika författare framhåller delvis olika principer som de viktigaste. En del av principerna har två delar där den ena aktualiseras vid lagstiftandet och den andra vid tillämpningen. I vissa fall kan det också talas om en tredje del som aktualiseras vid verkställandet. Här är det främst tillämpningsdelen som är intressant.

### 2.2 Legalitetsprincipen

Den första och mest grundläggande principen är legalitetsprincipen som slås fast i regeringsformen (1974:152) (RF) 1:1 st. 3. Den kan också sägas följa av kapitel 1 och 2 i RF.<sup>11</sup> Principen innebär att myndigheter måste ha lagstöd för ingripanden gentemot enskilda. Att utdöma straff eller vidta tvångsåtgärder utan lagstöd är alltså inte tillåtet.<sup>12</sup> Även förbudet mot retroaktivitet är en del av legalitetsprincipen. Detta förbud innebär att straffrättslig lagstiftning inte får vara retroaktiv på så sätt att den straffbelägger handlingar som inte var straffbelagda när de begicks.<sup>13</sup>

Såväl Westerlund, juris doktor och författare till straffrättslitteratur, som Lindberg framhåller vikten av hänsyn till legalitetsprincipen vid tvångsmedelsanvändning. Båda två

---

<sup>10</sup> Se Zetterström, Stefan, Juridiken och dess arbetssätt en introduktion, andra upplagan, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2012 [Zetterström 2012] s. 90-91.

<sup>11</sup> Se Lindberg 2012 s. 20.

<sup>12</sup> Se Lindberg 2012 s. 20, Peczenik, Aleksander, Juridikens metodproblem, andra upplagan, Almqvist & Wiksell Förlag AB, Stockholm, 1980 [Peczenik 1980] s. 89 samt Westerlund, Gösta, Straffprocessuella tvångsmedel: En studie av rättegångsbalkens 24 till 28 kapitel och annan lagstiftning, femte upplagan, Bruun Juridik AB, Stockholm 2013 [Westerlund 2013] s. 23.

<sup>13</sup> Se Asp, Petter, Ulväng Magnus och Jareborg, Nils, Kriminalrättens grunder, andra upplagan, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2013 s. 46.

hänvisar till NJA 1996 s. 577 som stöd för att tolkningen av regler som utgör begränsningar i grundlagsskyddade rättigheter ska vara restriktiv.<sup>14</sup> Även Bylund, biträdande professor emeritus i processrätt vid Uppsala universitet, poängterar vikten av restriktivitet vid tillämpningen av tvångsmedelsreglerna.<sup>15</sup>

### ***2.3 Proportionalitetsprincipen***

Proportionalitetsprincipen innebär att en avvägning av åtgärdens proportionalitet ska göras. Avvägningen står mellan hur stort ingreppet är och hur stor fördel det innebär att åtgärden sker.<sup>16</sup> Kravet är alltså att det ska finnas proportionalitet mellan ingreppet för den enskilde och nyttan för det allmänna. Är ingreppet mycket större än nyttan så ska det inte vidtas, medan det inte finns något problem med att åtgärden vidtas om nyttan är mycket större än ingreppet. När det gäller tvångsmedel finns principen fastslagen i rättegångsbalken (1942:740) (RB) 28:3 a.

### ***2.4 Behovsprincipen***

Behovsprincipen innebär att en tvångsåtgärd endast får företas om det finns ett verkligt behov av den för att uppnå ändamålet. Finns det olika alternativ för att uppnå ändamålet ska det minst ingripande väljas.<sup>17</sup> Enligt behovsprincipen får en åtgärd inte vidtas endast för att den underlättar myndigheternas arbete.<sup>18</sup>

### ***2.5 Ändamålsprincipen***

Enligt ändamålsprincipen får tvångsmedel endast användas för att uppnå de ändamål som fastslagits i lagstiftningen.<sup>19</sup> Om syftet med en tvångsmedelsanvändning i det enskilda fallet är ett annat än det som framgår av lagstiftningen får åtgärden därför inte vidtas.

### ***2.6 Hänsynsprincipen***

Hänsynsprincipen följer av RB 23:4 st. 2 som stadgar att en förundersökning ”ska bedrivas så att inte någon onödigt utsätts för misstanke eller orsakas kostnad eller olägenhet”. Brottsutredningar ska alltså bedrivas på ett hänsynsfullt sätt så att enskilda inte riskerar att utsättas för olägenheter i onödan. Avseende tvångsmedel är hänsynsaspekter framför allt viktiga vid verkställandet.<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> Lindberg 2012 s. 21 och Westerlund 2013 s. 24.

<sup>15</sup> Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif, Edelstam, Henrik, Rättegång Tredje häftet, sjunde upplagan; fjärde versionen, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2006 [Ekelöf m fl 2006] s. 47.

<sup>16</sup> Lindberg 2012 s. 29 och Westerlund 2013 s. 24.

<sup>17</sup> Lindberg 2012 s. 25 och Westerlund 2013 s. 24.

<sup>18</sup> Lindberg 2012 s. 25.

<sup>19</sup> Lindberg 2012 s. 22 och Westerlund 2013 s. 24.

<sup>20</sup> Se Lindberg 2012 s. 33.

## 2.7 Objektivitetsprincipen

Den sista principen som ska behandlas är objektivitetsprincipen. Den följer av RF 1:9 som gäller för all offentlig verksamhet och av RB 23:4 st. 1 som gäller för de brottsutredande myndigheterna. Principen innebär att myndigheterna ska vara objektiva vilket betyder att de ska ”beakta allas likhet inför lagen samt iakttä saktighet och opartiskhet” och att de ska utreda omständigheter som talar för den enskilde såväl som omständigheter som talar mot densamme. Lindberg påtalar att objektivitetsprincipen gör det möjligt att fatta beslut om och verkställa tvångsåtgärder för att hitta bevisning som friar en enskild.<sup>21</sup>

I objektivitetsprincipen ligger även att alla människor betraktas som lika mycket värda. Denna utgångspunkt, som följer av RF 1:2 st. 1, kan också anses utgöra en egen princip.<sup>22</sup>

## 2.8 Oskuldspresumtionen

I detta sammanhang bör även oskuldspresumtionen nämnas. Presumtionen innebär att alla ska betraktas som oskyldiga innan de blivit dömda. Av detta följer också att det aldrig är den som är misstänkt som ska bevisa sin oskuld, utan det allmänna som ska bevisa dennes skuld. Oskuldspresumtionen är en del av rätten till en rättvis rättegång i art. 6.2 i Europakonventionen (EKMR) och följer även av andra internationella rättighetsdokument.<sup>23</sup> Den är dock inte fastslagen i varken RF eller RB.

## 2.9 Sammanfattning

Genomgången av principerna ovan visar att rättssäkerhetsbegreppet innehåller många aspekter som syftar till att skydda enskilda från godtycklig maktutövning. Myndigheter som vill agera gentemot enskilda måste ha lagstöd för de åtgärder som vidtas och dessutom måste ändamålet vara förenligt med det ändamål som följer av lagstiftningen. Vidare måste åtgärden vara proportionerlig och det måste finnas ett behov av att vidta den. De anställda vid myndigheterna ska vara objektiva och hänsyn ska tas till den som ska utsättas för åtgärden.

Vidare ligger det i rättssäkerhetsbegreppet att bevisbördan ska placeras på det allmänna och aldrig på den som är anklagad, vilket följer av oskuldspresumtionen.

---

<sup>21</sup> Lindberg 2012 s. 33.

<sup>22</sup> Se Westerlund 2013 s. 25.

<sup>23</sup> Se till exempel art. 11 i FN:s universella deklaration om de mänskliga rättigheterna och art. 48.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

## 3 Juridiska tolkningsmetoder

### 3.1 Inledning

Inom juridiken finns flera tolkningsregler, tolkningsmetoder och tillämpningstekniker. I det här avsnittet ska några av dessa presenteras översiktligt för att de sedan ska kunna tillämpas på fenomenet samtyckta topsningar.

När olika metoder diskuteras ska de inte förstås som noggrant utarbetade metoder som strikt kan följas, utan snarare som ett knippe principiella utgångspunkter för olika typer av tolkningssätt. En tolkningsmetod är därmed inte en metod med tydliga tillämpningsregler utan en benämning på en eller flera utgångspunkter för tolkningen av en lagregel.

### 3.2 Tolkningsregler – rättskällevärdet

Till rättskällevärdet hänförs ofta vissa grundläggande tolkningsregler. Bland dessa ingår hierarkin mellan olika rättskällor där lagar och andra författningar står över förarbeten. Förarbeten i sin tur står över rättspraxis som i sin tur står över doktrinen. Sist i hierarkin kommer andra rättskällor såsom sedvanerätt och branschpraxis.<sup>24</sup>

Till rättskällevärdet kan också räknas regler som rangordnar olika lagar för det fall de krockar med varandra. Speciallag går till exempel före allmän lag och en högre stående regel, såsom grundlag, går före en lägre stående regel, såsom vanlig lag eller föreskrift. Hit hör också regeln att nyare lag gäller före äldre lag.<sup>25</sup> Peczenik, professor i allmän rättslära vid Lunds universitet, beskriver dem som ”sedvanerättsliga tolkningsregler” och förklarar att huvudregeln är att dessa regler ska tillämpas.<sup>26</sup> Att grundlag gäller över lägre stående regler följer dessutom av att domstolar och myndigheter ska avstå från att tillämpa lägre stående regler om de finner att det strider mot grundlag.<sup>27</sup>

### 3.3 Tolkningsmetoder – utgångspunkter för tolkningen

Zetterström, universitetsadjunkt vid Uppsala universitet och läroboksförfattare, beskriver tre olika typer av tolkningsmetoder. Den första är en objektiv tolkningsmetod som lägger stor vikt vid vad lagtexten säger. Den andra lägger större vikt vid förarbetena till en lag och den benämns subjektiv tolkningsmetod. Den tredje och sista metod som Zetterström tar upp är teleologisk tolkningsmetod. Denna metod låter ändamålet med en bestämmelse utgöra grunden för tolkningen av densamma.<sup>28</sup> Utöver dessa tre tolkningsmetoder beskriver

---

<sup>24</sup> Zetterström 2012 s. 56-58.

<sup>25</sup> Peczenik 1980 s. 50, se även s. 103-106.

<sup>26</sup> Peczenik 1980 s. 107.

<sup>27</sup> Se RF 11:14 och RF 12:10.

<sup>28</sup> Zetterström 2012 s. 88-89.

Lehrberg, professor vid Uppsala universitet, också en fjärde metod som han benämner eklektisk metod. Denna metod tillåter en sammanvägning av alla typer av argument.<sup>29</sup>

### 3.3.1 Objektiv tolkningsmetod

Vid en objektiv tolkningsmetod är det lagtextens ordalydelse som är utgångspunkten för tolkningen.<sup>30</sup> Peczenik menar att "[b]okstavstolkning är klargörande, aldrig korrigerande, inte ens utfyllande".<sup>31</sup> Därefter förklarar han att bokstavstolkningen antingen kan användas lexikaliskt eller kontextuellt. Vid en lexikalisk tolkning bestäms ordalydelsens mening med hjälp av legaldefinitioner och ordböcker, medan den kontextuella tolkningen även kan ta hänsyn till bland annat bokstavstolkningsregler och hur ett ord eller ett begrepp använts i andra juridiska sammanhang såväl som i vardagsspråket.<sup>32</sup> En av de bokstavstolkningsregler som Peczenik hänvisar till är att det juridiska språkbruket vanligen har företräde framför det vardagliga språkbruket om de inte stämmer överens.<sup>33</sup> Av denna regel kan slutsatsen att den kontextuella tolkningen bör ges en tyngre roll än den lexikaliska dras.

En stor fördel med en objektiv tolkning, eller bokstavstolkning, är att den sägs öka rättssäkerheten.<sup>34</sup> Metoden skyddar också lagen som den högsta rättskällan och därmed demokratin i stort eftersom lagen är demokratiskt tillskapad.<sup>35</sup> Till nackdelarna med en bokstavstolkning hör att lagtext ofta kan vara otydlig eller för generell för att enkelt kunna tolkas utifrån endast dess språkliga utformning.<sup>36</sup> Metoden ger inte heller någon ledning för hur situationer som visar sig inte omfattas av en regels språkliga omfång ska hanteras.<sup>37</sup> I situationer där ledning för hur en regel ska tolkas inte kan fås i dess ordalydelse återstår för tillämparen att använda sig av andra tolkningsmetoder. Ordalydelsen är dock viktigare inom straffrätten än inom många andra rättsområden.<sup>38</sup>

### 3.3.2 Subjektiv tolkningsmetod

Vid en subjektiv tolkning är det inte lagtextens ordalydelse som är viktigast utan intentionen bakom lagen.<sup>39</sup> Om lagtexten inte uttrycker det lagstiftaren kan antas ha menat lämnar en subjektiv tolkningsmetod utrymme för att istället tolka lagen i enlighet med intentionen

---

<sup>29</sup> Lehrberg, Bert, Praktisk juridisk metod, nionde upplagan, Iusté Aktiebolag, Uppsala, 2016 [Lehrberg 2016] s. 247.

<sup>30</sup> Lehrberg 2016 s. 245.

<sup>31</sup> Peczenik 1980 s. 69.

<sup>32</sup> Peczenik 1980 s. 69.

<sup>33</sup> Peczenik 1980 s. 72.

<sup>34</sup> Se Lehrberg 2016 s. 245 och Peczenik 1980 s. 72.

<sup>35</sup> Jfr Lehrberg 2016 s. 245 och Peczenik 1980 s. 72.

<sup>36</sup> Se Lehrberg 2016 s. 245 och Zetterström 2012 s. 88.

<sup>37</sup> Lehrberg 2016 s. 245.

<sup>38</sup> Peczenik 1980 s. 73.

<sup>39</sup> Lehrberg 2016 s. 245.

bakom den.<sup>40</sup> I praktiken innebär detta att stor vikt läggs vid vad som sägs i förarbetena till en lag.<sup>41</sup> Inom den svenska rättstillämpningen har den subjektiva tolkningsmetoden starkt fäste och den används i stor utsträckning.<sup>42</sup>

Även när det gäller en subjektiv tolkningsmetod kan rättssäkerhetshänsyn användas som ett argument för metoden. Om intentionen bakom en lag används som tolkningsdata kan det nämligen antas att tillämpningen blir mer uniform. Detta då den enskilde tillämparen istället för att använda sitt eget tyckande som utgångspunkt för tolkningen, använder ett i förarbetena uttalat syfte, som också kan användas av andra som har att tillämpa samma lag.<sup>43</sup>

En subjektiv tolkningsmetod kan sägas vara flexibel också på så sätt att förarbeten som rättskälla anses vara lägre stående än lag, vilket leder till att tillämparen kan anse sig ha en större frihet i förhållande till uttalanden i förarbeten. I ett fall där ledning inte kan fås i lagen men i förarbetena kan tillämparen därmed lättare bortse från vad förarbetena säger än vad denne kunnat om det var uttryckt i lagtext.<sup>44</sup> Detta innebär att rättssäkerhetsargumentet ovan inte blir särskilt starkt om inte tillämparen anser sig bunden av förarbetsuttalanden utan kanske snarare ser dem som vägledande synpunkter.

Slutligen finns det, som Lehrberg påpekar, fall där inte heller en subjektiv metod kan ge någon ledning för hur tillämparen ska tolka en specifik regel.<sup>45</sup> Alla situationer som skulle kunna uppstå kan nämligen knappast hanteras i förarbetena hur välutrett och genomarbetat ett lagförslag än är.

### 3.3.3 Teleologisk tolkningsmetod

Vid en teleologisk tolkning är lagregelns ändamål utgångspunkten för tolkningen. Dessvärre avses med detta inte några klart uttryckta syften med en lag i exempelvis dess förarbeten, även om dessa kan ha betydelse. Istället är det vilket ändamål som uppfylls genom tillämpning av lagtextens ordalydelse i ”klara fall” som ska ge ledning för tolkningen i fall som inte är klara.<sup>46</sup>

När det gäller den teleologiska metoden i Sverige är det Ekelöf, professor i processrätt vid Uppsala universitet och författare till Rättegång I-V, som varit mest inflytelserik.<sup>47</sup> Ekelöf själv menar att fastställandet av en lagregels ändamål ”kan vara en svår uppgift, som man bör

---

<sup>40</sup> Peczenik 1980 s. 109.

<sup>41</sup> Zetterström 2012 s. 88.

<sup>42</sup> Lehrberg 2016 s. 246.

<sup>43</sup> Se Peczenik 1980 s. 114.

<sup>44</sup> Se Lehrberg 2016 s. 246.

<sup>45</sup> Lehrberg 2016 s. 246.

<sup>46</sup> Se Lehrberg 2016 s. 246-247, Peczenik 1980 s. 150 och s.158 samt Zetterström 2012 s. 88-89.

<sup>47</sup> Lehrberg 2016 s. 246.

lösa med försiktighet".<sup>48</sup> Han förklarar att effekten av en viss regel ska bedömas utifrån tillämparens egen livserfarenhet och därefter krävs en värdering av vilka effekter som är relevanta för fastställandet av ändamålet. Sedan är det möjligt att bedöma hur regeln ska tolkas i det aktuella fallet för att ändamålet ska uppnås.<sup>49</sup> Vid bestämmandet av ändamålet kan förarbetena vara vägledande,<sup>50</sup> men ändamålet kan visa sig vara ett annat än det syfte som framkommer av förarbetena.<sup>51</sup> Istället landar det på tillämparens goda omdöme att bestämma vilket ändamålet med en viss bestämmelse är.<sup>52</sup> Det som ska eftersträvas är att samma ändamål uppnås vid behandlingen av såväl klara som oklara fall.<sup>53</sup> Om bedömningen av en viss situation utifrån ändamålet med två olika lagregler skulle krocka med varandra, ska ändamålen vägas mot varandra vid tolkningen av hur det aktuella fallet ska behandlas.<sup>54</sup>

Peczenik menar att den svaga punkten i Ekelöfs teleologiska metod är att en lagregels ändamål är så svårt att fastställa.<sup>55</sup> Utgångspunkten för ändamålsbestämmandet är som sagt en lagregels effekt. Peczenik drar slutsatsen att Ekelöf med detta i vissa fall avser en påvisbar, verklig, effekt och i andra fall en antagen eller hypotetisk effekt av en viss bestämmelse. Emellertid är det endast vissa av dessa effekter som utgör ändamålet, medan andra effekter, utifrån tillämparens goda omdöme, ska bortses ifrån.<sup>56</sup> Det framstår därmed som att det finns utrymme att kritisera metoden för att den kan ge stort utrymme för en tillämpares godtycke vid tolkningen av rättsregler.

Lehrberg pekar dock på det positiva i att den teleologiska metoden kan fungera vägledande även i oreglerade fall genom att ändamål som framkommer av andra lagregler och rättskällor kan beaktas.<sup>57</sup> Han hävdar också att det är möjligt att det skapas ökad förutsebarhet och koherens när det finns en ändamålsmedvetenhet hos tillämparna.<sup>58</sup> En annan positiv aspekt av Ekelöfs teleologiska metod är enligt Peczenik att tillämparen ges frihet att ta hänsyn till andra faktorer i sin tolkning av fall som inte självklart faller in under ett visst stadgande. Samtidigt är tillämparen inte lika fri att ta motsvarande hänsyn när

---

<sup>48</sup> Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Rättegång Första häftet, åttonde upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002 [Ekelöf och Edelstam 2002] s. 85.

<sup>49</sup> Ekelöf och Edelstam 2002 s. 87.

<sup>50</sup> Ekelöf och Edelstam 2002 s. 90.

<sup>51</sup> Lehrberg 2016 s. 262.

<sup>52</sup> Ekelöf och Edelstam 2002 s. 89.

<sup>53</sup> Ekelöf och Edelstam 2002 s. 86.

<sup>54</sup> Ekelöf och Edelstam 2002 s. 88.

<sup>55</sup> Peczenik 1980 s. 160-161.

<sup>56</sup> Peczenik 1980 s. 162-163.

<sup>57</sup> Lehrberg 2016 s. 263.

<sup>58</sup> Lehrberg 2016 s. 247.



situationen tydligare faller in under stadgandet. På så vis kan en ”viktig kompromiss mellan »fri» och »bunden» tolkningsstil” åstadkommas.<sup>59</sup>

Mot bakgrund av att Ekelöfs rättegångsserie har en stark ställning som rättskälla inom processrätten, med hänsyn till att den ligger på doktrinnivå i rättskällevärdet, är det inte alltför vågat att dra slutsatsen att även den teleologiska metoden han förespråkar har fått en relativt stor inverkan på tolkningen av processrättsliga regler. Denna slutsats är inte orimlig även om de flesta aktiva jurister kanske inte medvetet skulle ge sig på en uttalat teleologisk tolkningsmetod enligt Ekelöfs modell när de stöter på ett svårbedömt fall. När det gäller straffrätt finns det dock anledning att vara försiktig eftersom de rättssäkerhetskrav som finns inom rättsområdet riskerar att inte uppfyllas om ändamålet ges alltför stor betydelse framför lagtextens ordalydelse.<sup>60</sup> Detta är intressant när det gäller topsningar i brottsutredningar, vilka utgör ett straffprocessuellt tvångsmedel, och alltså kan hänföras både till straffrätten och till processrätten. Det krävs således en avvägning mellan vilka ändamål som kan vara acceptabla att ta hänsyn till ur rättssäkerhetssynpunkt och vilka som inte är det.

### 3.3.4 Eklektisk tolkningsmetod

Enligt Peczenik är rättstillämpningen i praxis aldrig bunden till endast en tolkningsmetod utan rättstillämparen blandar de olika metoderna för att komma fram till den lösning som är ”riktig”.<sup>61</sup> Detta uttalande stämmer väl med den metod Lehrberg kallar eklektisk. Metoden accepterar inte en förhärskande tolkningsmetod utan tar hänsyn till alla tänkbara argument och använder de som är starkast i det enskilda fallet.<sup>62</sup> Lehrberg menar att den eklektiska metoden tillsammans med den teleologiska är den som är starkast i Sverige idag. Han påtalar emellertid att även den eklektiska metoden kan vara teleologisk om tillämparen istället för att använda sitt eget tyckande väljer att använda ändamålet i valet mellan olika argument.<sup>63</sup>

I och med att den eklektiska metoden till viss del kan sägas utgöra en blandning av de tidigare berörda metodernas argument kan samma fördelar och nackdelar aktualiseras beroende på vilka argument som väljs ut i det enskilda fallet. Metoden är dock inte bunden till endast de argument som följer av de andra metoderna utan kan även ta hänsyn till helt andra typer av argument. Av den anledningen kan begränsningen sägas ligga hos tillämparen eftersom det är denne som får bedöma vilka argument som är relevanta och hur dessa ska viktas mot varandra.

---

<sup>59</sup> Peczenik 1980 s. 160, jfr s. 67.

<sup>60</sup> Se Peczenik 1980 s. 163.

<sup>61</sup> Peczenik 1980 s. 66.

<sup>62</sup> Lehrberg 2016 s. 247.

<sup>63</sup> Lehrberg 2016 s. 247-248.

Med den eklektiska metoden finns det därför en risk att rättssäkerheten påverkas eftersom valet av argument inte är reglerat. Som Lehrberg uttrycker det så ”öppnar den upp för personliga värderingar, såsom politiska och religiösa åsikter, vid valet av vilka argument som anses väga tyngst i olika sammanhang”.<sup>64</sup> Om rättssäkerhetsargument används och betraktas som starka vid tolkningen kan detta medföra att något rättssäkerhetsproblem inte uppstår eftersom rättssäkerheten då beaktats inom ramen för tolkningen. Särskilt inom ett område som tillhör straffprocessrätten framstår det som önskvärt att rättssäkerhetsargument ges stor tyngd. Det innebär att rättssäkerhetsanalysen till viss del kan sägas integreras i den eklektiska metoden.

### ***3.4 Tillämpningstekniker – verktyg för tillämparen***

När en lagregel har tolkats finns det vissa allmänt accepterade sätt att tillämpa reglerna för att resultatet ska stämma överens med tolkningen. Dessa tillämpningstekniker kan beskrivas som olika möjliga verktyg som leder till att regler kan tillämpas på olika sätt. Här ska några av dessa tillämpningstekniker behandlas kort.

#### **3.4.1 Extensiv tillämpning**

En regel kan till att börja med tillämpas extensivt, vilket innebär att regeln tillämpas (huvudsakligen) inom sin ordalydelse men vidare än vad ordalydelsen nödvändigtvis medger. Det kan till exempel vara när ett rekvisit självklart omfattar vissa fall, men inte lika säkert omfattar andra fall. Kommer tillämparen fram till att dessa andra fall också ska omfattas av rekvisitet kan regeln tillämpas extensivt på dessa fall.<sup>65</sup> Tekniken kan alltså sägas innebära att ord tolkas extensivt och därmed tillåter en mer vidsträckt tillämpning av den aktuella regeln.

Generellt sett bör försiktighet iakttas inom straffrätten när det gäller att tillämpa en regel extensivt på grund av de rättssäkerhetsskäl som behandlats i föregående kapitel. Samma sak gäller när tvångsåtgärder ska riktas mot enskilda.<sup>66</sup>

#### **3.4.2 Analog tillämpning**

En analog tillämpning går längre än en extensiv tillämpning, som ju håller sig inom den aktuella regelns ordalydelse, om än generöst tolkad.<sup>67</sup> En analog tillämpning innebär nämligen att regeln används som stöd för en rättstillämpning i enlighet med regeln i situationer som faller utanför den.<sup>68</sup> En analogi kan alltså vara aktuell när en viss situation

---

<sup>64</sup> Lehrberg 2016 s. 251.

<sup>65</sup> Se Lehrberg 2016 s. 142-143 och Peczenik 1980 s. 75.

<sup>66</sup> Zetterström 2012 s. 91.

<sup>67</sup> Peczenik 1980 s. 80.

<sup>68</sup> Se Lehrberg 2016 s. 144 och Peczenik 1980 s. 75.

inte är uttryckligen reglerad. Tillämparen kan då använda reglerna för en annan situation för att lösa den aktuella situationen.<sup>69</sup>

Inom straffrätten är möjligheterna att använda sig av analogier vid tillämpningen än mindre än möjligheten att tillämpa regler extensivt.<sup>70</sup> Zetterström förklarar detta med de starka rättssäkerhetshänsyn som finns inom straffrätten.<sup>71</sup>

### 3.4.3 Restriktiv tillämpning

Restriktiv tillämpning kan sägas vara motsatsen till en extensiv tillämpning. Istället för att tolka det aktuella ordet extensivt tolkas det restriktivt vilket leder till att regeln inte kan tillämpas utanför sin självklara ordalydelse.<sup>72</sup> Inom straffrättens område är alltså vanligen en restriktiv tolkning lämpligare än en extensiv.<sup>73</sup>

### 3.4.4 Tillämpning e contrario

Istället för att en regels rättsföljd tillämpas på ett fall utanför dess ordalydelse såsom är fallet vid en analog tillämpning, innebär en tillämpning e contrario att regelns ordalydelse tas till intäkt för att den aktuella rättsföljden inte ska inträda.<sup>74</sup> Även vid tillämpning e contrario gäller att försiktighet ska iakttas, detta eftersom slutsatsen att en viss rättsföljd inte ska inträda då en aktuell situation inte omfattas av en regel kräver stor kunskap om vad regeln avser.<sup>75</sup> Ibland bör slutsatsen kanske stanna vid att regeln inte bör tillämpas analogt, vilket inte behöver innebära att regeln istället ska tillämpas e contrario utan kan innebära att regeln helt enkelt inte tillämpas alls. Både Peczenik och Zetterström anser dock att även slutsatsen att regeln inte ska tillämpas i ett visst fall är ett motsatsslut.<sup>76</sup>

Vid bedömningen av om en regel ska tillämpas analogt eller e contrario gäller inom straffrätten att en e contrario-tillämpning är att föredra. Detta är dock inte en absolut regel utan exempelvis rättssäkerhetshänsyn kan medföra att en e contrario-tillämpning inte bör göras i vissa fall.<sup>77</sup>

## 3.5 Sammanfattning och synpunkter

Utöver de grundläggande regler för tillämpningen av rättsreglerna som följer av rättskällevärdet finns det också andra utgångspunkter och verktyg som är accepterade vid förståelsen för

---

<sup>69</sup> Zetterström 2012 s. 90.

<sup>70</sup> Se Peczenik 1980 s. 81 och Zetterström 2012 s. 90.

<sup>71</sup> Zetterström 2012 s. 90-91.

<sup>72</sup> Se Lehrberg 2016 s. 142-143 och Peczenik 1980 s. 74.

<sup>73</sup> Zetterström 2012 s. 91.

<sup>74</sup> Lehrberg 2016 s. 143 och Zetterström 2012 s. 91.

<sup>75</sup> Zetterström 2012 s. 91.

<sup>76</sup> Se Peczenik 1980 s. 85-86 och Zetterström 2012 s. 91.

<sup>77</sup> Peczenik 1980 s. 86-87 och 89.

och tillämpningen av rättsreglerna. Vissa av dessa kan kombineras med varandra och andra är oförenliga beroende på den aktuella situationen.

Det kan också konstateras att de olika tolkningsmetoderna antingen kan hållas strikt åtskilda eller vägas samman. Oavsett om den sammanvägda varianten kallas eklektisk eller inte, är det självklart att den används i stor utsträckning inom rättsväsendet. Detta eftersom två stridande parter många gånger gör helt olika tolkningar av en regel med stöd i olika metoder och därmed argument, medan domstolen har att väga samman allt och döma på ett så tillfredsställande sätt som möjligt utifrån alla aspekter. Det är därför rimligt att anta att domstolarna sällan strikt håller sig till en tolkningsmetod och bortser från de andra, vilket också stöds av Peczeniks uttalande om att rättstillämpningen aldrig är bunden till endast en tolkningsmetod.<sup>78</sup> Även om en domstol troligen skulle använda argument som har sin grund i alla tolkningsmetoder är det ändå intressant att undersöka och diskutera vilka resultat varje enskild metod kan leda till och hur dessa skiljer sig åt. Detta eftersom alla metoder är accepterade, vilket medför rättssäkerhetsproblem om de leder till olika resultat.

Olika typer av rättssäkerhetshänsyn behöver tas vid valet av både tolkningsmetod och tillämpningsteknik, särskilt inom straffrätten. Som påpekats ovan bör stor försiktighet iakttas inom straffrätten så fort tillämparen överväger att gå utanför en regels ordalydelse. Varken analogier eller extensiva tillämpningar bör göras utom i undantagsfall. Vid en bedömning i ett visst fall kan det då tyckas lämpligt att tillämparen frågar sig vad som ligger bakom detta krav på försiktighet. I ett fall där rättssäkerhetsskäl talar för att en analogi bör göras med en regel som är till för att skydda enskilda från godtycklig maktutövning, kan det tyckas olämpligt att hänvisa till att man generellt sett ska vara försiktig med analogier inom straffrätten eftersom det är just rättssäkerhetsskäl som är anledningen till försiktigheten. Det sagda medför att det även går att dra slutsatsen att analogier och extensiva tolkningar knappast kan vara helt otänkbara i alla fall som går att koppla till straffrättens område. Ibland kanske de till och med kan vara att föredra just på grund av rättssäkerhetsskäl.

---

<sup>78</sup> Se Peczenik 1980 s. 66.

## 4 Regeringsformen – skyddets omfattning

### 4.1 Inledning

När topsningar sker i brottsutredningar aktualiseras bland annat RF 2:6. Paragrafens första mening skyddar alla som befinner sig inom Sveriges gränser från andra påtvingade kroppsliga ingrepp från det allmänna än till exempel dödsstraff och tortyr. I andra meningen utsträcks skyddet till att också omfatta bland annat ”kroppsvsitation, husrannsakan och liknande intrång”. Här nämns inte att skyddet endast omfattar påtvingade intrång. Vid bestämmandet av vad som skyddas av RF 2:6 måste paragrafen och dess rekvisit tolkas, vilket i detta kapitel ska göras utifrån de olika tolkningsmetoderna.

### 4.2 Ordalydelsen av RF 2:6 – en objektiv tolkning

Den objektiva metoden kräver att paragrafens ordalydelse läggs till grund för tolkningen. Första stycket i RF 2:6 har följande lydelse.

*Var och en är gentemot det allmänna skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp även i andra fall än som avses i 4 och 5 §§. Var och en är dessutom skyddad mot kroppsvsitation, husrannsakan och liknande intrång samt mot undersökning av brev eller annan förtrolig försändelse och mot hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal eller annat förtroligt meddelande.*

Såväl den första som den andra meningen inleds med rekvisitet ”var och en”. Detta måste innebära ”alla” och det finns ingen öppning för att tolka det på något annat sätt.

#### 4.2.1 Första meningen

Nästa rekvisit i första meningen i RF 2:6, ”det allmänna”, som behandlar vem ”alla” är skyddad gentemot, vållar inte heller några större tolkningsproblem i anknytning till topsningar, eftersom de brottsutredande myndigheterna självklart är en del av det allmänna.

Den sista delen av den första meningen behandlar vad skyddet avser, nämligen ”påtvingat kroppsligt ingrepp även i andra fall än som avses i 4 och 5 §§”. I vardagsspråket kan ordet ”påtvingat” tolkas både i snäv och vid bemärkelse. Dels kan ordet förstås som att det krävs ett faktiskt tvång till exempel våld eller hot om våld och dels som att något är påtvingat redan när någon upplever en känsla av att behöva göra något som hen inte vill.

När det gäller rekvisitet ”kroppsligt ingrepp” så är det specificerat på så sätt att det inte avser vissa typer av kroppsliga ingrepp som istället skyddas av RF 2:4 och RF 2:5. Dessa är dödsstraff, kroppsstraff, tortyr och ”medicinsk påverkan i syfte att framtvunga eller hindra yttranden”. Topsning för att kunna göra en DNA-analys kan svårigen anses utgöra något av dessa kroppsliga ingrepp, utan måste, om det ska anses vara ett kroppsligt ingrepp, istället falla in under skyddet i RF 2:6.

#### 4.2.1.1 Rekvisitet ”påtvingat”

Någon legaldefinition av hur ordet ”påtvingat” ska förstås står inte att finna i RF. Svenska Akademiens ordbok (SAOB) definierar ordet ”påtvinga” i bemärkelsen ”ngt sakligt som tvingas på ngn” såhär, ”medelst tvång förmå (ngn) att ta emot l. köpa l. använda l. acceptera l. erkänna l. underkasta sig l. rätta sig efter (ngt) o. d., tvinga (ngn) att ta emot (ngt) osv.”.<sup>79</sup> Nationalencyklopedin (NE) definierar ”påtvinga” enligt följande, ”tvinga (ngn) att ta emot eller acceptera något”.<sup>80</sup> Ingen av definitionerna kan sägas vara speciellt upplysande eftersom att ”tvång” och ”tvinga” inte är närmare definierade. Det är därför av betydelse att även undersöka hur dessa ord definieras.

NE definierar ”tvinga” som att ”utnyttja sin fysiska styrka eller maktställning till att förmå (ngn att) mot sin vilja handla på visst sätt; genom våld, hot e.d.”.<sup>81</sup> Ordet ”tvång” definieras på ett liknande sätt, nämligen som ”utnyttjande av fysisk styrka eller maktställning för att förmå (ngn) till visst önskvärt handlande”.<sup>82</sup> I SAOB finns definitionen ”med fysisk styrka l. maktmedel l. hot o. d. förmå (ngn (till ngt l. att göra ngt))” av ordet ”tvinga”,<sup>83</sup> medan ordet ”tvång” definieras som ”förhållandet l. tillståndet att ngn tvingas (till ngt)”.<sup>84</sup>

Definitionerna visar att den lexikaliska betydelsen av ordet ”påtvinga” omfattar inte bara ingrepp som sker till följd av fysiskt tvång utan även sådana ingrepp som möjliggörs av maktförhållandet mellan den som blir utsatt och den som utsätter. Det innebär att det ligger närmare till hands att tolka något som ”påtvingat” redan när en känsla av ovilja finns hos den som accepterar det än att hävda att en faktiskt tvingande våldshandling krävs. Anledningen till det är att ett maktförhållande sällan är fysiskt påvisbart utan är något som upplevs mellan exempelvis två individer. Att en person som är anställd vid en brottsutredande myndighet i de allra flesta fall befinner sig i en maktställning gentemot en person som ska topsas kan det knappast råda någon tveksamhet om. Mot den bakgrunden kan det ifrågasättas om inte topsningar för DNA-analys alltid är att anse som påtvingade i någon bemärkelse.

Det kan alltså konstateras att den lexikaliska tolkningen leder till att det finns skäl att se en åtgärd såsom topsning som påtvingat så fort en enskild samtycker till den mot bakgrund av en rädsla för repressalier i någon form om hen säger nej. Detta kan dock motsägas av att en åtgärd som är påtvingat kan ses som motsatsen till en åtgärd som är frivillig, vilket ett samtycke tyder på att den är. Om då även åtgärder som vidtas med samtycke från den som

<sup>79</sup> SAOB [[https://www.saob.se/artikel/?seek=påtvinga&pz=1#U\\_P2837\\_163519](https://www.saob.se/artikel/?seek=påtvinga&pz=1#U_P2837_163519)] 2017-10-25.

<sup>80</sup> *Nationalencyklopedin*, påtvinga. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se> (hämtad 2017-10-25).

<sup>81</sup> *Nationalencyklopedin*, tvinga. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se> (hämtad 2017-10-25).

<sup>82</sup> *Nationalencyklopedin*, tvång. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se> (hämtad 2017-10-25).

<sup>83</sup> SAOB [[https://www.saob.se/artikel/?unik=T\\_3235-0152.OS3L&pz=3](https://www.saob.se/artikel/?unik=T_3235-0152.OS3L&pz=3)] 2017-10-26.

<sup>84</sup> SAOB [<https://www.saob.se/artikel/?seek=tvång&pz=1>] 2017-10-26.

utsätts anses vara påtvingade skulle rättssystemet kunna anklagas för att underkänna enskildas rätt till självbestämmande. Den typen av motargument kan dock inte rimligen accepteras vid en strikt bokstavstolkning eftersom en sådan tolkning endast bygger på ett lagbuds språkliga betydelse och inte effekten av tillämpningen. Den kontextuella tolkningen godkänner visserligen att hänsyn tas till en regels kontext, men inte till dess effekter.

En bokstavstolkningsregel som Peczenik tar upp är följande. ”Ord och uttryck vilka förekommer i lagen får inte tolkas i strid mot det ordinarie språkbruket med mindre än att man har klara skäl för en sådan tolkning.”<sup>85</sup> Det innebär att även om den kontextuella tolkningen ska väga tyngre än en lexikalisk,<sup>86</sup> bör tillämparen vara försiktig med att bortse från ett ords lexikaliska betydelse endast på grund av att denna är vid. Detta då den lexikaliska betydelsen rimligen ligger närmare det ordinarie språkbruket i den mån den fastställts med hjälp av ordböcker och lexikon snarare än med hjälp av legaldefinitioner.

Mot bakgrund av det som nu sagts kan det konstateras att det är svårt att komma närmare en tydlig definition av vad som kan vara påtvingat med en kontextuell tolkning än vad den lexikaliska leder till. Det finns därför skäl att hävda att samtyckta topsningar kan vara påtvingade med hänsyn till den maktrelation som finns mellan enskilda och de brottsutredande myndigheterna. Som alltid inom juridiken är det dock svårt att uttala sig generellt och det skulle i ett enskilt fall kunna finnas omständigheter som gör att maktrelationen ser annorlunda ut och därför inte leder fram till slutsatsen att en topsning i det enskilda fallet skulle kunna anses vara påtvingad. Det kan därför sägas att en generell slutsats om huruvida samtyckta topsningar är påtvingade inte kan dras endast utifrån en bokstavstolkning av RF 2:6. Däremot går det att dra slutsatsen att de kan vara det. Det är därför inte orimligt att en objektiv tolkning kan leda till att RF 2:6 tillämpas extensivt.

#### 4.2.1.2 *Rekvisitet ”kroppsligt ingrepp”*

Precis som när det gäller rekvisitet ”påtvingat”, saknar RF en legaldefinition av rekvisitet ”kroppsligt ingrepp”. Vidare innehåller varken SAOB eller NE någon definition av begreppet. En rent lexikalisk tolkning av begreppet som enhet låter sig därför svårligen göras, utan det måste delas upp för att undersökas närmare.

Ett ”ingrepp” är enligt NE en ”(kraftfull) åtgärd som leder till märkbar förändring vanl. konkret”.<sup>87</sup> Enligt SAOB kan ”ingrepp” förstås som en ”handling l. värksamhet [*sic!*] varigen ngn kränker (l. på obehörigt sätt beskär) allmänna l. enskilda rättigheter, någons frihet o. d.:

<sup>85</sup> Peczenik 1980 s. 72.

<sup>86</sup> Se ovan under avsnitt 3.3.1 Objektiv tolkningsmetod och Peczenik 1980 s. 72.

<sup>87</sup> *Nationalencyklopedin*, ingrepp. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se> (hämtad 2017-10-26).

intrång”.<sup>88</sup> Ordet ”kroppslig” definieras i SAOB som ”motsv. kropp, [...] som tillhör l. har avseende på l. sammanhänger med kroppen; nästan bl. i fråga om människa; ofta i uttrycklig motsättning till det andliga l. själsliga hos människan”,<sup>89</sup> medan NE har definitionen ”som utgår från eller inriktas på (människans) kropp vanl. i mots. till själen”.<sup>90</sup>

Med en tolkning baserad på SAOB:s definition av begreppet innebär en topsning för DNA-analys rimligen ett kroppsligt ingrepp eftersom en tops förs in i munnen på en person. Med NE:s definition krävs dessutom att åtgärden leder till en märkbar förändring, vilket knappast är fallet med en topsning. Själva DNA-analysen sker efter att det rent faktiska intrånget i kroppen har gjorts, men skulle i och för sig också kunna betecknas som ett kroppsligt ingrepp med hänsyn till att det är material från kroppen som hanteras vid analysen. Detta kroppsliga material utsätts för en märkbar förändring genom analysen, men att för den skull tolka topsning för DNA-analys som en märkbar förändring är väldigt långtgående. En så långtgående tolkning är väldigt tveksam mot bakgrund av att en objektiv tolkning av lagtextens ordalydelse inte ska vara utfyllande eller korrigerande.<sup>91</sup>

Det bör noteras att SAOB:s definition av ingrepp publicerades år 1933, vilket innebär att språket och därmed betydelsen kan ha utvecklats sedan definitionen gjordes. Att ett kroppsligt ingrepp är en handling som kränker någons rätt till sin kropp, eller kroppsliga integritet med ett modernare uttryck, framstår dock inte som en förlegad tolkning av begreppet. Frågan om vilken definition som bör användas är därför inte lätt att besvara, och någon direkt ledning för valet finns inte vid en strikt lexikalisk tolkning.

Vid en kontextuell tolkning av en regels ordalydelse kan hänsyn tas till det ordinarie språkbruket.<sup>92</sup> Att hävda att en handling inte kan utgöra ett ingrepp om den inte leder till en märkbar förändring framstår då som mindre välgrundat eftersom det är en påtaglig inskränkning av ordet jämfört med den definition som finns i SAOB. En sådan inskränkning bör inte accepteras rakt av när det finns en annan definition som inte innehåller en motsvarande inskränkning.

I detta läge måste dock beaktas att den juridiska kontexten kan kräva en något mer återhållsam tolkning av ord och begrepp än en strikt lexikalisk tolkning. För att bortse från det ordinarie språkbruket ska det dock finnas ”klara skäl”.<sup>93</sup> När det gäller enskildas rättigheter torde det snarare finnas skäl att inte göra en inskränkande tolkning än att välja den

---

<sup>88</sup> SAOB [<https://www.saob.se/artikel/?seek=ingrepp&pz=1>] 2017-10-26.

<sup>89</sup> SAOB [<https://www.saob.se/artikel/?seek=kroppslig&pz=1>] 2017-10-26.

<sup>90</sup> *Nationalencyklopedin*, kroppslig. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se> (hämtad 2017-10-26).

<sup>91</sup> Se ovan avsnitt 3.3.1 Objektiv metod samt Peczenik 1980 s. 69.

<sup>92</sup> Se Peczenik 1980 s. 69 och 72.

<sup>93</sup> Se Peczenik 1980 s. 72.



snävaste tolkningen av ett ord som kan hittas. Detta är dock ett ändamålsargument som är problematiskt att använda vid en strikt objektiv tolkning av lagtextens ordalydelse.

Möjligen skulle ledning kunna fås i att RF 2:6 hänvisar till andra ingrepp än de som enskilda skyddas mot genom RF 2:4 och RF 2:5. Dessa båda senare paragrafer avser betydligt grövre kroppsliga ingrepp än vad topsningar för DNA-analys utgör. Det skulle kunna tala för att en tolkning som ligger närmare NE:s definition är mer rimlig än en tolkning som är vidare. Detta måste dock vägas mot att skyddet i RF 2:6 kan begränsas genom lag enligt RF 2:20 st. 1 p. 2, medan skyddet i RF 2:4 och RF 2:5 inte kan begränsas utan är absolut eftersom dessa paragrafer inte finns med i RF 2:20. Att skyddet i RF 2:6 alltså kan begränsas genom lag till skillnad från vad som gäller för RF 2:4 och RF 2:5 talar för att tolkningen av RF 2:6 bör vara generösare. Det talar alltså snarare för att en tolkning som ligger närmare den definition som fås av SAOB är mer rimlig än en snävare tolkning.

Att de kroppsliga ingrepp som enskilda skyddas mot genom RF 2:6 ska vara påtvingade kan också påverka tolkningen av begreppet ”kroppsligt ingrepp”. Dels kan det argumenteras för att det bör leda till en mer restriktiv tolkning eftersom rekvisitet ”påtvingat” i sig är kvalificerande i förhållande till rekvisitet ”kroppsligt ingrepp”. Dels kan det argumenteras för att rekvisitet ”påtvingat” tvärtom bör leda till att ”kroppsligt ingrepp” tolkas mer generöst eftersom det ändå begränsas genom att det bara avser påtvingade ingrepp. Rent språkligt finns det inte större stöd vare sig den ena eller den andra av dessa tolkningar vilket återigen innebär att den objektiva ordalydelse-tolkningen lämnar tillämparen utan svar.

Slutsatsen måste därför bli att det inte går att säkert bestämma huruvida topsningar för DNA-analys kan vara kroppsliga ingrepp i RF 2:6 mening. Den objektiva tolkningsmetoden erbjuder nämligen inga regler för de fall ett ord kan ges olika betydelser utan då måste tillämparen använda sig av andra tolkningsmetoder.<sup>94</sup> Ordalydelsen lämnar dock öppet för att topsningar kan vara kroppsliga ingrepp och därmed omfattas av skyddet.

#### *4.2.1.3 Typfall och rättssäkerhet*

Man kan tänka sig olika typfall av hur det går till när förslaget om topsning läggs fram och när samtycket ges. Hjertstedt beskriver till exempel tre typfall av kroppsrensningar med samtycke. I de två första fallen kommer initiativet från de brottsutredande myndigheterna och det som skiljer fallen åt är hur den enskilde nås av frågan. I det ena fallet sker det vid ett möte och i det andra fallet sker det till exempel via brev. Vid det tredje fallet är det istället den

---

<sup>94</sup> Jfr Peczenik 1980 s. 73.

enskilde själv som tar initiativet och som är aktiv i utförandet av åtgärden.<sup>95</sup> Härutöver finns det fler tänkbara typfall, exempelvis kan initiativet komma från de brottsutredande myndigheterna men den faktiska grunden till att åtgärden vidtas är den enskildes aktivitet. I det här sammanhanget kommer initiativet och aktiviteten från den enskilde användas som grund för typfallen. Det första typfallet är att initiativet kommer från de brottsutredande myndigheterna och kommer att benämnas *förfrågandefallet*. Det andra är att initiativet kommer från den enskilde själv och det kommer att benämnas *initiativfallet*. Det tredje och sista typfallet är att initiativet visserligen kommer från de brottsutredande myndigheterna men det är den enskilde som aktivt begär att topsningen görs, vilket kommer att benämnas *begärandefallet*.

Slutsatsen av det som redogjorts för gällande rekvisitet ”påtvingat” är att förfrågandefallet bör ses som påtvingat eftersom initiativet kommer från de brottsutredande myndigheterna. Det är nämligen troligt att maktförhållandet mellan den enskilde och de brottsutredande myndigheterna verkar på så sätt att frivilligheten kan ifrågasättas även när den enskilde accepterar att topsas. Detta eftersom det i dessa fall är stor risk att det är maktförhållandet som förmått den enskilde att samtycka. Om frivilligheten alltså har sin grund i maktförhållandet kan den lexikaliska tolkningen innebära att det är påtvingat trots samtycket. Hjertstedts slutsats är också att topsningar av (potentiellt) misstänkta inte bör ske med stöd av samtycke i sådana fall eftersom han menar att samtycket inte kan ges rättsverkan i dessa fall. Däremot menar han att samtycket i det andra typfallet, där initiativet kommer från den enskilde själv, bör ges rättsverkan.<sup>96</sup>

Det finns dock anledning att ifrågasätta om inte maktförhållandet mellan de brottsutredande myndigheterna och den enskilde, åtminstone till viss del, kan spela in även i de fall där den som ska topsas själv tar initiativet till det. Frågan är befogad eftersom det rimligen inte är den enskilde själv, i egenskap av potentiellt misstänkt, som har ett intresse av topsningen annat än för att fria sig själv från misstankar. Viljan att fria sig själv från misstankar kan också ha sin grund i den maktställning som de brottsutredande myndigheterna har gentemot personer som är, eller kan bli, misstänkta för brott. Således är det inte helt omöjligt att även initiativfallet åtminstone potentiellt skulle kunna vara påtvingat. En sådan tolkning framstår dock som tveksam eftersom det är svårt att se hur ordet påtvingat kan omfatta fall där frivilligheten är så stor att den som ska topsas själv väcker frågan. Det leder till en filosofisk fråga om vad som utgör den fria viljan och om en maktstruktur kan göra att

---

<sup>95</sup> Hjertstedt, Mattias, Samtyckets betydelse vid polisiära åtgärder som motsvarar kroppsvisitationer och kroppsbesiktningar Del I: Samtyckesgärning och rättsliga hinder, Juridisk tidskrift nr 3 2016/17, s. 653-673 [Hjertstedt 2016/17 Del I] s. 656-657.

<sup>96</sup> Hjertstedt 2016/17 Del II s. 904.

även till synes fullt frivilliga topsningar kan vara påtvingade. Det medför att någon säker slutsats om huruvida detta fall bör omfattas av skyddet mot påtvingade ingrepp i RF 2:6 inte kan dras utifrån endast dess ordalydelse.

Om det är viljan att bevisa sin oskuld som är grunden för ett samtycke från en enskild kan det dessutom ifrågasättas om ett sådant samtycke kan godkännas med hänsyn till rättssäkerhetsaspekten. Detta eftersom oskuldpresumtionen medför att det är det allmänna som ska bevisa skuld och inte enskilda som ska bevisa oskuld. Mot detta kan anföras att varje gång en potentiellt misstänkt enskild till exempel presenterar ett alibi är det också ett sätt att bevisa sin oskuld. Det är dock inte rimligt att likställa tvångsmedelsanvändning för att bevisa sin oskuld med att lämna uppgifter som visar att man inte kan ha begått ett brott. Detta innebär att rättssäkerhetskraven inom straffprocessrätten kan medföra att en topsning med samtycke även i initiativfallet kan vara oacceptabel om grunden till den enskildes initiativ strider mot oskuldpresumtionen.

Argument som liknar de vid initiativfallet kan göras gällande även vid begärandefallet eftersom det i mycket liknar detta fall, men här kan även paralleller dras till förfrågandefallet där initiativet, liksom vid begärandefallet, kommer från de brottsutredande myndigheterna. Därför kan ingen säker slutsats heller dras om hur begärandefallet förhåller sig till skyddet i RF 2:6. Det bör dock påpekas att när initiativet inte kommer från den enskilde kan det inte helt bortses från att (den upplevda) risken att utsättas för repressalier om man inte accepterar en topsning troligen påverkar den enskilde även i ett fall där denne själv begär att få topsas efter att frågan väckts av de brottsutredande myndigheterna. Så fort den enskilde ser en sådan risk kan det sägas att de brottsutredande myndigheterna, medvetet eller omedvetet, utnyttjat sin maktställning i förhållande till den enskilde. Det medför att det även vid begärandefallet finns argument som talar för att det kan anses vara påtvingat. Om det inte anses som påtvingat kan istället rättssäkerhetskraven medföra att en ordalydelsetolkning inte bör göras.

#### **4.2.2 Andra meningen**

I den andra meningen i RF 2:6 är det framför allt dess första del som är av intresse. Dess andra del innehåller skydd mot intrång i olika typer av kommunikation mellan individer, vilket snabbt kan konstateras inte omfatta topsningar för DNA-analys.

Vem skyddet gäller gentemot framgår inte uttryckligen av meningen, men eftersom ordet ”dessutom” används är det rimligt att tolka det som att det även här är ”gentemot det allmänna” som ”alla” är skyddade. Det som skyddet avser här är ”kroppsvsitation, husrannsakan och liknande intrång samt [...]”. Det finns två möjliga sätt att förstå

ordalydelsen. För det första kan ”liknande intrång” förstås som att det syftar tillbaka på både kroppsvisitation och husrannsakan, vilket kräver att betydelsen av båda dessa intrång undersöks för att det ska kunna avgöras vilka intrång som kan vara liknande. För det andra kan ”liknande intrång” förstås som att det endast syftar tillbaka på husrannsakan eftersom meningen sedan fortsätter med skyddet mot kommunikation mellan individer efter ordet ”samt”. Förstås syftningen på detta senare sätt medför det att begreppet endast avser intrång som liknar husrannsakan.

När det gäller ordet ”kroppsvisitation” finns det en legaldefinition i RB 28:11 st. 3 som säger att det är ”en undersökning av kläder och annat som någon bär på sig samt av väskor, paket och andra föremål som någon har med sig”. För ordet husrannsakan däremot finns det inte någon legaldefinition utan här får den lexikaliska meningen istället sökas i ordböcker. Juridikens termer definierar husrannsakan som ”polismyndighets undersökning av enskild persons hus el. transportmedel för att t.ex. efterspana för brott misstänkt person el. söka efter föremål som är underkastat beslag”.<sup>97</sup> Definitionen i NE är liknande, nämligen ”(polismyndighets) genomsökning av hem eller annan privat lokal där ngn / ngt med anknytning till visst brott antas befinna sig”.<sup>98</sup>

Definitionerna visar att varken kroppsvisitation eller husrannsakan är en undersökning av människokroppen utan till exempel av någons bostad eller kläder. Vid en rent lexikalisk tolkning av begreppet ”liknande intrång” kan det därför vara främmande att topsning för DNA-analys skulle kunna omfattas av begreppet, oavsett om det förstås syfta endast på husrannsakan eller även på kroppsvisitation.

Vid en mer kontextuell tolkning är det dock inte omöjligt att komma till slutsatsen att topsning skulle kunna vara ett ”liknande intrång”. Topsning för DNA-analys är nämligen en kroppsbesiktning enligt legaldefinitionen i RB 28:12 st. 3. Eftersom 28 kap. i RB har rubriken ”Om husrannsakan samt kroppsvisitation och kroppsbesiktning” finns det skäl att hävda att dessa tre typer av ingrepp i den enskildes privata sfär, på grund av lagens systematik, är liknande. Det kan därför argumenteras för att en kontextuell tolkning av ordalydelsen i andra meningen i RF 2:6 ger vid handen att kroppsbesiktningar, och därmed topsningar, bör omfattas av begreppet ”liknande intrång” om det syftar på både kroppsvisitation och husrannsakan. Om begreppet istället förstås syfta endast på husrannsakan tyder

---

<sup>97</sup> Bergström, Sture, Håstad, Torgny, Lindblom, Per Henrik, Rylander, Staffan, Juridikens termer, åttonde upplagan, Almqvist & Wiksell Förlag/Liber AB, Stockholm, 1992 s. 74.

<sup>98</sup> *Nationalencyklopedin*, husrannsakan. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se> (hämtad 2017-10-28).

det på att topsningar inte ska omfattas eftersom lagens systematik inte gör sig gällande på samma sätt om inte även kroppsvisitation innefattas.

Mot detta kan anföras att legaldefinitionen i RB 28:12 st. 3 säger att kroppsbesiktning är ”undersökning av människokroppens yttre och inre samt att prov tas från människokroppen och undersöks”. Den definitionen stämmer bättre överens med vad som sagts ovan om ”kroppsligt ingrepp” i första meningen i RF 2:6. Enligt Peczenik finns följande bokstavstolkningsregel. ”Om olika ord respektive uttryck används i olika delar av samma lag, bör man anta att de betecknar olika situationer, om ej klara skäl finns för att anta motsatsen.”<sup>99</sup> Denna regel medför att, om kroppsbesiktningar omfattas av första meningen, så bör de inte omfattas av andra meningen också om det inte finns skäl för det. Kroppsbesiktningar bör därför i första hand omfattas av skyddet i första meningen. Frågan blir då om det helt utesluter att kroppsbesiktningar också kan omfattas av den andra meningen.

Eftersom rekvisitet här är ”liknande intrång” lämnas det öppet för tillämparen att i det enskilda fallet bedöma om situationen är sådan att intrånget är liknande eller inte. Att utifrån enbart ordalydelsen ta ställning till frågan närmare än vad som gjorts ovan låter sig svårligen göras eftersom andra typer av argument i så fall krävs. De bokstavstolkningsregler som finns ger ingen ytterligare ledning för tolkningen av vilka intrång som kan vara liknande och vilka som inte kan vara det.

#### **4.2.3 Sammanfattning av ordalydelsetolkningen av RF 2:6**

Den slutsats som kan dras är att ordalydelsen inte hindrar att samtyckta topsningar, åtminstone i vissa fall, kan omfattas av skyddet i RF 2:6. Att ordet ”påtvingat” kan tolkas extensivt kan till och med tala för att bestämmelsen bör tillämpas extensivt.

Vid tolkningen av den första meningen finns det möjlighet att argumentera både för att alla typer av topsningar baserade på samtycke kan vara påtvingade och att samtyckta topsningar aldrig kan vara påtvingade eftersom samtyckt och påtvingat kan tyckas utgöra motsatsen till varandra. En stor del av bedömningen av vad som kan vara påtvingat faller tillbaka på bedömningen av vad som är *frivilligt* samtyckt vilket i sin tur leder till en filosofisk fråga om vad som är den fria viljan och om en maktstruktur kan leda till ett *ofrivilligt*, och därmed påtvingat, samtycke. Vid en tolkning som tar hänsyn till maktförhållandet bakom samtycket kan det finnas utrymme att argumentera för att samtycken kan vara påtvingade.

---

<sup>99</sup> Peczenik 1980 s. 71.

De rättssäkerhetskrav som finns vid en straffprocess talar för att en ordalydelsetolkning som innebär att RF 2:6 godkänner samtyckta topsningar i vissa fall inte kan accepteras. Detta eftersom rättssäkerheten placerar bevisbördan på det allmänna och inte på den enskilde. Detta är oförenligt med att enskilda samtycker till topsningar för att fria sig själva från misstankar och därmed bevisa sin oskuld.

När det gäller den andra meningen i RF 2:6 finns det argument både för och emot att topsningar omfattas av begreppet ”liknande intrång”. Dels kan det hävdas att begreppet endast syftar på husrannsakan vilket leder till slutsatsen att topsningar inte är ett liknande intrång. Dels kan det hävdas att begreppet syftar på både kroppsvisitation och husrannsakan vilket leder till att lagens systematik kan medföra att kroppsbesiktningar bör omfattas.

Det kan konstateras att en ren bokstavstolkning av RF 2:6 är svår att göra eftersom andra typer av argument än rent språkliga kan vara nödvändiga för att komma till en slutsats om hur det förhåller sig i ett specifikt fall. Exempelvis kräver en tillämpning av ordet ”påtvingat” att tillämparen gör sig en bild av maktförhållandet mellan den som är utsatt och den som utsätter, vilket leder till att en typ av upplevelsebaserat argument används snarare än strikt språkliga argument. I de fall det finns ett maktförhållande som kan påverka så öppnar det för en extensiv tillämpning.

Den som vill argumentera för att samtyckta topsningar överhuvudtaget inte omfattas av RF 2:6 ställs inför problemet att den objektiva metoden inte ger någon direkt ledning för vad det innebär när något inte omfattas av ordalydelsen av en regel. Ett alternativ är att argumentera för en e contrario-tillämpning och hävda att om samtyckta topsningar inte faller inom RF 2:6 så finns det heller inget skydd mot dem. Det är dock svårt att påvisa att en sådan tillämpning följer av ordalydelsen i RF 2:6 som ju i så fall snarare bör tolkas som att ett eventuellt skydd inte följer av den regeln men likväl kan finnas med stöd någon annanstans ifrån. Stöd för slutsatsen att samtyckta topsningar inte är skyddade kan fås av principen att ”[a]llt som inte är av lagen förbjudet bör tillåtas av domstolar, med mindre att starka skäl tyder på motsatsen”.<sup>100</sup> Här kan dock invändas att skyddet av enskilda från statens maktutövning kan utgöra ett sådant starkt skäl som sätter principen ur spel. Återigen är det dock argument som faller utanför den objektiva metoden där det endast är den språkliga betydelsen av ordalydelsen som är relevant.

Det går inte heller att argumentera för att RF 2:6 bör tillämpas analogt eftersom den objektiva metoden bygger på ordalydelsen och om man hävdar att topsningar inte omfattas av

---

<sup>100</sup> Peczenik 1980 s. 77.

ordalydelsen är en analogi inte heller möjlig. Den tillämpare som bekänner sig till en objektiv metod och som kommer fram till att en topsning med samtycke i ett enskilt fall inte omfattas av RF 2:6 står därför utan ledning för vad det innebär.

Avslutningsvis kan det konstateras att legalitetsprincipen i RF 1:1 st. 3 kräver att "[d]en offentliga makten utövas under lagarna" vilket innebär att de brottsutredande myndigheterna ska ha lagstöd för sitt agerande. Den som argumenterar för att även samtyckta topsningar omfattas av skyddet i RF 2:6 måste därför noggrant undersöka om det ändå kan finnas stöd för att topsningar får ske med samtycke.

### **4.3 Förarbetena till RF 2:6 – en subjektiv tolkning**

Vid en subjektiv tolkning är det alltså intentionen bakom en bestämmelse som ges avgörande betydelse vid tolkningen av densamma. Tillämparen får kunskap om intentionen genom att studera förarbetena vilket också är vad som ska göras i detta avsnitt.

#### **4.3.1 Förarbetena till ändringen år 2010**

Den nuvarande regeringsformen är från år 1974 men den omarbetades år 2010. Det var också då som RF 2:6 fick sin nuvarande lydelse. Det skydd som föreskrivs i paragrafens första stycke fanns redan i den tidigare versionen av samma paragraf.<sup>101</sup> Den proposition som föregick lagändringen år 2010 fokuserar på det nya andra stycket,<sup>102</sup> vilket ligger utanför ramen för denna uppsats. Eftersom det inte finns något som tyder på att avsikten var att skyddet i första stycket skulle ändras får det antas att intentionen bakom skyddet är densamma som tidigare. Det betyder att tillämparen måste gå tillbaka till förarbetena till tidigare lagändringar för att finna uppgifter om intentionen bakom skyddet i första stycket i RF 2:6.

#### **4.3.2 Tidigare förarbeten**

Ett förbud mot "kroppsvisitation eller annat påtvingat kroppsligt ingrepp" fanns redan när nya RF infördes år 1974.<sup>103</sup> I utredningen som föregick införandet av detta skydd förklarades ett syfte med införandet vara att "i grundlagen försöka uttrycka vissa av de grundsatser som av ålder ansetts särskilt betydelsefulla för medborgarnas möjlighet att verka politiskt".<sup>104</sup> Skydd mot påtvingade kroppsliga ingrepp ansågs tillhöra dessa särskilt betydelsefulla rättsgrundsatser.<sup>105</sup> Införandet av skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp i just RF 2:6 skedde

---

<sup>101</sup> Se prop. 2009/10:80 s. 173.

<sup>102</sup> Se prop. 2009/10:80 bland annat s. 175-176.

<sup>103</sup> Se prop. 1973:90 s. 1-2 samt s. 7, notera dock att vissa ändringar skedde under riksdagsarbetet som följde på propositionen, ang. detta se prop. 1975/76:209 s. 24.

<sup>104</sup> SOU 1972:15 s. 154-155.

<sup>105</sup> Se SOU 1972:15 s. 159.

år 1976 och det var genom den lagändringen som skyddet mot ”kroppsvisitation, husrannsakan och liknande intrång” i andra meningen fick denna utformning.<sup>106</sup>

I den allmänna motiveringen i prop. 1975/76:209 läggs en relativt stor del av utrymmet på att diskutera hur rättigheterna bäst skyddas från icke önskvärda begränsningar.<sup>107</sup> Att olika skyddsåtgärder diskuteras så utförligt kan läggas till grund för att påvisa att en intention bakom lagförslaget varit att skapa starka rättigheter som inte alltför lätt kan kringkärvas genom exempelvis lagändringar. Att syftet bakom lagförslaget varit att ”utvidga och förstärka grundlagsskyddet för de mänskliga fri- och rättigheterna” stöds även av att detta sägs vara en ”angelägen uppgift”.<sup>108</sup> En intention som uttrycks i den allmänna motiveringen är också att ett stärkt rättighetsskydd i förlängningen innebär ett skydd för den svenska demokratin. Därutöver hävdas det att ett stärkt rättighetsskydd kommer att ”ge en riktigare bild av den enskildes rättsställning än vad RF f. n. gör”.<sup>109</sup>

När det gäller de kroppsliga fri- och rättigheterna beskrivs de som ”en förstärkning av skyddet för opinionsfriheterna” men också som ett ”uttryck för den respekt för den enskilda individens integritet som är utmärkande för ett rättssamhälle”.<sup>110</sup> Avseende dessa rättigheter är intentionen alltså mer långtgående än att enbart skydda det svenska demokratiska samhället. Även den enskildes kroppsliga integritet är skyddsvärd och den ska skyddas.

I specialmotiveringen till det andra kapitlet i RF definieras begreppet ”det allmänna” som ”först och främst det allmännas verkställande organ: domstolar, andra myndigheter och ibland också privaträttsligt organiserade subjekt”.<sup>111</sup> Mot denna bakgrund kan det konstateras att de brottsutredande myndigheterna definitivt är avsedda att omfattas av ”det allmänna” i RF 2:6 eftersom dessa tillhör gruppen ”andra myndigheter”.

När skyddet i RF 2:6 beskrivs i specialmotiveringen till paragrafen sägs att ”[d]enna paragraf behandlar *andra kroppsliga ingrepp* än som avses i 4 och 5 §§” (min kursivering).<sup>112</sup> Här sägs ingenting om att dessa andra kroppsliga ingrepp ska vara påtvingade. Inte heller förklaras vad som avses med rekvisitet ”påtvingat” senare under specialmotiveringen. Denna brist på motivering kan tyda på att intentionen, åtminstone vid omarbetningen av RF år 1976, inte varit att ordet ”påtvingat” ska utgöra någon större inskränkning av vilka kroppsliga ingrepp som omfattas av paragrafen. Det är dock inte heller omöjligt att tolka bristen på

---

<sup>106</sup> Ang. den nya och tidigare lagtextens utformning se prop. 1975/76:209 s. 5, ang. den tidigare se även s. 52.

<sup>107</sup> Se prop. 1975/76:209 s. 88-97.

<sup>108</sup> Prop. 1975/76:209 s. 85.

<sup>109</sup> Prop. 1975/76:209 s. 85.

<sup>110</sup> Prop. 1975/76:209 s. 119.

<sup>111</sup> Prop. 1975/76:209 s. 140.

<sup>112</sup> Prop. 1975/76:209 s. 146.



förklaring som att innebörden av ”påtvingat” är så självklar att någon närmare förklaring av hur detta kan verka inskränkande knappast behövs. Det framstår dock som märkligt att en sådan inskränkande effekt överhuvudtaget inte nämns om den är avsedd. Förklaringen till det skulle kunna ligga i att det i RF sedan tidigare fanns ett skydd mot ”kroppsvisitation eller annat påtvingat kroppsligt ingrepp”.<sup>113</sup> Denna formulering tyder på att kroppsvisitationer alltid ska anses som påtvingade vilket i så fall bör innebära att samma sak gäller för kroppsbesiktningar. Denna tolkning stöds av att det i specialmotiveringen till införandet av RF år 1974 talas om ”kroppsliga tvångsingrepp” såsom ”vaccination, blodprovstagning, annan tvångsmässig läkarundersökning och kroppsvisitation”.<sup>114</sup> Det tyder på att rekvisitet ”påtvingat” inte är avsett att begränsa vilken typ av straffprocessuella tvångsmedel som ska förhindras utan snarare vilken typ av kroppsliga ingrepp som är avsedda att omfattas av skyddet. Om kroppsvisitationer till sin natur anses påtvingade så bör det gälla även kroppsbesiktningar medan andra typer av kroppsliga ingrepp, som till exempel kirurgiska ingrepp inom sjukvården, kan anses till sin natur frivilliga och dessutom i regel sker i den enskildes intresse varför de inte omfattas av skyddet i RF 2:6 om de inte är påtvingade.

Det framstår alltså som att ordet ”påtvingat” finns med utan att någon stor inskränkande effekt är avsedd i förhållande till straffprocessuella tvångsmedel eftersom de till sin natur inte sker i den enskildes intresse. Slutsatsen blir därför att ”påtvingat” troligen måste tolkas något inskränkande men att intentionen med rekvisitet rimligen inte varit att skapa en stor begränsning av antalet fall av kroppsliga ingrepp inom ramen för brottsutredningar som omfattas. Till stöd för denna slutsats kan ett uttalande om att det ligger ”i sakens natur att grundlagsskyddet för en viss rättighet inte sträcker sig längre än vad som följer av det syfte som från demokratisk synpunkt bär upp rättigheten i fråga” anföras.<sup>115</sup> Om syftet är att skydda demokratin och den personliga friheten och säkerheten finns det inget som hindrar att fall av kroppsliga ingrepp som vanligen inte är påtvingade inte heller omfattas av skyddet. Detta medan den typ av kroppsliga ingrepp som normalt är påtvingade ändå omfattas just på grund av att de till sin natur får anses påtvingade. Det finns därför anledning att tillämpa regeln extensivt när det gäller kroppsliga ingrepp inom brottsutredningar.

Begreppet ”kroppsligt ingrepp” förklaras främst avse ”våld mot människokroppen” men även andra ingrepp ”som brukar betecknas med ordet kroppsbesiktning”.<sup>116</sup> Intentionen bakom begreppet ”kroppsligt ingrepp” är därför att detta ska omfatta de åtgärder som faller

---

<sup>113</sup> Skyddet fanns i dåvarande RF 2:3, se prop. 1975/76:209 s. 146.

<sup>114</sup> Se prop. 1973:90 s. 242, se även SOU 1972:15 s. 159.

<sup>115</sup> Prop. 1975/76:209 s. 139.

<sup>116</sup> Prop. 1975/76:209 s. 147.

inom det straffprocessuella tvångsmedlet kroppsbesiktning. Att hävda att ”kroppsligt ingrepp” inte kan omfatta topsningar eftersom detta fenomen ännu inte var känt år 1976 strider då mot intentionen. Det innebär att topsningar får anses ha varit avsedda att omfattas eftersom de utgör kroppsbesiktningar. En intentionstolkning som bygger på att topsningar inte kan ha avsetts eftersom de inte existerade år 1976 leder till ett väldigt insnävande resultat som knappast heller är i överensstämmelse med den allmänna intentionen bakom 2 kap. i RF att skydda den kroppsliga friheten och säkerheten i sig. Även om argument om hur samhället eller tekniken förändrats kanske inte hör till den subjektiva metoden måste de beaktas eftersom intentionen med skyddet annars riskerar att inte uppfyllas. Om så inte sker skulle det innebära att ny teknik är fri att använda även på sätt som skulle göra rättighetsskyddet ihåligt. En sådan tolkning kan knappast stå i överensstämmelse med intentionen bakom skyddet.

Angående begreppet ”liknande intrång” kan det konstateras att intentionen är att det endast ska syfta på husrannsakan och avse sådana typer av intrång i bostäder och lokaler som inte sker i undersökningssyfte på det sätt som husrannsakan gör.<sup>117</sup> Detta innebär att det skulle strida mot intentionen bakom begreppet att tolka det som att det även syftar tillbaka på kroppsvisitation. Det är därmed inte möjligt att med en subjektiv tolkning förstå andra meningen i RF 2:6 som innefattande ett skydd mot kroppsbesiktningar på det sätt som skulle kunna vara möjligt med en ordalydelsetolkning.

### **4.3.3 Sammanfattning av intentionen bakom RF 2:6**

Sammanfattningsvis kan det konstateras att en subjektiv tolkning av RF 2:6 leder till slutsatsen att topsningar, som utgör kroppsbesiktningar, omfattas av begreppet ”kroppsligt ingrepp” i den första meningen och inte av begreppet ”liknande intrång” i den andra meningen. Vidare leder den subjektiva tolkningen också till slutsatsen att topsningar omfattas av skyddet trots att de inte existerade när begreppet ”kroppsligt ingrepp” infördes eftersom de likväl utgör kroppsbesiktningar. Om den tekniska utvecklingen leder till att nya typer av kroppsliga ingrepp möjliggörs urholkas nämligen rättighetsskyddet på ett sätt som strider mot intentionen om inte skyddet anses avse även dessa nyutvecklade kroppsliga ingrepp.

Avseende rekvisitet ”påtvingat” kan det först och främst konstateras att förarbetena inte ger någon definition av hur begreppet ska tolkas. Däremot kan den ursprungliga utformningen av regeln tyda på att ordet ”påtvingat” troligen har varit avsett att verka begränsande baserat på i vems intresse åtgärden vidtas. Åtgärder som till sin natur kan anses frivilliga och i den enskildes intresse, såsom kirurgiska ingrepp inom sjukvården, kan då

---

<sup>117</sup> Prop. 1975/76:209 s. 147.

förstås som avgränsade från skyddet. Detta medan kroppsliga ingrepp som inte sker i den enskildes intresse, såsom kroppsbesiktningar av misstänkta, ändå kan omfattas av skyddet.

Mot denna bakgrund kan det därför konstateras att viss ledning kan fås i enskilda fall genom att beakta att intentionen troligen åtminstone inte har varit att endast självklara fall av påtvingande ska kunna omfattas av skyddet. Viss ledning kan också fås i det enskilda fallet genom att det övergripande syftet med införandet av rättigheter i RF varit att skydda både demokratin och den personliga friheten och säkerheten. Detta talar för att skyddet i RF 2:6 bör ges en extensiv tillämpning.

#### **4.3.4 Typfallen och rättssäkerhet**

Det första typfallet är förfrågandefallet. Med beaktande av att redan att få frågan om att topsas från de brottsutredande myndigheterna troligen kan te sig skrämmande för många är det inte orimligt att en förfrågan, hur tydligt frivilligheten än uttrycks, kan framstå som en påtryckning att acceptera det som efterfrågas. Eftersom intentionen med RF 2:6 bland annat är att skydda enskilda från ingrepp i deras personliga frihet är det möjligt att med en extensiv tolkning komma till slutsatsen att en sådan upplevd påtryckning är tillräcklig för att åtgärden ska vara otillåten enligt RF 2:6. Vid en sådan tolkning finns det inga omedelbara rättssäkerhetsproblem i förhållande till en topsning eftersom den inte tillåts utan uttryckligt lagstöd.

Vid initiativfallet finns det ingen påtryckning från de brottsutredande myndigheterna motsvarande den vid förfrågandefallet. Saknas påtryckning saknas rimligen också utrymme att med hänvisning till målet att skydda den personliga friheten hävda att åtgärden bör omfattas av RF 2:6. Visserligen kan även här göras gällande att maktförhållandet mellan enskilda och de brottsutredande myndigheterna bör tillmätas betydelse vid bedömningen av om det ändå kan föreligga någon omständighet som gör att den personliga friheten kan anses hotad. Ett resonemang om varför den enskilde vill topsas leder i de flesta fall troligen till att det är för att utesluta sig själv som misstänkt. Att själv föreslå och acceptera något som utgör ett kroppsligt ingrepp i syfte att fria sig själv kan hävdas vara påtvingat om det är den enda utväg den enskilde ser för att slippa något denne bedömer vara värre. Utan lagstöd för att ett samtycke utgör grund för topsning kan det därför finnas utrymme att hävda att den typen av topsningar inte bör kunna ske utan att det bryter mot en extensiv tolkning av RF 2:6. Det finns också risk för att enskildas rättssäkerhet äventyras om de för att skydda sig själva från andra tvångs-ingrepp känner sig nödgade att bevisa sin oskuld genom att ta initiativ till att bli utsatta för ett kroppsligt ingrepp. Det är dock väldigt situationsbundet och argumentets styrka beror på situationen i det enskilda fall som tillhör det aktuella typfallet. Den enskilde som

inte alls upplever sig tvungen att bevisa sin oskuld för att slippa andra frihetskränkande ingrepp från det allmännas sida men som av någon anledning ändå vill topsas, bör rimligen kunna ta initiativ till det utan att det är påtvingat. Frågan är dock om en potentiellt misstänkt person någonsin kan ha ett sådant intresse utan att det har sin grund i viljan att fria sig själv. Slutsatsen blir att med en ren intentionstolkning är topsningar i initiativfallet troligen tillåtna eftersom påtryckningen saknas, men om maktförhållandet vägs in kan den medföra att även topsningar i initiativfallet kan vara otillåtna. Detta innebär att en bedömning i det enskilda fallet krävs. Om rättssäkerhetsaspekten beaktas ökar utrymmet att även betrakta initiativfall som påtvingade eftersom det är oförenligt med oskuldspresumtionen att den enskilde ska bevisa sin oskuld. Detta innebär att en ren intentionstolkning skulle kunna vara oförenlig med de rättssäkerhetskrav som finns vid en straffprocess, om tolkningen godkänner topsningar i fall där frivilligheten i samtycket kan ifrågasättas på grund av maktförhållandet.

När det gäller begärandefallet gör sig samma argument som vid förfrågandefallet gällande eftersom förslaget kommer från de brottsutredande myndigheterna. Initiativet till den faktiska åtgärden kommer dock från den enskilde genom att denne begär åtgärden, vilket medför att även de argument som gäller initiativfallet aktualiseras. Eftersom topsningar med en ren subjektiv tolkning inte bör anses förenliga med RF 2:6 i förfrågandefallet, men i vissa fall bör kunna vara det i initiativfallet blir slutsatsen att topsningar i begärandefall i än större utsträckning måste bedömas i varje enskilt fall. Det kan konstateras att de åtminstone i mindre omfattning än vid initiativfallet bör vara förenliga med en extensiv tillämpning av RF 2:6. Det är dock inte uteslutet att det finns fall då intentionen att skydda den personliga friheten inte heller gör sig gällande i begärandefall, eller då den inte gör sig så starkt gällande att ett samtycke till topsning bör ogiltigförklaras. En subjektiv tolkning i begärandefall landar alltså någonstans mellan tolkningen i de båda tidigare fallen. När rättssäkerhetskraven beaktas kan det dock konstateras att det finns än större anledning att ifrågasätta om en subjektiv tolkning i begärandefall är förenlig med dessa krav än vad det gör vid initiativfall. Detta eftersom initiativet kommer från de brottsutredande myndigheterna vilket medför att ett visst mått av påtryckning kan urskiljas. De rättssäkerhetsskäl som medför att en ren subjektiv tolkning av initiativfall kan ifrågasättas gör sig än starkare gällande om det finns en påtryckning bakom den enskildes samtycke.

#### 4.4 Ändamålet med RF 2:6 – en teleologisk tolkning

Det första steget vid en teleologisk tolkning av ett fall där osäkerhet råder är att fastställa vilket ändamål en regel har i ett klart fall. Först efter att det är gjort kan det ändamål som fastställts läggas till grund för tolkningen av det oklara fallet.<sup>118</sup>

##### 4.4.1 Fastställande av ändamålet

Det oklara fall som ska undersökas är när en topsning sker med grund i samtycke från den som topsas. Motsvarande klara fall blir att topsningen sker utan samtycke. Det råder i detta senare fall ingen osäkerhet om att enskilda är skyddade mot åtgärden genom RF 2:6. Inte heller råder det någon osäkerhet om att detta skydd endast kan begränsas genom lag enligt RF 2:20 st. 1 p. 2. Samma sak gäller för andra fall av kroppsbesiktningar som sker utan samtycke och som alltså tillhör gruppen ”klara fall” under RF 2:6.

En effekt av skyddet i RF 2:6 är därför att de brottsutredande myndigheterna inte kan utföra åtgärder som innebär kroppsbesiktningar utan samtycke om de inte har lagstöd för det vilket leder till att enskilda skyddas från myndigheternas maktutövning i fall där den sker utan uttryckligt stöd i lag. Därigenom skyddas den kroppsliga integriteten. En annan effekt är att de brottsutredande myndigheternas möjlighet att på effektivast möjliga sätt beivra brott hindras eftersom massstopsningar i jakten på en person vars DNA stämmer med en gärningspersons kan göra det lättare att hitta denne. Härutöver finns det givetvis fler effekter om tillämparen fortsätter och undersöker i flera led, men det skulle leda till långtgående spekulationer kring tänkbara effekter i olika om-fall vilket inte framstår som nödvändigt för att kunna fastställa det primära ändamålet med RF 2:6.

En effekt av en rättsregel kan vara att betrakta som oönskad och behöver därför inte vara en del av ändamålet. Nästa fråga blir därför vilka effekter som kan anses önskvärda. Denna bedömning lämnas till rättstillämparens goda omdöme.<sup>119</sup> Effekten att enskildas kroppsliga integritet skyddas framstår som önskvärd och som en stor del av syftet med regeln. Detta stöds också av det är ett uttalat mål i förarbetena, vilket redogjorts för närmare under föregående avsnitt om intentionen bakom RF 2:6.<sup>120</sup> Däremot kan effekten att effektivt brottsbeivrande hindras knappast anses vara en önskvärd effekt. Tvärtom är effektivt brottsbeivrande ett viktigt mål för rättssystemet. Det är därför rimligt att betrakta denna effekt som ett nödvändigt ont vid en avvägning mellan å ena sidan viljan att skydda enskilda från statens tvångsmedelsanvändning och å andra sidan intresset att utreda och beivra brott.

<sup>118</sup> Se avsnitt 3.3.3 Teleologisk tolkningsmetod ovan samt Lehrberg 2016 s. 246-247, Peczenik 1980 s. 150 och s. 158 samt Zetterström 2012 s. 88-89.

<sup>119</sup> Se avsnitt 3.3.3 Teleologisk tolkningsmetod ovan samt Ekelöf och Edelstam 2002 s. 87.

<sup>120</sup> Se avsnitt 4.3 Förarbetena till RF 2:6 – en subjektiv tolkning samt exempelvis prop. 1975/76:209 s. 119.

Eftersom den effekt som får ses som önskvärd sammanfaller med ett av de syften som beskrivits i förarbetena, vilka kan vara vägledande för bestämmandet av ändamålet,<sup>121</sup> är det rimligt att bestämma skyddet för den personliga integriteten mot ingrepp utan stöd i lag från det allmänna som det primära ändamålet med RF 2:6. Det innebär att det också är detta ändamål som ska utgöra utgångspunkten för tolkningen av RF 2:6 i fall där topsningar sker med samtycke från den som topsas.

#### **4.4.2 Typfallen bedömda utifrån ändamålet**

Det första typfallet är förfrågandefallet. Som har gjorts gällande vid undersökningen av de tidigare tolkningsmetoderna finns det risk att enskilda upplever det som att de måste säga ja och därmed samtycka till att topsas när frågan kommer från de brottsutredande myndigheterna. Detta är fallet även om de brottsutredande myndigheterna förklarar att det är frivilligt eftersom redan frågan i sig många gånger måste förstås som en uppmaning att acceptera topsningen. I ljuset av att ändamålet med RF 2:6 är att skydda enskildas personliga integritet och hindra bland annat de brottsutredande myndigheterna från att ta till åtgärder som är kroppsliga ingrepp utan att ha lagstöd för det framstår förfarandet med en förfrågan och samtycke som ett sätt att kringgå skyddet. Med en teleologisk tolkning tycks det därför som att en extensiv tillämpning av RF 2:6, som då hindrar att ett samtycke kan gälla över kravet på lagstöd, är lämplig i förfrågandefallet. Detta leder inte heller till några större problem ur ett rättssäkerhetsperspektiv eftersom åtgärden då är förbjuden.

Det andra typfallet, initiativfallet, skiljer sig på så sätt att initiativet till topsningen kommer helt och hållet från den enskilde. Det är möjligt att göra tolkningen att eftersom ändamålet med RF 2:6 är att hindra de brottsutredande myndigheterna från att vidta kroppsbesiktningar i fall då de i lag uppställda förutsättningarna för det inte föreligger så är det inte förenligt med ändamålet att ändå tillåta att en topsning sker med grund i samtycke. Lagen säger uttryckligen att skyddet endast kan begränsas genom lag, medan en begränsning av skyddet genom att tillmäta den enskildes samtycke betydelse snarare utgör ett avtal. Det kan dock också hävdas att det bör vara upp till den enskilde att avgöra om ett skydd som gäller denne ska aktualiseras i det enskilda fallet eftersom denne kan uppleva andra utredningsåtgärder som betydligt mer integritetskränkande. Om skyddet då endast avser påtvingade fall så finns det inget som hindrar att den enskilde ändå kan samtycka. Det är dock så att frivilligheten i ett samtycke som har sin grund i att den enskilde vill slippa andra åtgärder som de brottsutredande myndigheterna kan komma att vidta om de anser att en

---

<sup>121</sup> Se ovan avsnitt 3.3.3 Teleologisk tolkningsmetod samt Ekelöf och Edelstam 2002 s. 90.

person behöver utredas närmare kan ifrågasättas. Det går alltså att göra två tolkningar av hur ändamålet bäst gynnas. För det första kan tillämparen göra tolkningen att även om ändamålet är att skydda den enskilde så äger den enskilde själv rätten att bestämma att skyddet ska upphävas i en viss situation vilket sker genom samtycket. I så fall blir slutsatsen att det inte är oförenligt med ändamålet i RF 2:6 att tillåta samtyckta topsningar i initiativfallet. För det andra kan tillämparen göra tolkningen att ändamålet utesluter att ett samtycke kan användas som grund för topsning eftersom det skulle innebära ett kringgående av skyddet vilket medför att ändamålet inte kan uppnås. I så fall blir slutsatsen att det är oförenligt med ändamålet i RF 2:6 att tillåta samtyckta topsningar i initiativfallet. Vilken av dessa linjer som är bäst förenlig med ändamålet beror troligen till stor del på omständigheterna i det enskilda fallet.

Anläggs ett rättssäkerhetsperspektiv kan det i stort sägas sammanfalla med den avvägning som sker inom ramen för den teleologiska tolkningen eftersom rättssäkerhetskraven också har sin grund i intresset att skydda den enskilde från statens maktutövning. Det medför att om den teleologiska tolkningen leder till att en topsning med samtycke bör godkännas i ett specifikt initiativfall så är det fullt möjligt att det inte utgör ett problem ur rättssäkerhetssynpunkt. Det är dock inte heller omöjligt att de rättssäkerhetskrav som behandlats i samband med de tidigare tolkningsmetoderna kan vara så starka att även en teleologisk tolkning som i ett specifikt fall godkänner en topsning med samtycke skulle kunna ifrågasättas med rättssäkerhetsargument.

Det sista typfallet är begärandefallet. Å ena sidan är det återigen möjligt att hävda att eftersom möjligheten att topsa tagits upp av de brottsutredande myndigheterna gör sig samma avvägning som vid förfråganfallet gällande. Å andra sidan finns det också möjlighet att hävda att samma avvägning som gäller vid initiativfallet snarare bör göras eftersom det även i detta fall är den enskilde själv som begär att åtgärden vidtas. Vilket av fallen som är mest likt beror till stor del på hur möjligheten att topsa tagits upp av de brottsutredande myndigheterna. Presenteras det som en möjlighet som den enskilde kan begära för att slippa andra åtgärder hamnar situationen nära den som föreligger vid förfråganfallet. Presenteras topsning istället i allmänna ordalag som en åtgärd som ibland vidtas i liknande fall utan att det läggs någon värdering i att den enskilde i det här fallet bör göra det skulle det, beroende på hur det formulerats, kunna ligga närmare att betrakta en begäran från den enskilde som ett initiativfall. Något klart svar kan därför inte ges på hur begärandefallet bör bedömas eftersom det beror på hur de brottsutredande myndigheterna agerat och därmed måste bedömas i det enskilda fallet. Eftersom ändamålet är att skydda enskilda finns det skäl att i fall av osäkerhet

välja att inte acceptera en samtyckt topsning. Även rättssäkerhetsskäl kan anföras för detta eftersom rättssäkerheten annars kan kräva att den teleologiska tolkningen inte används.

#### **4.5 Argument för och emot – en eklektisk tolkning**

Den eklektiska tolkningen använder argument från de andra metoderna men kan också ta hänsyn till andra argument än de som följer av rättskällorna.<sup>122</sup> Det är därför intressant att ställa upp vilka argument det finns för respektive emot att topsningar med samtycke ska omfattas av skyddet i RF 2:6.

##### **4.5.1 Argument för att samtyckta topsningar omfattas av RF 2:6**

Tolkningsmetoderna ovan har resulterat i följande argument för att samtyckta topsningar omfattas av skyddet i RF 2:6. Topsning utgör kroppsbesiktning enligt legaldefinitionen i RB 28:12 st. 3 vilket medför att det ska omfattas av begreppet ”kroppsligt ingrepp” och därmed av RF 2:6. Det är inte heller oförenligt med ordalydelsen att påstå att även ett samtyckt kroppsligt ingrepp kan vara påtvingat eftersom ordet ”påtvingat” enligt sin lexikaliska definition kan omfatta situationer där maktrelationer påverkar. Det kan också utifrån ordalydelsen hävdas att ”liknande intrång” omfattar även topsningar eftersom den kontextuella tolkningen kan leda till att kroppsbesiktningar omfattas av begreppet. Det innebär i så fall att ingreppet inte behöver vara påtvingat för att vara skyddat genom RF 2:6. Intentionen bakom att rättigheterna överhuvudtaget är upptagna i grundlagen är att de ska ges ett starkt skydd som inte kan kringkärvas alltför enkelt. Om ett mer eller mindre påtvingat samtycke då kan göra det skydd för den personliga friheten och säkerheten som finns i RF 2:6 inaktuellt, är det oförenligt med syftet bakom regeln och därmed inte en godtagbar tolkning av bestämmelsen. Det kan också vara så att intentionen varit att kroppsbesiktningar alltid ska ses som påtvingade eftersom den ursprungliga formuleringen antyder att kroppsvisitation anses vara det. Regeln har vidare ett skyddsändamål som går förlorat om de brottsutredande myndigheterna kan gå runt bestämmelsen och agera utan lagstöd genom att skapa en känsla av påtryckning hos den enskilde så att denne samtycker till en åtgärd som annars inte kunnat vidtas. Att tolka bestämmelsen i RF 2:6 som att myndigheterna kan göra det, är åtminstone oförenligt med ändamålet i de fall där topsningen sker genom de brottsutredande myndigheternas initiativ.

Härutöver finns det andra argument för att samtyckta topsningar kan vara påtvingade. I doktrinen framhålls att ett samtycke endast bör kunna utgöra en grund för att upphäva

---

<sup>122</sup> Se Lehrberg 2016 s. 247.



skyddet i den mån åtgärden är gynnande för den enskilde.<sup>123</sup> Detta argument medför att topsningar av potentiellt misstänkta inte kan accepteras eftersom risken är att provet visar sig stämma överens med gärningspersonens DNA vilket knappast kan vara gynnande för den enskilde. Detta trots att ett resultat som visar att personens DNA inte är identiskt med gärningspersonens skulle kunna vara gynnande. Risken att provet visar sig vara missgynnande måste rimligen väga mycket tyngre än chansen att det är gynnande.

Det finns också rättssäkerhetsskäl som talar för att topsningar med samtycke ska vara otillåtna. Först och främst medför oskuldspresumtionen att enskilda inte ska hamna i en situation där de förväntas bevisa sin oskuld, vilket är en risk om ett samtycke sätter skyddet i RF 2:6 ur spel. Om en enskild nekar till att topsas finns det nämligen risk att misstankarna stärks på grund av nekandet, vilket aldrig kan vara tillåtet. Härutöver kan legalitetsprincipen i RF 1:1 st. 3 användas som ett argument för att topsningar med grund i samtycke inte ska få göras utan lagstöd. Oavsett om det är på grund av skyddet i RF 2:6 eller för att det utgör maktutövning utan stöd i lag och därmed inte är tillåtet enligt legalitetsprincipen blir effekten att enskilda skyddas på ett sätt som stämmer väl överens med det skydd som finns i RF 2:6. Även objektivitetsprincipen kan tala för att samtyckta topsningar ska omfattas av skyddet i RF 2:6 eftersom denna princip riskerar att rubbas om en enskild nekar till att topsas med resultatet att misstankarna stärks.

#### **4.5.2 Argument emot att samtyckta topsningar omfattas av RF 2:6**

Den objektiva metoden leder här till argumentet att frivilligt är motsatsen till påtvingat vilket medför att (frivilliga) topsningar med samtycke aldrig kan omfattas av skyddet i första meningen i RF 2:6. Vidare kan den andra meningen inte heller leda till ett skydd mot topsningar eftersom ”liknande intrång” kan förstås som att det endast syftar på husrannsakan vilket medför att topsningar inte kan utgöra liknande intrång. Det skulle också vara möjligt att argumentera för att ”kroppsligt ingrepp” inte kan omfatta topsningar eftersom dessa inte leder till någon märkbar förändring vilket ett ingrepp gör enligt definitionen i NE.

Inom ramen för den subjektiva metoden och den teleologiska metoden finns det utrymme att argumentera för att det inte är oförenligt med syftet respektive ändamålet att tillåta den enskilde som skyddet avser att avsäga sig det. Samtycker den enskilde till att topsas kan det då argumenteras för att det inte finns något som är skyddsvärt kvar att skydda. Detta leder in på frågan om det överhuvudtaget kan finnas ett samhällligt intresse av att skydda enskilda från ingrepp som de inte själva har något emot att utsättas för. Det kan hävdas att staten är

---

<sup>123</sup> Westerlund 2013 s. 28-29.

väldigt paternalistisk om enskilda inte tillerkänns självbestämmande i frågor som berör deras kroppsliga integritet. Tillmäts samtycke som givits utan att den enskilde känt sig tvingad att samtycka ingen betydelse, begränsas den enskildes självbestämmande vilket inte är förenligt med bilden av fria individer i en rättsstat. Det stämmer inte heller överens med ordalydelsen i RF 2:6 som säger att skyddet ska gälla ”påtvungade” ingrepp.

Det finns också rättssäkerhetsargument emot att samtyckta topsningar omfattas av RF 2:6. Dels kan kravet på förutsebarhet medföra att det vore oacceptabelt att hindra topsningar med samtycken eftersom rekvisitet ”påtvungat” används i RF 2:6. Dels kan såväl hänsyns- som proportionalitetsprincipen innebära att den enskilde bör ges möjlighet att samtycka till en åtgärd som denne anser mindre ingripande än andra åtgärder som annars kan vara aktuella. Det kan därför finnas ett intresse hos den enskilde att bevisa sin oskuld som är förenlig med vissa delar av rättssäkerhetsbegreppet.

### **4.5.3 Sammanvägning av argumenten**

Vad gäller vilken mening i RF 2:6 som kan vara aktuell att tillämpa ger ordalydelsen visserligen vid handen att även den andra meningen kan avse kroppsbesiktningar. Det är emellertid inte heller omöjligt att förstå ordalydelsen som att den andra meningen inte kan omfatta kroppsbesiktningar. Eftersom denna senare tolkning stöds av förarbetena blir slutsatsen här att det endast är den första meningen som är aktuell när det gäller topsningar.

Härefter väcks frågan om topsningar överhuvudtaget kan anses vara ett kroppsligt ingrepp. Det argument som finns emot är inte speciellt starkt eftersom det motsägs redan av definitionen av ordet ”ingrepp” i SAOB. Dessutom framgår det av förarbetena att kroppsbesiktningar är vad som avses med begreppet. Starka argument talar därför för att topsningar ska anses vara kroppsliga ingrepp och därmed omfattas av skyddet i RF 2:6.

Nästa tolkningsproblem är hur ordet ”påtvungat” ska förstås. Det finns argument både för och emot att ett samtycke utesluter att ett ingrepp kan vara påtvungat. I förlängningen hamnar bedömningen i en avvägning mellan den enskildes rätt till självbestämmande och det skyddsintresse som ligger till grund skyddet. Båda dessa intressen utgör starka argument som tillämparen måste ta hänsyn till. En slutsats kan vara att avvägningen inte kan göras generellt utan att en bedömning i det enskilda fallet måste få avgöra. I de fall det finns anledning att ifrågasätta frivilligheten i samtycket, oavsett vilket typfall det gäller, bör tillämparen inte vidta åtgärden utan att ha stöd i lag för att samtycket medför att skyddet inte gäller. Denna slutsats är rimlig eftersom ett ställningstagande som innebär att ett samtycke aldrig kan vara tillräckligt för att en topsning ska få ske skulle inskränka den enskildes självbestämmanderätt

i oskäligt stor utsträckning. Det omvända skulle istället medföra att skyddet i RF 2:6 marginaliseras eftersom de facto ofrivilliga samtycken skulle godtas och därmed skulle enskilda kunna drabbas av maktutövande från det allmänna utan stöd i lag. Det skulle strida mot legalitetsprincipen och det faktum att skyddet i RF 2:6 endast kan begränsas genom lag. Detta innebär att en extensiv tillämpning bör göras när frivilligheten kan ifrågasättas.

Eftersom legalitetsprincipen är så grundläggande finns det också möjlighet att dra slutsatsen än längre och konstatera att ett samtycke till att topsas endast kan bryta skyddet i RF 2:6 om det finns stöd i lag för det. Denna slutsats kan stödjas av att frivilligheten bygger på att den enskilde inte har upplevt sig mer eller mindre tvungen att samtycka. I avvägningen mellan självbestämmanderätten och skyddsintresset kanske skyddsintresset därför måste vara starkare för att förhindra att övergrepp sker eftersom det är svårt att i det enskilda fallet avgöra om det verkligen rör sig om ett fall av frivilligt samtycke.

I förfrågandefallet beror därför ett samtyckes giltighet som brytare av skyddet i RF 2:6 på hur den enskilde uppfattat frågan. Finns det utrymme att misstänka att frågan medfört att den enskilde upplever ett tvång så bör detta medföra att topsningen inte kan ske utan lagstöd. Samma sak gäller i begärandefallet där det blir avgörande hur ämnet har väckts och hur den enskilde uppfattat det.

I initiativfallet däremot blir det istället avgörande vilken anledning den enskilde har att vilja topsas. Är det för att fria sig själv från misstankar och därmed slippa andra utredningsåtgärder skulle det kunna hävdas att självbestämmanderätten bör medföra att den enskilde kan få välja den utredningsåtgärd som denne upplever som minst besvärlig. Det stämmer också överens med straffrättsliga principer som stadgar att det minst ingripande alternativet ska väljas. Anledningen till att detta får större betydelse i initiativfallet än i de andra fallen, där det ju också kan vara behagligare för den enskilde att välja topsning än andra utredningsåtgärder, är att initiativet helt kommer från den enskilde. Det finns större utrymme att tillmäta självbestämmandet större vikt än skyddsintresset när det är den enskilde själv som föreslår en topsning. Det är dock inte omöjligt att det även i detta fall kan finnas sådana omständigheter som gör att skyddsintresset väger över.

Slutsatsen är att en bedömning i det enskilda fallet är avgörande för att kunna bestämma om en topsning med samtycke ska kunna ske utan att strida mot RF 2:6. Det är alltså bedömningen i det enskilda fallet som avgöra om RF 2:6 ska tillämpas extensivt. Vid tveksamhet om frivilligheten i ett samtycke bör dock en extensiv tillämpning väljas. Detta är också väl förenligt med rättssäkerhetskraven.

#### 4.6 Sammanfattning

De olika metoderna leder till delvis olika slutsatser men förvånansvärt stor likhet mellan resultaten kan konstateras. Alla metoder leder till slutsatsen att en extensiv tillämpning är möjlig och ibland till och med önskvärd. Det medför att samtycke till topsning i förfrågandefallet kan ifrågasättas som grund för att topsa enskilda utan att ha lagstöd för det. Samma sak gäller för begärandefallet då det har viss likhet med detta fall men här krävs i större utsträckning en bedömning i det enskilda fallet.

Initiativfallet är mer osäkert på grund av att initiativet kommer från den enskilde och därmed i större utsträckning kan anses vara helt frivilligt. En strikt ordalydsetolkning kan leda till slutsatsen att detta fall inte omfattas av skyddet i RF 2:6 eftersom det inte kan vara påtvingat när initiativet kommer från den enskilde. Det finns dock möjlighet att argumentera för motsatsen också, även om argumentationen då måste väga in fler omständigheter som kan påverka bedömningen av frivilligheten. En subjektiv tolkning såväl som en ändamålstolkning kan leda till slutsatsen att om det accepteras att ett samtycke har en inskränkande effekt på skyddet i RF 2:6, är det inte förenligt med intentionen respektive ändamålet. En sådan tolkning kan därför hävdas vara oförenlig med dessa båda metoder, även om det också är möjligt att argumentera på andra sätt. Slutligen innebär den eklektiska metoden att självbestämmanderätten kan användas som argument emot att skyddsintresset ska få sträcka sig hur långt som helst. Denna metod kan därför medge en större frihet att samtycka till topsningar i initiativfall efter en bedömning i det enskilda fallet.

Osäkerheten om vilken tolkning som är den bästa, såväl mellan som inom de olika metoderna, medför att det, för tydlighetens skull, hade varit önskvärt att det uttryckligen framgår av lag att ett samtycke kan bryta skyddet i RF 2:6 om det ska kunna göra det. Nästa steg blir därför att undersöka om det finns något stöd utanför RF för att topsningar kan vara tillåtna med grund i samtycke.

## 5 Rättegångsbalken – begränsning av skyddet?

### 5.1 Inledning

I RB 28:12 st. 3 definieras vad som utgör kroppsbesiktning, vilket innefattar topsningar för DNA-analys. När det gäller personer som inte är skäligen misstänkta finns det under vissa förutsättningar en möjlighet att utföra kroppsbesiktning genom topsning enligt RB 28:12 b. I RB 28:13 finns regler om vilka lagrum gällande husrannsakan som också ska tillämpas vid kroppsbesiktningar. Där hänvisas bland annat till RB 28:3 a som behandlar proportionalitetsprincipen och till RB 28:4 som behandlar vem som får fatta beslutet om åtgärden.

För husrannsakan finns en bestämmelse i RB 28:1 st. 3 som det inte hänvisas till i RB 28:13. Bestämmelsen säger att för att ett samtycke ska få läggas till grund för en husrannsakan hos en misstänkt så måste den misstänkte begära det. Hjertstedt har hävdats att det framstår ”som ändamålsenligt att tillämpa RB 28 kap. 1 § 3 st. analogvis beträffande kroppsrensningar”.<sup>124</sup> Bestämmelsen är därför intressant att undersöka närmare.

De regler som närmare ska undersökas i detta kapitel är först och främst RB 28:12 b, men även RB 28:13 tillsammans med RB 28:1 st. 3. Precis som i föregående kapitel om RF kommer reglerna att undersökas utifrån de olika tolkningsmetoderna och vissa rättssäkerhetsaspekter kommer att tas upp.

### 5.2 Tolkningen av RB 28:12 b

Första stycket i RB 28:12 b behandlar under vilka förutsättningar personer som inte är skäligen misstänkta kan topsas. Andra stycket begränsar hur provet får användas och tredje stycket förbjuder att första stycket tillämpas på barn under 15 år. Vid tolkningen av hur samtyckta topsningar förhåller sig till regeln är det framför allt det första stycket som är intressant. Det har följande lydelse.

*Kroppsbesiktning genom tagande av salivprov får göras på annan än den som skäligen kan misstänkas för ett brott, om*

- 1. syftet är att genom en DNA-analys av provet underlätta identifiering vid utredning av ett brott på vilket fängelse kan följa, och*
- 2. det finns synnerlig anledning att anta att det är av betydelse för utredningen av brottet.*

#### 5.2.1 Ordalydelsen av RB 28:12 b – en objektiv tolkning

Det följer av ordalydelsen att alla som inte är skäligen misstänkta kan topsas enligt RB 28:12 b. Det gäller såväl målsäganden och personer som är misstänkta, men där misstankegraden inte når upp till skäligen misstänkt, som personer som inte är misstänkta, men som potentiellt kan bli det. Topsning får dock endast ske under två förutsättningar. Att båda

<sup>124</sup> Hjertstedt 2016/17 Del I s. 665.

dessa måste vara för handen framgår av att ”och” används mellan förutsättningen i p. 1 och förutsättningen i p. 2.

Den första punkten behandlar vilket syfte topsningen får ha. Provet ska först och främst tas för att det ska kunna DNA-analyseras. Den här analysen ska vidare medföra att identifiering underlättas. Frågan är hur ”identifiering” ska förstås. I NE finns ingen definition av ordet utan istället beskrivs olika typer av identifiering av personer, såsom identifiering med hjälp av fingeravtryck, handstil och DNA.<sup>125</sup> SAOB hänvisar till ordet ”identifiera”,<sup>126</sup> vilket bland annat definieras som ”fastställa (ngns l. ngts) identitet, fastställa vem en given person l. vad en given sak är; igenkänna (ngn l. ngt ss. ngt). *Lyckas identifiera en förbrytare med hjälp av fingeravtryck*”.<sup>127</sup> NE definierar ”identifiera” som ”urskilja och entydigt bestämma som viss, väl specificerad företeelse” med tillägget ”särsk. med avs. på person fastställa identiteten av”.<sup>128</sup> Den rent lexikaliska betydelsen av ordet blir då något som görs för att fastställa vem någon är eller vad något är eller vem det tillhör. Den rimliga tolkningen av ordalydelsen är därför att syftet med topsningen ska vara att fastställa vilka DNA-spår som tillhör vilken person. Härutöver föreskrivs också att den här bestämmelsen endast får användas vid utredningen av brott som har fängelse i straffskalan. Hit hör de allvarligare våldsbrott, som våldtäkt och mord, där masstoppingar ibland sker.<sup>129</sup>

Den bokstavstolkningsregel som säger att olika uttryck i samma lag i första hand ska tolkas som att de avser olika situationer kan medföra att RB 28:12 b inte främst ska användas för att jämföra DNA-provet med gärningspersonens DNA utan med eventuella andra DNA-spår.<sup>130</sup> Detta då RB 28:12 rimligen (bland annat) syftar till att en skäligen misstänkts DNA ska kunna jämföras med gärningspersonens. RB 28:12 b ska då enligt bokstavstolkningsregeln avse en annan situation. Visserligen är situationen annorlunda redan genom att personen som topsas inte är skäligen misstänkt, men det är fullt möjligt att göra tolkningen att det även ska gälla ett annat DNA-spår än gärningspersonens eftersom den som topsas inte ska vara skäligen misstänkt. Detta resonemang tyder på att RB 28:12 b inte ska användas för att topsa personer som är misstänkta, men inte skäligen misstänkta, och jämföra deras DNA med gärningspersonens. Någon säker slutsats om att så är fallet låter sig dock inte dras och det

---

<sup>125</sup> *Nationalencyklopedin*, identifiering. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/identifiering> (hämtad 2017-11-03).

<sup>126</sup> SAOB [[https://www.saob.se/artikel/?unik=I\\_0001-0058.P7jz@0019&pz=5](https://www.saob.se/artikel/?unik=I_0001-0058.P7jz@0019&pz=5)] 2017-11-03.

<sup>127</sup> SAOB [[https://www.saob.se/artikel/?unik=I\\_0001-0058.P7jz&pz=5](https://www.saob.se/artikel/?unik=I_0001-0058.P7jz&pz=5)] 2017-11-03.

<sup>128</sup> *Nationalencyklopedin*, identifiera. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se> (hämtad 2017-11-03).

<sup>129</sup> Jfr BrB 3:1 och 6:1.

<sup>130</sup> Ang. bokstavstolkningsregeln se Peczenik 1980 s. 71.

finns dessutom skäl som talar emot det i och med att situationen är annorlunda redan genom att det är en annan persongrupp som omfattas av RB 28:12 b än av RB 28:12.

Enligt den andra punkten måste det dessutom finnas ”synnerlig anledning att anta” att topsningen ”är av betydelse för utredningen av brottet”. Synnerlig anledning är ett väldigt starkt begrepp inom juridiken som betyder att det måste finnas väldigt starka skäl för något. Det räcker inte att det skulle kunna vara bra att topsa någon utan det måste finnas något som gör det väldigt viktigt att just den här personen topsas för att föra utredningen framåt. Detta faktum stärker resonemanget ovan om att regeln inte ska förstås som att misstänkta personer kan topsas för att jämföra deras DNA med gärningspersonens. Anledningen till det är att om någon är så misstänkt att det finns synnerlig anledning att tro att en topsning av denna person för jämförelse med gärningspersonens DNA skulle ha betydelse för utredningen så är personen rimligen skäligen misstänkt. En person som är skäligen misstänkt kan inte topsas enligt RB 28:12 b utan då ska istället RB 28:12 användas. Det är därför en rimlig slutsats att ordalydelsen av RB 28:12 b leder till att regeln framför allt ska användas för att identifiera vem DNA-spår från andra än gärningspersonen tillhör.

Den slutsats som kan dras av detta är att en objektiv tolkning av RB 28:12 b medför att regeln inte kan anses utgöra en begränsning av skyddet i RF 2:6 såvitt avser topsningar av personer som inte är misstänkta för att jämföra deras DNA med gärningspersonens. Regeln begränsar dock skyddet i RF 2:6 såvitt avser topsning av icke misstänkta personer för jämförelse med andra DNA-spår om det finns starka skäl för att tro att det skulle vara till nytta för utredningen.

Frågan nu är vad detta har för betydelse vid topsningar som har sin grund i samtycke från den som topsas. Av ordalydelsen framgår ingenting om huruvida samtyckta topsningar ska accepteras. Det medför att det finns två alternativ. Antingen kan regeln sägas inte ha någon betydelse för hur samtyckta topsningar ska behandlas, eller så kan den sägas medföra att dessa inte kan accepteras.

Det första alternativet medför att frågan får anses oreglerad, vilket innebär att den allmänt accepterade principen att allt som inte är förbjudet är tillåtet om det inte finns ”starka skäl” för motsatt bedömning aktualiseras.<sup>131</sup> I det här fallet leder det tillbaka till tolkningen av huruvida samtycke som grund för topsningar kan tillåtas enligt RF 2:6.

Det andra alternativet bygger på att RB 28:12 b förstås som uttömmande och att det inte finns någon möjlighet att topsa personer som inte är skäligen misstänkta om det inte kan

---

<sup>131</sup> Se Peczenik 1980 s. 77.

ske enligt den här bestämmelsen. Den här tolkningen leder till att RB 28:12 b ska tillämpas e contrario vilket utesluter att samtycke skulle kunna vara en grund för att topsa personer som inte är skäligen misstänkta. Förutsebarhetsskäl skulle kunna tala för en sådan tolkning eftersom det kan hävdas att när lagen tillåter topsningar av personer som inte är skäligen misstänkta bör det gå att läsa sig till exakt i vilka fall det kan ske. Dessa skäl påverkar dock inte den objektiva tolkningen utan endast hur rättssäker en tillämpning i enlighet med den objektiva tolkningen skulle vara. Rättssäkerhetsargument är nämligen inte en tolkningsgrund som accepteras vid en ordalydelsetolkning.

Ordalydelsen utesluter inget av dessa alternativ, men med hänsyn till att tillämparen ska vara väldigt försiktig med att använda sig av en e contrario-tillämpning,<sup>132</sup> kan det ändå vara lämpligare att välja det första alternativet. Ordalydelsen ger inte heller särskilt stöd för att den skulle vara uttömmande på sådant sätt att det inte skulle kunna finnas någon annan grund för att topsa personer som inte är skäligen misstänkta. Slutsatsen blir därför att den objektiva tolkningen av RB 28:12 b leder tillbaka till tolkningen av RF 2:6.

### **5.2.2 Förarbetena till RB 28:12 b – en subjektiv tolkning**

RB 28:12 b ändrades senast år 2010 i samband med att polisdatalagen ändrades. Någon större förändring skedde dock inte,<sup>133</sup> utan för att hitta motiven bakom regeln måste tillämparen söka i tidigare förarbeten.

Bestämmelsen började gälla år 2006 och innan dess hade det inte funnits något lagstöd för att topsa personer som inte var skäligen misstänkta.<sup>134</sup> I propositionen som ligger till grund för lagändringen uttalas att den grupp av personer som avses i bestämmelsen är målsäganden och vittnen men även ”andra personer mot vilka det finns misstankar som dock inte når upp till nivån skäligen misstänkta”.<sup>135</sup> Vad gäller denna senare grupp uttalas vidare att det är resurseffektivt att polisen kan topsa dessa eftersom polisen genom en enkel provtagning kan få svar på huruvida utredningen bör inriktas på den som topsats eller inte. Det konstateras också att det sedan tidigare sker DNA-provtagningar på denna grupp med stöd av samtycke.<sup>136</sup>

#### **5.2.2.1 Topsningar utan samtycke**

I propositionen argumenteras det för att det är proportionerligt att införa en möjlighet att även utan samtycke topsa personer som inte är skäligen misstänkta. Detta då det brottsbekämpande

---

<sup>132</sup> Zetterström 2012 s. 91.

<sup>133</sup> Se prop. 2009/10:85 s. 32.

<sup>134</sup> Prop. 2005/06:29 s. 18.

<sup>135</sup> Prop. 2005/06:29 s. 23.

<sup>136</sup> Prop. 2005/06:29 s. 23.



ändamålet väger över det integritetsintrång som provtagningen innebär. Dessutom används det faktum att det redan finns möjligheter att påtvinga personer som inte är skäligen misstänkta andra tvångsåtgärder och att det finns begränsningar i vad DNA-provet får användas till, som argument. Det anförs dock också att det finns ett behov av att begränsa när den här typen av provtagningar får göras.<sup>137</sup>

Begränsningen ska bland annat bestå i införandet av begreppet ”synnerlig anledning att anta [...]”, vilket ”innefattar [en] avvägning mellan intresset av skydd för den enskildes integritet och intresset av effektivitet i den brottsutredande verksamheten”.<sup>138</sup> Begreppet används vid andra typer av tvångsåtgärder och har enligt propositionen preciserats i praxis enligt följande. Det innebär ett krav på att ”det skall föreligga faktiska omständigheter som påtagligt visar att man med fog kan förvänta sig att uppnå det avsedda resultatet med åtgärden”.<sup>139</sup> Denna begränsning ska leda till att slentrianmässiga provtagningar på en stor grupp personer som inte är skäligen misstänkta, målsäganden och vittnen förhindras.<sup>140</sup> Av detta kan slutsatsen att intentionen med införandet av p. 2 i RB 28:12 b varit att i relativt stor omfattning begränsa antalet fall då bestämmelsen kan användas. Dels medför den att en intresseavvägning mellan den enskildes intresse att inte topsas och det samhälleliga intresset att topsa för att effektivisera de brottsutredande myndigheternas arbete ska göras. Dels ställer den krav på att det måste finnas starka skäl som talar för att åtgärden kommer att uppfylla sitt syfte. Det kan därför konstateras att intentionen har varit att skapa en inskränkande effekt som hindrar att paragrafen används i alltför stor utsträckning. Det stöds också av att det uttryckligen sägs att slentrianmässiga massprovtagningar inte får göras.

Vad gäller begränsningen i p. 1 i RB 28:12 b att syftet med provtagningen ska vara att underlätta identifiering så nämns det inte vad som avses med detta. Det som sägs är att några av remissinstanserna menat att detta krav bör framgå av lagtexten,<sup>141</sup> vilket vunnit gehör utan att definieras närmare i propositionen.<sup>142</sup> I den promemoria som föregick propositionen finns inte kravet på att syftet ska vara att underlätta identifiering med, däremot läggs stor vikt vid att provet endast kan användas för identifikation eftersom analysen inte möjliggör tillgång till annan information som finns i vårt DNA.<sup>143</sup> Av detta får det förstås att avsikten med att införa kravet på att provet ska tas i syfte att underlätta identifiering varit att förhindra att provet

---

<sup>137</sup> Prop. 2005/06:29 s. 24.

<sup>138</sup> Prop. 2005/06:29 s. 24.

<sup>139</sup> Prop. 2005/06:29 s. 39.

<sup>140</sup> Prop. 2005/06:29 s. 25 och s. 39.

<sup>141</sup> Prop. 2005/06:29 s. 17.

<sup>142</sup> Prop. 2005/06:29 s. 27.

<sup>143</sup> Ds 2004:35 s. 78.

analyseras på ett sådant sätt att även annan information utvinns ur det. Detta innebär alltså en begränsning eftersom syftet med topsningen måste vara att provet ska analyseras på ett sådant sätt att det går att använda för att identifiera någon. Det är också detta syfte som är det intressanta i brottsutredningar där till exempel anlag för olika sjukdomar i regel inte är intressanta att eftersöka. Det leder till slutsatsen att p. 1 i RB 28:12 b rent praktiskt främst leder till en begränsande effekt genom kravet på att utredningen ska handla om brott som har fängelse i straffskalan.

#### 5.2.2.2 *Topsningar med samtycke*

I propositionen berörs även frågan om hur topsningar med grund i samtycke förhåller sig till RF. Det understryks att skyddet i RF endast avser påtvingade ingrepp och det konstateras därför att det inte krävs lagstöd för att topsa någon som frivilligt lämnat sitt samtycke till detta.<sup>144</sup> Det som är viktigt att notera här är att uttalandena om hur RF ska förstås inte säger något om intentionen bakom RF utan endast förklarar hur regleringen tolkats vid det aktuella lagstiftningsarbetet. Den aktuella propositionen utgör nämligen inte ett förarbete till RF.

Vidare sägs i propositionen att "[r]egleringen utgår från att polisen vid provtagning med stöd av samtycke noga förvissas sig om att det föreligger ett verkligt samtycke från den som blir föremål för åtgärden".<sup>145</sup> Vad gäller frivilligheten i ett lämnat samtycke påtalas att det kan ifrågasättas på grund av det underläge en misstänkt person befinner sig i gentemot polisen, men samtidigt argumenteras det för att en sådan person själv kan ha ett intresse av att topsas för att fria sig från misstankar. Det beskrivs som "angeläget att slå vakt om den enskildes möjlighet att på frivillig väg lämna DNA-prov".<sup>146</sup>

Det kan därför konstateras att avsikten med RB 28:12 b knappast varit att utesluta att topsningar kan ske utanför lagrummet med stöd av samtycke från den som topsas. En tillämpning av paragrafen e contrario är därför omöjlig vid en subjektiv tolkning. Istället tycks avsikten ha varit att möjliggöra frivilligt samtyckta topsningar, men att ändå påtala att frivilligheten i samtycket är avgörande. Frågan är vad detta innebär för de olika typfallen.

I initiativfallet bör det leda till att topsningen är fullt godtagbar då den enskilde genom sitt initiativ visat att denne anser sig ha ett intresse av att topsas. Eftersom initiativet kommer från denne finns det ingen anledning att närmare undersöka frivilligheten då det så tydligt konstaterats i förarbetena att den enskildes vilja att fria sig själv inte behöver medföra att

---

<sup>144</sup> Prop. 2005/06:29 s. 26.

<sup>145</sup> Prop. 2005/06:29 s. 26.

<sup>146</sup> Prop. 2005/06:29 s. 25.

samtycket inte är frivilligt. Tvärtom beskrivs det som angeläget att denna vilja skyddas och möjliggörs.

I förfrågandefallet kommer initiativet istället från de brottsutredande myndigheterna vilket aktualiserar frågan om huruvida det underläge som den som är misstänkt befinner sig i påverkar frivilligheten. Här aktualiseras alltså återigen maktförhållandet mellan enskilda och de brottsutredande myndigheterna. Uttalandena i propositionen lämnar öppet för att enskilda i dessa fall också kan ha ett intresse av att få topsas, men sättet som frågan ställs på blir väldigt avgörande eftersom de brottsutredande myndigheterna (polisen i propositionen) ska förvissa sig om att samtycket är frivilligt. Ställs frågan på fel sätt eller under fel förhållanden kan frivilligheten ifrågasättas och därmed omöjliggöra att åtgärden vidtas. Vid förfrågandefall innebär detta att den person som ställer frågan måste vara försiktig med hur hen formulerar sig och med sin framtoning i övrigt. Formuleringar som på något sätt antyder att andra åtgärder kommer vidtas om den enskilde inte samtycker medför att frivilligheten kan ifrågasättas.

Begärandefallet utgör ett mellanting där delvis bristfälliga formuleringar möjligen skulle kunna övervinnas genom att den enskilde själv aktivt måste begära att ändå få topsas. Den enskildes aktivitet kan nämligen leda till att dennes berättigade intresse att kunna fria sig själv från misstankar övervinner eventuella fel i formuleringar från de brottsutredande myndigheterna som i förfrågandefallet skulle omöjliggöra en topsning. Här skulle alltså den enskildes aktivitet i begärandefallet kunna läka åtminstone vissa brister i formuleringen från de brottsutredande myndigheternas sida.

### *5.2.2.3 Masstopsningar med samtycke*

En intention med RB 28:12 b är alltså att förhindra att ett stort antal personer slentrianmässigt topsas med stöd av paragrafen. En annan är att inte förhindra att samtycken även fortsatt kan utgöra en grund för att topsa personer som är misstänkta och som vill kunna fria sig själva genom DNA-analysen. När det gäller masstopsningar kan dessa två intentioner sägas stå emot varandra. Å ena sidan vill lagstiftaren förhindra masstopsningar men å andra sidan vill lagstiftaren samtidigt möjliggöra för enskilda att bevisa sin oskuld. Om många enskilda vill kunna bevisa sin oskuld kommer det att resultera i masstopsningar.

De intressen som görs gällande som en grund för den enskilde att vilja topsas är att denne åtminstone är lite misstänkt och därför har ett intresse av att stoppa dessa misstankar. Visserligen skulle alla som inte uteslutits som gärningspersoner kunna sägas vara lite misstänkta, men frågan är om det verkligen är detta som avses. I så fall skulle alla människor

som inte begått ett visst brott menas ha ett intresse av att topsas vid utredningen av detta, och alla andra, brott för att utesluta sig själva. En sådan tolkning är knappast förenlig med intentionen att begränsa antalet personer som kan topsas med stöd av RB 28:12 b.

En möjlig slutsats av detta är att det rimligen inte kan vara lagstiftarens avsikt att hur många personer som helst ska topsas med samtycke efter att ha fått frågan i utredningen av ett brott. Mot denna slutsats kan det anföras att intentionen att förhindra att stora grupper topsas endast avser topsningar som sker tvångsvis och alltså inte är överförbar på samtyckta topsningar. Slutsatsen blir därför istället att det inte går att säkert avgöra hur samtyckta masstoppingar förhåller sig till intentionen bakom RB 28:12 b.

### **5.2.3 Ändamålet med RB 28:12 b – en teleologisk tolkning**

Den första frågan vid en teleologisk tolkning är vilket ändamål en bestämmelse har i ett fall som klart faller in under den. Ändamålet fastställs genom att tillämparen undersöker effekten av bestämmelsen.<sup>147</sup> När det gäller RB 28:12 b är det inte helt enkelt att måla upp ett fall som är klart eftersom det finns flera rekvisit som ska vara uppfyllda för att regeln ska kunna användas. Ett klart fall måste gälla en person som inte är skäligen misstänkt för brottet, men vars DNA tros finnas på brottsplatsen eller på ett föremål som kan knytas till brottet. Topsningen av personen ska då göras för att kunna identifiera vilket DNA som tillhör den här personen. Dessutom ska det på något sätt vara viktigt för utredningen att detta kan fastställas och det ska vara troligt att topsningen leder till något positivt för utredningen.

Baserat på detta kan åtminstone två effekter av regeln konstateras. Dels möjliggör den att personer som inte är skäligen misstänkta kan topsas i brottsutredningar, vilket resulterar i ökad effektivitet hos de brottsutredande myndigheterna. Dels ställer den upp höga krav för att så ska få ske och verkar därför även skyddande och begränsande. Ingen av dessa effekter kan sägas vara irrelevant vid fastställandet av ändamålet. Dessutom framgår det, som redogjorts för ovan, av förarbetena att båda dessa effekter är en del av syftet med bestämmelsen. Eftersom syftet med en regel kan vara vägledande vid fastställandet av ändamålet,<sup>148</sup> och dessa syften också kan sägas vara två effekter av regeln är det rimligt att i det här fallet bestämma dessa effekter till regelns ändamål. Att fastställa två motstridiga effekter till en regels ändamål är dock problematiskt. Ändamålet behöver därför preciseras. Det rimligaste är att konstatera att hela det straffprocessrättsliga regelverket har som mål att skapa ett effektivt brottsbeivrande. Detta kan då konstateras vara ett övergripande ändamål med regelverket. Den specifika regeln i RB 28:12 b verkar då snarare begränsande än effektiviserande genom

---

<sup>147</sup> Lehrberg 2016 s. 247.

<sup>148</sup> Ekelöf och Edelstam 2002 s. 90.

att så många krav ställs för när andra än skäligen misstänkta kan topsas med tvång. Denna regels ändamål är därför att skydda enskilda från att utsättas för topsningar i fall då förutsättningarna i regeln inte är uppfyllda.

Eftersom de två ändamål som följer av rättssystemet är motstridiga måste de vägas mot varandra vid tillämpningen i ett oklart fall.<sup>149</sup> När det gäller topsningar som har sin grund i samtycke kan det konstateras att dessa inte omfattas av ordalydelsen i RB 28:12 b vilket medför att en extensiv eller restriktiv tillämpning inte är aktuell. Istället är det en tillämpning analogt eller e contrario som kan bli aktuell för att uppnå ändamålet med regeln.<sup>150</sup> Om ändamålen i rättssystemet både är att möjliggöra topsningar av andra än skäligen misstänkta personer och att begränsa när topsningar av sådana personer får göras ställs intresset av brottsbeivrande mot ett skyddsintresse. Båda dessa intressen är starka men frågan är vilket som ska väga tyngst.

Om skyddsintresset ska väga tyngst resulterar det i att RB 28:12 b bör tillämpas e contrario på så sätt att topsningar med samtycke inte tillåts eftersom samtycke inte är en grund för topsning enligt bestämmelsen. Det som talar för en sådan tolkning är dels att skyddsintresset också kommer till uttryck i RF 2:6 vilket visar att det är väldigt starkt. Dels är ändamålet med RB 28:12 b att förstärka enskildas skydd. Det kan också argumenteras för att om skyddsintresset ska vika så bör det lagstiftas om det uttryckligen.

Om det istället är intresset av att så effektivt som möjligt kunna utreda och beivra brott som ska väga tyngst så skulle tillämparen kunna konstatera att RB 28:12 b inte kan ge någon ledning för vad som gäller vid samtycke från den som topsas. Stöd för en sådan argumentation kan hittas i förarbetena där det uttryckligen sägs att samtyckta topsningar ska kunna ske utanför RB 28:12 b. Det ändamål som följer av RB 28:12 b och som avser skyddsintresset kan då bestämmas till att endast avse skydd i fall då åtgärden ska vidtas tvångsvis. Det medför att det kan tolkas som att skyddsintresset inte alls gör sig gällande i fall där samtycke finns, vilket innebär att det brottsbeivrande intresset står själv i dessa fall. Eftersom samtyckta topsningar är förenliga med ändamålet att effektivt utreda och beivra brott medför detta i så fall att samtyckta topsningar ska tillåtas.

Här blir frågan återigen om de olika intressena kan göra sig olika starkt gällande i de olika typfallen. Såsom framkommit tidigare finns det anledning att låta skyddsintresset väga tyngre i fall där frågan kommer från de brottsutredande myndigheterna medan det istället får en svagare ställning när det är den enskilde själv som gör gällande att denne vill topsas. Det

---

<sup>149</sup> Se Ekelöf och Edelstam 2002 s. 88.

<sup>150</sup> Se Ekelöf och Edelstam 2002 s. 85-86.

medför att en teleologisk tolkning skulle kunna leda till att de olika typfallen bedöms olika. I de fall där skyddsintresset är mindre kan det vara förenligt med ändamålet att tillåta topsningar som grundar sig på samtycke medan motsatt resultat kan vara förenligt med ändamålet i fall där skyddsintresset är större.

Eftersom det hela landar i en intresseavvägning bör denna göras i det enskilda fallet där alla omständigheter som spelar in kan bedömas. Ett generellt uttalande om hur RB 28:12 b bör tolkas i alla fall av samtyckta topsningar kan svårligen göras. Slutsatsen blir därför att den teleologiska tolkningen leder till att en intresseavvägning måste göras i varje enskilt fall.

#### **5.2.4 Argument för och emot – en eklektisk tolkning**

När det gäller RB 28:12 b finns det många argument som talar emot att samtyckta topsningar påverkas av regeln. En tolkning av ordalydelsen innebär att samtyckta topsningar inte omfattas av bestämmelsen och att det inte finns några starka skäl att av det dra slutsatsen att regeln ska tillämpas e contrario. Istället leder den objektiva tolkningen till att regeln inte påverkar samtyckta topsningar. Det finns vidare förarbetsuttalanden som gör gällande att regeln inte är avsedd att påverka möjligheten att ta DNA-prov med samtycke. Även den teleologiska metoden kan leda till slutsatsen att intresset av effektivt brottsbeivrande väger över, åtminstone i vissa fall, vilket innebär att ändamålet med RB 28:12 b inte ska anses utgöra ett hinder mot att samtyckta topsningar godtas.

Det finns dock även argument som talar för motsatsen. I förarbetena uttalas det att slentrianmässiga topsningar av en stor mängd personer inte är avsedda att vara tillåtna inom ramen för RB 28:12 b. Dessutom är ändamålet att begränsa när topsningar får ske vilket leder till en intresseavvägning där skyddsintresset kan väga tyngre.

Utöver detta finns det doktrinuttalanden som är relevanta vid bedömningen. Lindberg poängterar till exempel att förarbetsuttalandena angående slentrianmässiga topsningar av en stor mängd personer leder till att lagenligheten i masstoppingar kan ifrågasättas.<sup>151</sup> Hon konstaterar också att införandet av bland annat RB 28:12 b inte löser frågan om vad som gäller för samtyckta topsningar, samtidigt som hon argumenterar för att avsikten varit att förhindra den här typen av masstoppingar.<sup>152</sup> Hon diskuterar vidare vilka skäl det kan finnas för att från samhällets sida vilja topsa med stöd av samtycke. Hon kommer fram till att dessa är att det annars inte skulle kunna ske på grund av kravet på synnerlig anledning, att det är lättare att ta provet med samtycke eftersom vissa formella regler då kan undvikas eller att

---

<sup>151</sup> Lindberg 2012 s. 654.

<sup>152</sup> Lindberg 2012 s. 64.

topsningen skulle vara förbjuden om den skedde utan samtycke. Samtliga dessa skäl menar hon är oacceptabla ur integritetssynpunkt.<sup>153</sup>

Även Hjertstedt argumenterar för att samtycken från misstänkta inte bör läggas till grund för kroppsrensningar i förfrågandefall.<sup>154</sup> För att komma till denna slutsats använder han sig av utgångspunkten att ”samtyckesbaserade kroppsrensningar endast bör tillåtas då de är till fördel för den enskilde”.<sup>155</sup> Denna utgångspunkt stöds av Westerlund som angående rekvisitet ”påtvingat” i RF 2:6 menar att frivillighet endast kan läggas till grund för att ett samtycke inte ska anses påtvingat om åtgärden som vidtas är gynnande för den enskilde.<sup>156</sup>

Rättssäkerhetsskäl kan tala för att RB 28:12 b bör tillämpas e contrario eftersom legalitetsprincipen kan sägas kräva att det ska framgå av lag i vilka fall enskilda kan topsas i brottsutredningar. Eftersom RB 28:12 b föreskriver när andra än skäligen misstänkta får topsas, men inte innehåller samtycke som grund för topsning, kan det då hävdas att regeln ska förstås motsatsvis. Kravet på förutsebarhet kan också leda till detta argument. Även motsatt argument kan dock komma av såväl legalitetsprincipen som kravet på förutsebarhet eftersom RF 2:6 talar om påtvingade ingrepp och RB 28:12 b också behandlar tvångsvisa topsningar. Det kan hävdas att det vore en oacceptabel inskränkning i enskildas självbestämmanderätt att på grundval av dessa bestämmelser förhindra enskilda från att samtycka till att topsas. Rättssäkerhetsargumenten kan därför åter sägas ha sin grund i tolkningen av ordet ”påtvingat” och därmed snarare vara kopplade till RF än till RB.

Det sagda innebär att det finns skäl att ifrågasätta om topsningar bör kunna företas med grund i samtycke, men att det inte är en slutsats som följer av tolkningen av RB 28:12 b. Istället kan det bli en möjlig slutsats när denna bestämmelse tolkas tillsammans med RF 2:6. De argument som tas upp för att topsningar på grund av samtycke inte ska vara tillåtna har nämligen inte sin grund i tolkningen av RB 28:12 b utan snarast i principiella ställningstaganden angående samtycken, vilket leder tillbaka till tolkningen av RF 2:6. Det är också främst vid tolkningen av RF 2:6 som rättssäkerhetsskälerna gör sig gällande.

### **5.2.5 Sammanfattning och rättssäkerhetsaspekter**

En objektiv tolkning av RB 28:12 b leder till slutsatsen att regeln inte behandlar samtyckta topsningar utan att dessa istället måste tolkas under andra regler. En e contrario-tillämpning skulle kunna vara möjlig men bygger i så fall snarare på tolkningen av RF 2:6 än på

---

<sup>153</sup> Lindberg 2012 s. 64.

<sup>154</sup> Hjertstedt 2016/2017 Del II s. 904.

<sup>155</sup> Hjertstedt 2016/2017 Del II s. 902.

<sup>156</sup> Westerlund 2013 s. 28-29.

tolkningen av RB 28:12 b. Om samtyckta topsningar skulle anses påtvingade under RF 2:6 är det nämligen möjligt att förstå RB 28:12 b som uttömmande vilket möjliggör att den tillämpas e contrario. Det finns också rättssäkerhetsskäl som talar för en sådan tolkning. Det är dock även möjligt att inte tillmäta bestämmelsens ordalydelse någon betydelse för topsningar som sker med samtycke eftersom dessa inte behandlas i ordalydelsen. Även här kan rättssäkerhetsskäl aktualiseras. Exempelvis kan det hävdas att om enskildas självbestämmanderätt ska inskränkas bör det framgå uttryckligen av lag.

En subjektiv tolkning leder till att en e contrario-tillämpning inte kan göras. Istället medför denna tolkning att samtyckta topsningar som huvudregel bör godtas. Det är framför allt i förfrågandefallet som det kan finnas skäl att frånga denna huvudregel eftersom frivilligheten i samtycket kan ifrågasättas när initiativet kommer från de brottsutredande myndigheterna. I begärandefallet kan den enskildes aktivitet leda till att frivilligheten inte bör ifrågasättas. Gällande rättssäkerhet kan det sägas att stor tyngd läggs på den enskildes rätt att frivilligt få topsas eftersom denne anses ha ett berättigat intresse att kunna bevisa sin oskuld. Det argumentet är väl förenligt med till exempel hänsynsprincipen om det är en mindre olägenhet för en enskild att topsas än att utsättas för andra utredningsåtgärder. I det argumentet ligger dock en motsägelse eftersom risken att utsättas för något den enskilde upplever som värre i sig utgör en grund för att ifrågasätta frivilligheten i ett samtycke. Det kan därför ifrågasättas om det inte riskerar att rubba rättssäkerheten om en rädsla för andra utredningsåtgärder godtas som grund för att topsa enskilda. Det kan också ifrågasättas om det är förenligt med till exempel oskuldspresumtionen och objektivitetsprincipen.

När det gäller masstopsningar ger den subjektiva metoden upphov till problem. Detta eftersom intentionen å ena sidan tycks ha varit att förhindra masstopsningar men å andra sidan att möjliggöra för enskilda att samtycka till topsningar. Frågan här är om det är förenligt med behovsprincipen att topsa personer på alltför svaga grunder även om de samtycker. Ändamålsprincipen kan också skapa problem när topsningar sker med samtycke eftersom det inte finns ett i lag fastslaget ändamål med dessa topsningar.

Den teleologiska tolkningen leder till att en bedömning av hur de olika intressena gör sig gällande måste göras i varje enskilt fall. När skyddsintresset väger över bör en topsning med samtycke inte kunna godtas. Även om rättssäkerheten inte uttryckligen används som ett argument här kan den sägas bli beaktad i och med att skyddsintresset måste bedömas.

Slutligen leder också den eklektiska tolkningen tillbaka till tolkningen av RF 2:6 och hur samtycken kan förhålla sig till rekvisitet ”påtvingat”. Det medför att det i stort är samma rättssäkerhetsskäl som gör sig gällande vid en eklektisk tolkning som vid en objektiv.



### 5.3 Tolkningen av RB 28:13 och RB 28:1 st. 3

Som nämnts ovan har Hjertstedt uttalat att det finns skäl att tillämpa RB 28:1 st. 3 analogt vid kroppsbesiktningar. Som grund för detta hänvisar han till att "[d]et förefaller som att tvångsmedelsregleringen i RB till viss del är föråldrad" och att HD i två rättsfall om editions- och exhibitionsförelägganden motiverat "en analogvis tillämpning med att de skäl som föranlett vissa skillnader mellan regleringen i RB 38 kap. 2 § och RB 39 kap. 5 § överspelats av den tekniska utvecklingen".<sup>157</sup> Det tycks därför som att han vill hävda att syftet med att inte låta RB 28:13 hänvisa även till RB 28:1 st. 3 inte längre är förenligt med intentionen och ändamålet på grund av utvecklingen. Vilket leder honom till slutsatsen att det skulle vara ändamålsenligt att tillämpa RB 28:1 st. 3 analogt trots att hänvisning saknas i RB 28:13. Här ska därför undersökas hur en analog tillämpning av RB 28:1 st. 3 förhåller sig till de olika tolkningsmetoderna.

I inledningen till detta kapitel har innehållet i RB 28:13 och i RB 28:1 st. 3 redogjorts för. Här ska därför endast förtydligas att RB 28:1 st. 3 enbart ställer krav på att en enskild ska begära husrannsakan för att ett samtycke ska få läggas till grund för åtgärden när den enskilde är misstänkt. Det ställs dock inte krav på en så kvalificerad misstankegrad som "skäligen misstänkt" för att bestämmelsen ska gälla.

#### 5.3.1 Ordalydelsen – en objektiv tolkning

En analogi kan aldrig vara aktuell vid en objektiv tolkning eftersom en analogi till sin natur innebär en tillämpning utanför ordalydelsen. En ordalydelse-tolkning bör därför leda antingen till att RB 28:1 st. 3 inte alls ges någon betydelse vid frågan om samtyckta topsningar eller till att en e contrario-tillämpning görs.

En objektiv tolkning lämnar inget utrymme att förstå ordalydelsen i RB 28:13 som att RB 28:1 st. 3 kan gälla vid kroppsbesiktningar. De uppräknade paragraferna framstår snarast som en uttömmande lista vilket leder till slutsatsen att bestämmelsen skulle kunna tillämpas e contrario. Inte heller ordalydelsen i RB 28:1 st. 3 lämnar något utrymme att tillämpa bestämmelsen på någon annan tvångsåtgärd än husrannsakan. Även här ligger slutsatsen att en e contrario-tillämpning ska göras vid andra tvångsåtgärder nära till hands.

En tillämpning e contrario leder till två alternativ. Det första är att lagtexten förstås så att eftersom bestämmelserna om kroppsbesiktning inte hänvisar till RB 28:1 st. 3 får ett samtycke åberopas som skäl för en kroppsbesiktning av misstänkta oavsett om den som topsas begär det själv eller inte. Det andra är att lagtexten istället förstås som att eftersom

---

<sup>157</sup> Hjertstedt 2016/2017 Del I s. 665.

ingen hänvisning görs till RB 28:1 st. 3 så kan ett samtycke från en misstänkt aldrig läggas till grund för en kroppsbesiktning, inte ens om denne själv begär det. Båda dessa alternativ är förenliga med ordalydelsen i båda bestämmelserna och det går inte att avgöra enbart utifrån ordalydelsen vilket som är att föredra.

### 5.3.2 Förarbetena – en subjektiv tolkning

I propositionen som låg till grund för införandet av RB 28:12 b redogörs för att topsningar bör anses utgöra kroppsbesiktningar vilket leder till konstaterandet att RB 28:13 därmed ska omfatta även dessa topsningar.<sup>158</sup> Det första stycket i RB 28:13 fanns med redan vid införandet av RB år 1942.<sup>159</sup> Hänvisningen till RB 28:3 a tillkom dock år 1989 när denna bestämmelse infördes.<sup>160</sup> Propositionen som föregick införandet av RB innehåller inte någon närmare förklaring till utformningen av RB 28:13 och skälen som låg till grund för vilka paragrafer som det hänvisas till. I NJA II 1943 sägs att RB 28:13 väsentligen överensstämmer med vad som gällde redan innan denna bestämmelse infördes.<sup>161</sup> Vilken anledning som ligger bakom att RB 28:13 inte hänvisar till RB 28:1 st. 3 framgår därför inte av förarbetena till RB vilket medför att en slutsats om intentionen är svår att dra.

Däremot sägs det gällande målsäganden att denna ska kunna samtycka till kroppsbesiktning men att det inte ska vara en skyldighet. Att som målsägande inte lämna sitt samtycke förklaras i regel kunna innebära ett sämre bevisläge för denne.<sup>162</sup> Beträffande andra än målsäganden nämns inget men eftersom det antyds att grunden för att målsäganden kan samtycka är att det ligger i dennes intresse att låta sig undersökas kan det ifrågasättas om det överhuvudtaget bör vara möjligt för en misstänkt person att samtycka. Visserligen kan det ligga i dennes intresse att kunna utesluta sig själv som misstänkt, men mot bakgrund av att det inte är den som är misstänkt som ska bevisa sin oskuld kan det sägas att detta intresse inte bör väga tyngre än det skyddsintresse som uppenbarligen finns bakom regleringen. Uttalandena om målsäganden i förarbetena tyder därför på att det endast är målsäganden som varit avsedd att kunna kringgå reglerna genom att samtycka. Intentionen tycks därför inte ha varit att en misstänkt överhuvudtaget skulle kunna samtycka, vilket då leder till den möjliga slutsatsen att RB 28:13 inte hänvisar till RB 28:1 st. 3 eftersom inte ens en begäran från den misstänkte ska kunna läggas till grund för en kroppsbesiktning. Det öppnar för en e contrario-

---

<sup>158</sup> Prop. 2005/06:29 s. 26.

<sup>159</sup> Se prop. 1942:5 s. 67.

<sup>160</sup> Se prop. 1988/89:124 s. 7.

<sup>161</sup> NJA II 1943 s. 374.

<sup>162</sup> NJA II 1943 s. 373.

tillämpning av RB 28:13 som innebär att misstänkta inte alls kan samtycka eftersom hänvisning till RB 28:1 st. 3 saknas.

Även RB 28:1 st. 3 fanns med redan vid införandet av RB.<sup>163</sup> Inte heller beträffande denna regel finns någon närmare motivering i propositionen. En förklaring av intentionen står inte heller att finna i NJA II 1943 där andra delar av lagrummet ges en motivering.<sup>164</sup> Bylund hänvisar till NJA II 1933 s. 114 och säger att syftet bakom bestämmelsen varit att den misstänkte inte ska ”känna sig tvungen” att acceptera en husrannsakan, efter att ha fått frågan, för att förhindra att misstankarna stärks.<sup>165</sup>

Frågan vid en intentionstolkning blir därför om detta skäl kan göras gällande även vid andra tvångsmedel. Att det finns anledning att ifrågasätta frivilligheten i ett samtycke som följer av en förfrågan från företrädare för de brottsutredande myndigheterna även vid topsningar har framgått ovan. Även en kroppsbesiktning är integritetskränkande och kan därmed vara känslig för den enskilde på samma sätt som en husrannsakan. Detta gäller också vid topsningar, även om dessa inte utgör den mest integritetskränkande formen av kroppsbesiktning. Det kan därför konstateras att samma skyddsintresse finns vid topsningar som vid husrannsakingar vilket talar för att intentionen bör ha varit att uppställa samma skydd vid båda fallen. Detta motsägs dock av det faktum att det inte gjordes. Hade intentionen varit att kravet på begäran skulle gälla även vid fall av kroppsbesiktningar hade det rimligen framgått av lagen. Slutsatsen måste därför bli att det inte kan ha varit lagstiftarens avsikt att även kroppsbesiktningar skulle omfattas av RB 28:1 st. 3. Det innebär att en väldigt extensiv tillämpning knappast kan låta sig göras och det talar också emot en analogi. Det utesluter dock inte en e contrario-tillämpning som innebär att misstänkta överhuvudtaget inte kan samtycka till kroppsbesiktningar.

Denna slutsats innebär inte heller ett absolut hinder mot att de skäl som ligger bakom RB 28:1 st. 3 även kan göras gällande vid topsningar när utvecklingen nu gått framåt. Skyddsintentionen kan därför medföra att en analogi bör göras, vilket skulle innebära att de som är misstänkta inte skulle kunna topsas annat än om de själva begär det. En sådan tolkning av intentionen bakom RB 28:1 st. 3 skulle alltså leda till att topsningar inte skulle kunna accepteras i förfrågandefallet. Däremot skulle topsningar i initiativfallet vara tillåtna. Begärandefallet skulle kräva en bedömning i det enskilda fallet men borde som huvudregel

---

<sup>163</sup> Se prop. 1942:5 s. 65.

<sup>164</sup> NJA II 1943 s. 369-370.

<sup>165</sup> Ekelöf m fl 2006 s. 119.

betraktas som tillåtna eftersom begäran kommer från den enskilde. Det är endast i fall som ligger nära förfrågandefallet som samtycket bör ifrågasättas.

Trots det som nu sagts ligger det närmast till hands att förstå intentionen bakom lagen som att RB 28:1 st. 3 inte är avsedd att gälla vid kroppsbesiktningar. Det innebär att även om det inte är omöjligt att inom ramen för en subjektiv tolkning acceptera en analog tillämpning av RB 28:1 st. 3 vid topsningar så ligger inte en sådan tolkning närmast till hands. Om det innebär att regeln bör tillämpas e contrario eller om den inte bör anses ha någon betydelse för samtyckta kroppsbesiktningar framgår inte av förarbetena till RB. Däremot tyder vissa uttalanden på att lagstiftaren inte avsett att misstänkta samtycke till kroppsbesiktningar ska läggas till grund för att vidta sådana åtgärder varför en e contrario-tillämpning av RB 28:13 skulle kunna vara möjlig.

### **5.3.3 Ändamålet – en teleologisk tolkning**

Den effekt som följer av RB 28:1 st. 3 är att de brottsutredande myndigheterna inte kan vidta en husrannsakan hos någon som misstänks för ett brott utan att ha antingen lagstöd eller en begäran från den misstänkte. Enbart ett samtycke kan inte läggas till grund för åtgärden. På så sätt ställer regeln upp ett skydd för den som är misstänkt, oavsett misstankegrad, mot att efter påtryckningar samtycka för att förhindra misstankarna. Samtidigt möjliggör regeln att en husrannsakan kan vidtas med samtycke under förutsättning att den enskilde själv begär det. Det innebär att även denna regel kan sägas ge uttryck för den intresseavvägning mellan behovet av skydd och behovet av att möjliggöra samtyckta ingrepp som följer av RB 28:12 b. I detta fall gäller intresseavvägningen dock inte kroppsliga ingrepp utan enbart vid tvångsåtgärden husrannsakan. Ändamålet med regeln blir alltså i första hand att skydda enskilda eftersom detta måste anses vara den främsta effekten. Frågan är därför om det ändamål som finns vid husrannsakan även kan göras gällande vid kroppsbesiktningar i form av topsningar.

Att det är samma intressen som aktualiseras i båda fallen talar för att ändamålet bör vara aktuellt även vid kroppsbesiktningar. Dessutom är en av fördelarna med den teleologiska metoden att ändamål som framkommer i lagstiftningen kan läggas till grund för tolkningen av fall som inte faller inom en lagregels ordalydelse.<sup>166</sup> Detta innebär att det finns större möjlighet att acceptera att en analogi görs med RB 28:1 st. 3 när den teleologiska metoden används än vad som är fallet med den objektiva och den subjektiva metoden. Lagreglerna ska nämligen tillämpas på ett sådant sätt i de oklara fallen att helhetsresultatet blir så ändamåls-

---

<sup>166</sup> Se Lehrberg 2016 s. 247.

enligt som möjligt.<sup>167</sup> Analog tillämpning ligger då nära till hands när samma intressen är aktuella som i ett reglerat fall men där regleringen inte avser det aktuella fallet.

Frågan här är då om det finns några andra skäl som talar emot att en analogi ska göras. Det starkaste skälet emot en analogi är ordalydelsen av regeln som tydligt visar att regeln endast gäller vid husrannsakan. Ordalydelsen utgör dock inget hinder mot att låta ändamålet med regeln spela in även utanför dess omedelbara tillämpningsområde.

Det sagda leder till slutsatsen att en teleologisk tolkning medger att RB 28:1 st. 3 tillämpas analogt på fall av kroppsbesiktningar. En analog tillämpning innebär som sagts ovan att topsningar i förfrågandefall inte kan accepteras medan topsningar i initiativfall är tillåtna. I begärandefall bör som huvudregel en begäran accepteras, men eftersom det i dessa fall är de brottsutredande myndigheterna som väckt frågan kan det undantagsvis finnas skäl att i det enskilda fallet inte tillmäta en begäran betydelse.

#### **5.3.4 Sammanvägning av argument – en eklektisk tolkning**

Det första argumentet gällande tolkningen av RB 28:13 och RB 28:1 st. 3 som behandlats ovan är att ordalydelsen tyder på att en analogi inte kan göras. Tvärtom är en tillämpning e contrario mer rimlig. Det andra argumentet är att intentionen bakom RB rimligen varit att det ska finnas en skillnad mellan husrannsakan och kroppsbesiktning eftersom det i RB 28:13 inte hänvisas till RB 28:1 st. 3. Denna intention har inte kunnat bekräftas närmare i förarbetena till RB eftersom dessa inte innehåller någon närmare motivering till varför det görs en skillnad. Det är istället det faktum att det görs en skillnad som får ligga till grund för antagandet att denna skillnad är i enlighet med intentionen. Frågan som uppstår är vad denna skillnad innebär. Antingen kan den tolkas som att misstänkta överhuvudtaget inte är menade att kunna samtycka till kroppsbesiktningar eller så kan den tolkas som att ett samtycke från en misstänkt ska ges verkan även om denne inte begärt åtgärden själv. Slutligen medför den teleologiska metoden ett ändamålsargument som talar för att en analogi med RB 28:1 st. 3 bör göras vid topsningar som har sin grund i samtycke.

Härutöver framförs i doktrinen också en del argument. Hjertstedt argumenterar för att RB 28:1 st. 3 bör tillämpas analogt på fall av kroppsrensningar eftersom regeln kan ha kommit till för att reglera ett fall som lagstiftaren sett som speciellt viktigt och relevant i praktiken. Han menar vidare att det då lämnats till tillämparen att bedöma vad som ska gälla i andra, oreglerade, fall där samtycke till ingrepp är aktuella.<sup>168</sup> Bylund argumenterar för att kroppsvisitation med mera, vilket i sammanhanget får förstås kunna innefatta också

<sup>167</sup> Ekelöf och Edelstam 2002 s. 86.

<sup>168</sup> Hjertstedt 2016/2017 Del I s. 665.

kroppsbesiktningar, utgör ett tvångsmedel även om det sker med samtycke. Han argumenterar vidare för att den straffprocessrättsliga regleringen huvudsakligen inte är dispositiv för enskilda och att skyddet i RF 2:6 endast kan begränsas genom lag och inte genom avtal. Den slutsats han drar är att det är tveksamt om ett samtycke tillsammans med en e contrario-tillämpning av RB 28:1 st. 3 verkligen kan medföra en dispositiv effekt på så sätt att ingreppet accepteras på grund av samtycket.<sup>169</sup> Mot bakgrund av risken för att enskilda känner sig tvungna att acceptera ingrepp om de får en fråga om att samtycka för att inte göra sig själva mer misstänkta säger han även följande. ”Det kan därför ifrågasättas om inte ett effektivt grundlagsskydd kräver, att beslutsfattaren överhuvudtaget inte får tillfråga den enskilde, om han samtycker till åtgärden – särskilt om detta saknar rättslig relevans och svaret kan missbrukas till nackdel för den tillfrågade.”<sup>170</sup> Dessa argument talar alla för att en analog tillämpning av RB 28:1 st. 3 bör göras om samtyckta topsningar överhuvudtaget ska tillåtas.

Härutöver skulle det faktum att topsningar med samtycke enligt uppgifter i media tycks förekomma i relativt stor utsträckning kunna tala för att dessa bör få ske. Det tyder nämligen på att rättsreglerna har tolkats så att den typen av topsningar är tillåtna. En tillämpare som vill hävda motsatsen måste ha starka skäl för det. Dessutom måste det beaktas vad det skulle innebära om alla de topsningar som skett skulle bestämmas vara otillåten tvångsmedelsanvändning. Detta resonemang utgör egentligen inget argument gällande hur lagen ska tolkas utan snarare en praktisk invändning mot att ändra ett till synes rådande tolkningsläge. Tillämparen kan knappast bortse från invändningen men kan rimligen inte heller låta den väga alltför tungt. Invändningen är nämligen inte särskilt stark om man betänker att det den säger är att det blir för betungande att rätta det här om tolkningen av reglerna leder till slutsatsen att tillämpningen är och har varit felaktig.

Det bör också nämnas att lagstiftarens passivitet skulle kunna tala för att det fenomen med masstoppingar som uppstått inte anses problematiskt. Att medierna rapporterar om det gör att det knappast kan ha passerat obemärkt och eftersom lagstiftaren inte reagerat kan det hävdas att det är väl förenligt med dennes vilja. Detta kan dock inte sägas vara ett speciellt starkt argument eftersom denna passivitet svårligen kan läggas till grund för att förklara intentionen bakom en lag. Inte heller kan allt som lagstiftaren av olika skäl väljer att inte agera mot anses legitimerat på grund av denna passivitet.

---

<sup>169</sup> Ekelöf m fl 2006 s. 128-130.

<sup>170</sup> Ekelöf m fl 2006 s. 130.

Det finns vidare förarbetsuttalanden som kan läggas till grund för att argumentera emot en analog tillämpning eftersom dessa tyder på att avsikten inte varit att misstänkta ska kunna samtycka till kroppsbesiktningar. Detta argument kan även användas för att förklara vikten av att RB 28:1 st. 3 tillämpas analogt eftersom det skydd som är avsett att komma av skillnaden mellan kroppsbesiktningar och husrannsakan annars helt går förlorat när tillämparna i så stor utsträckning tillmäter enskildas samtycke betydelse trots att det inte varit avsett.

Här måste också beaktas att lagstiftaren i förarbetena till RB 28:12 b uttryckligen säger att topsningar med samtycke ska kunna ske om samtycket lämnats frivilligt. Det medför att det skulle vara problematiskt att helt underkänna samtycke som en grund för topsningar. Betoningen på frivilligheten i samtycket kan dock läggas till grund för att en analogi med RB 28:1 st. 3 bör göras. Det är nämligen just frivilligheten i samtycket som kan förstärkas genom att det är den enskilde som ska begära åtgärden för att den ska vara godtagbar.

Sammantaget kan det konstateras att det finns många argument för att tillämpa RB 28:1 st. 3 analogt vid topsningar. Argumenten emot är inte lika många och bygger främst på ordalydelsen. Slutsatsen måste därför bli att en eklektisk tolkning av RB 28:1 st. 3 medför att bestämmelsen ska tolkas analogt på fall där topsningar sker med samtycke av den som topsas.

### **5.3.5 Sammanfattning och rättssäkerhetsaspekter**

När det gäller tolkningen av RB 28:13 och RB 28:1 st. 3 leder de olika metoderna till olika resultat. Dessa resultat är i stor utsträckning oförenliga vilket i sig leder till ett rättssäkerhetsproblem eftersom det betyder att det inte klart går att säga hur lagen ska förstås. Det innebär att förutsebarheten blir lidande och att det blir svårt att uppfylla legalitetsprincipen.

Den objektiva metoden utesluter att en analogi görs men lämnar öppet för att göra en e contrario-tillämpning. Vad en sådan skulle innebära är dock inte möjligt att fastställa utifrån ordalydelsen eftersom två alternativ är möjliga. Det krävs andra typer av argument än de som tillåts inom ramen för den objektiva tolkningen för att bestämma vilket alternativ som är att föredra. Rättssäkerhetsskäl talar för att tolkningen bör vara att samtyckta topsningar inte tillåts eftersom bristen på hänvisning till RB 28:1 st. 3 kan förstås som att misstänkta överhuvudtaget inte ska kunna samtycka till kroppsbesiktningar, inte ens om de själva begär det. Detta eftersom det torde vara mindre problematiskt ur rättssäkerhetssynpunkt att inte godta samtycke som grund för topsningar än motsatsen när båda alternativen är möjliga. Anledningen till det är att rättssäkerheten kräver förutsebarhet och lagstöd för tvångsåtgärder mot enskilda. Det går emellertid också att anföra rättssäkerhetsskäl som grund för det andra alternativet som innebär att bristen på hänvisning istället tolkas som att även misstänkta kan

samtycka till kroppsbesiktningar eftersom det inte framgår av lagtexten att de måste begära det. Det är framför allt behovsprincipen och hänsynsprincipen som kan sägas medföra att om den enskilde föredrar att topsas framför att utsättas för andra utredningsåtgärder så bör denne kunna få sin vilja igenom. Utöver möjligheten att göra en e contrario-tillämpning lämnar ordalydelsen också öppet för möjligheten att inte tillmäta RB 28:1 st. 3 någon betydelse alls vid bedömningen av hur samtyckta topsningar förhåller sig till lagstiftningen. Detta alternativ resulterar istället i att tillämparen inte kan komma till någon slutsats på grundval av RB 28:13 och RB 28:1 st. 3. Det är istället RF 2:6 som återstår att tolka.

Med en subjektiv tolkning är det inte omöjligt att tillämpa RB 28:1 st. 3 analogt men det kan troligen ligga närmare till hands att göra en e contrario-tillämpning som innebär att samtycken inte godtas. Detta eftersom uttalanden angående målsägandens möjlighet att samtycka till kroppsbesiktningar tyder på att denne ska kunna göra det på grund av att det ligger i dennes intresse. Samma resonemang låter sig inte föras angående misstänkta även om det kan ligga i deras intresse att bevisa sin oskuld. Deras primära intresse torde nämligen vara att inte utsättas för tvångsåtgärder utan att det finns en grund för det som godkänts av lagen. Detta innebär att den subjektiva tolkningen som bygger på intentionen bakom RB 28:13 och RB 28:1 st. 3 kan sägas vara väl förenlig med de rättssäkerhetsskäl som berörts ovan.

Den teleologiska tolkningen leder inte till en e contrario-tillämpning utan istället till att RB 28:1 st. 3 bör tillämpas analogt på topsningar med samtycke från misstänkta personer. Detta eftersom ändamålet med regeln är tillämpligt även vid kroppsbesiktningar. En analog tillämpning kan som utgångspunkt vara problematisk inom straffrätten på grund av rättssäkerhetsperspektivet eftersom den innebär att en regel tillämpas utanför sin ordalydelse.<sup>171</sup> I de fall en analogi övervägs i syfte att skydda enskildas intresse kan det dock inte vara acceptabelt att avstå på grund av att analogier generellt ska undvikas. Istället kan rättssäkerhetsskäl då tala för att en sådan bör göras. När det gäller topsningar kan det argumenteras för att det finns ett berättigat intresse hos enskilda att kunna samtycka till topsningar eftersom det uttalas i förarbetena till RB 28:12 b. För att säkerställa att detta berättigade intresse kan förverkligas utan att övertolkas eller utnyttjas kan det då av rättssäkerhetsskäl vara lämpligt att låta RB 28:1 st. 3 tillämpas analogt. Den teleologiska tolkningen är därför inte nödvändigtvis oförenlig med de rättssäkerhetskrav som finns på straffprocessrättens område.

---

<sup>171</sup> Se avsnitt 3.4.2 Analog tillämpning ovan.



Vad gäller den eklektiska tolkningen innebär även den att en analogi bör göras. Det innebär att samma rättssäkerhetsaspekter som vid den teleologiska tolkningen aktualiseras.

Slutsatsen är därför att både en e contrario-tillämpning som innebär att samtycken inte alls godtas och en analog tillämpning som innebär att enskilda måste vara aktiva och begära att topsas för att samtycket ska anses godtagbart är förenligt med de rättssäkerhetskrav som är aktuella vid tvångsmedelsanvändning.

Om en analog tolkning görs innebär det att topsningar av misstänkta i såväl initiativfallet som begärandefallet måste godtas medan förfrågandefallet inte kan accepteras. Detta eftersom det är i de två förstnämnda fallen som den enskilde är aktiv på ett sådant sätt att det kan anses att denne begär åtgärden. I förfrågandefallet däremot godkänner den enskilde endast att topsas efter att ha fått en fråga utan att själv vara aktiv vilket innebär att denne inte begärt åtgärden.

Vid en e contrario-tillämpning kan inte topsningar i något fall godkännas endast på grund av ett samtycke, eller en begäran, från den som är misstänkt. Istället krävs att topsningen kan göras enligt någon av de bestämmelser som möjliggör tvångsvis topsning. I andra fall kan topsningar inte godkännas.

## **6 Rättssäkerhetssynpunkter och masstopsningar**

### ***6.1 Inledning***

Samtliga tolkningsmetoder har visat att ett samtycke som grund för en topsning kan vara problematiskt i alla typfall, men framför allt vid förfrågandefallet. Det är intressant med tanke på att det rimligen är till detta typfall som de flesta av de masstopsningar som sker kan hänföras. Det finns därför anledning att analysera masstopsningar ur rättssäkerhetsperspektivet.

### ***6.2 Förutsebarhet och legalitetsprincipen***

Det är uppenbart att det faktum att det finns utrymme att tolka reglerna på olika sätt innebär ett problem ur förutsebarhetsperspektiv. Om flera tolkningar är möjliga är det nämligen omöjligt för enskilda att läsa sig till vad som gäller. Det medför att det inte går att förutse under vilka förhållanden som man riskerar att utsättas för ett straffprocessuellt tvångsmedel i form av en kroppsbesiktning genom topsning.

I förhållande till samtyckt tvångsmedelsanvändning kan det kanske tyckas mindre viktigt eftersom samtycket utgör grunden för åtgärden och möjligheten att samtycka ligger hos den enskilde. Som framhållits tidigare är det dock inte säkert att enskilda upplever någon större möjlighet att säga nej till de brottsutredande myndigheterna, vilket innebär att det är ytterst viktigt att det tydligt framgår av lagen om ett samtycke räcker för att åtgärden ska få vidtas. Framför allt är det viktigt för att göra åtgärden legitim eftersom den annars kan ifrågasättas utifrån legalitetsprincipen. Att som nu, i brottsutredningar, topsa enskilda med deras samtycke som grund kan alltså vara oförenligt med legalitetsprincipen.

Det kan dock hävdas att det också vore oförenligt med legalitetsprincipen att inte acceptera samtycke som grund för topsning eftersom det inte finns något lagstöd för att enskilda inte har rätt att samtycka. Enskildas självbestämmanderätt skulle då begränsas på ett oskäligt sätt om de inte anses äga rätten att bestämma om de vill topsas eller inte. Här bör dock beaktas att myndigheter har större frihet att vägra att vidta en åtgärd som de inte har lagstöd för än att vidta en åtgärd utan lagstöd. Det ligger i det demokratiska samhällets natur att myndigheter inte bör agera mot enskilda utan lagstöd. Det torde därför vara mer förenligt med legalitetsprincipen att hävda att myndigheter inte får använda enskildas samtycke som grund för topsningar om det inte framgår av lag än att hävda motsatsen. Detta gäller framför allt vid förfrågandefallet där initiativet kommer från myndigheterna.

### ***6.3 Proportionalitetsprincipen***

Att lägga någons samtycke till grund för att topsa denne för att kunna avföra personen som misstänkt kan nog många gånger anses proportionerligt mot bakgrund av att samtycket tyder

på att den enskilde själv inte ser ingreppet som alltför betungande. Att kunna avföra personer från en brottsutredning är rimligen till stor nytta för de brottsutredande myndigheterna och därmed finns det ett samhällsligt intresse av att kunna göra det. Frågan är dock om det fortfarande kan anses proportionerligt om det är flera hundra personer som topsas för att avföras trots att det rimligen inte kan finnas några konkreta misstankar riktade mot var och en dem. Nyttan med varje enskild topsning måste nämligen väga över det intrång som den utgör.<sup>172</sup> Rimligen kan nyttan med varje topsning i en utredning med många hundra provtagningar ifrågasättas vilket gör att även proportionaliteten i varje topsning kan betvivlas.

Det medför att även om en enskild topsning baserad på samtycke skulle kunna vara proportionerlig på grund av att den enskilde genom att samtycka visar att denne godtar ingreppet, är det inte säkert att den bör anses proportionerlig om alltför många andra topsningar också gjorts. Var gränsen för hur många topsningar som kan vara proportionerliga ska dras låter sig svårligen avgöras. Det som kan konstateras är istället att den rimligen passerats när hundratals personer topsats under väldigt korta perioder. Om en utredning däremot pågått under många år och det under dessa år topsats ett antal personer där misstankar av åtminstone någon substans förelegat är det inte orimligt att åtgärderna kan anses proportionerliga.

#### ***6.4 Behovs- och ändamålsprinciperna***

Eftersom det inte framgår av lag huruvida samtyckta topsningar får ske finns det inte heller något lagstadgat ändamål för den typen av topsningar. Det medför att ändamålsprincipen sätts ur spel vid samtyckta topsningar, vilket innebär att den del av behovsprincipen som är kopplad till ändamålet också sätts ur spel.

Avseende behovsprincipen finns det dock fler aspekter. Det ska föreligga ett verkligt behov av att vidta åtgärden och detta behov får inte ha sin grund i att det gör myndigheternas arbete lättare.<sup>173</sup> I brottsutredningar där hundratals topsningar görs efter samtycke från enskilda kan det ifrågasättas om det verkligen har funnits ett behov av åtgärden i särskilt många av de fall där den vidtagits. Det kan rimligen inte föreligga särskilt starka misstankar mot alla de som topsats vilket utesluter att misstankarna kan innebära ett behov. Det framstår snarast som att topsningarna i dessa fall vidtagits just för att det gör utredningen lättare för de brottsutredande myndigheterna. Är så fallet innebär det att de inte är godtagbara.

I behovsprincipen ligger också att de brottsutredande myndigheterna ska välja den minst ingripande åtgärden i förhållande till enskilda. Det medför att det skulle kunna finnas utrymme att ändå godta samtyckta topsningar i fall då den enskilde skulle uppleva andra

---

<sup>172</sup> Se avsnitt 2.3 Proportionalitetsprincipen.

<sup>173</sup> Se avsnitt 2.4 Behovsprincipen.

åtgärder som mer ingripande. Mot bakgrund av det faktum att den enskilde vill samtycka för att slippa andra åtgärder, finns det dock anledning att ifrågasätta frivilligheten i samtycket, vilket försvagar argumentet avsevärt. Samtycken som inte är frivilliga får nämligen inom ramen för RF 2:6 anses påtvingade och därmed får åtgärden inte vidtas utan lagstöd.

### **6.5 Hänsynsprincipen**

Eftersom hänsynsprincipen bland annat innebär att enskilda inte ska utsättas för misstanke i onödan,<sup>174</sup> kan masstopsningar verkligen anses oförenliga med denna princip. Detta eftersom alla de som tillfrågas om att topsas i stora brottsutredningar rimligen får en känsla av att de är misstänkta i betydligt större utsträckning än vad de hade fått om de bara förhörts upp-lysningsvis. Det innebär att en stor skara personer utsätts för en större olägenhet än vad som hade varit nödvändigt på grund av att det förenklar för myndigheterna. Det kan knappast anses godtagbart då dessa personer rimligen inte har några konkreta misstankar riktade mot sig utan enbart tillhör en (potentiellt väldigt stor) grupp som gärningspersonen antas tillhöra.

I de andra typfallen, där initiativet kommer från den enskilde eller det åtminstone krävs en större aktivitet från dennes sida, kan det dock vara förenligt med hänsynsprincipen att låta den enskilde välja att topsas framför att utsättas för andra utredningsåtgärder. Det bygger dock på att den enskildes initiativ eller aktivitet har sin grund i att denne är mer misstänkt och inte i att det är lättare för myndigheterna att topsa än att vidta andra åtgärder. Här kan återigen anföras att det dock skulle kunna vara oförenligt med RF 2:6 eftersom frivilligheten i ett samtycke på den grunden kan ifrågasättas. Lagstöd för att ett samtycke kan ha den verkan skulle därför vara nödvändigt.

### **6.6 Objektivitetsprincipen och oskuldspresumtionen**

Masstopsningars förenlighet med såväl objektivitetsprincipen som oskuldspresumtionen kan ifrågasättas om man betänker att dessa vidtas för att avföra en stor mängd personer som rimligen inte har några substantiella misstankar riktade mot sig. Att ställa frågan om att topsas till ett stort antal personer för att sedan kunna rikta in sig på de som inte accepterar att topsas måste nämligen ses som oacceptabelt. I nuläget finns det dock stor risk att det är precis så det går till. Att som utredare förhålla sig objektiv till den som vägrar att topsas är troligen väldigt svårt eftersom det ligger i människans natur att se en vägran som misstänkt. Den som inte har något att dölja torde nämligen inte ha något emot att bevisa sin oskuld. Detta resonemang visar att masstopsningar åtminstone riskerar att påverka objektiviteten hos utredarna. Dessutom visar det att det finns en risk att bevisbördan inledningsvis läggs på

---

<sup>174</sup> Se avsnitt 2.6 Hänsynsprincipen.

enskilda i strid med oskuldspresumtionen på ett sätt som riskerar att sätta den, åtminstone delvis, ur spel. Enskilda förväntas i det närmaste bevisa sin oskuld för att slippa att utsättas för andra utredningsåtgärder. Detta innebär att masstopsningar som fenomen riskerar att användas på ett sätt som är oförenligt med framför allt objektivitetsprincipen men även med oskuldspresumtionen. Det gör att de inte bör tillåtas. Nu kan många utredningsåtgärder givetvis sägas ha samma effekt. Just tvångsmedelsanvändningen bör emellertid vara strikt reglerad i syfte att hindra att den missbrukas.

Regeln i RF 28:1 st. 3 gällande husrannsakan kan verka på ett sätt så att utredarnas objektivitet inte riskeras genom att ett samtycke inte alls får läggas till grund för en husrannsakan om inte en misstänkt själv begär det. Det finns därför ingen vits med att ställa frågan från utredarnas sida. Här har lagstiftaren således motverkat att en vägran hålls emot en enskild genom att lagstifta om det. Samma typ av lagstiftning hade varit önskvärd när det gäller topsningar, eller ännu hellre när det gäller kroppsbesiktningar i sin helhet. Det framstår därför som att det just nu finns en lucka i lagen.

Det kan också konstateras att det ligger i objektivitetsprincipen att tvångsåtgärder får, och ibland ska, vidtas även för att hitta bevisning som friar en enskild från misstankar.<sup>175</sup> För att detta ska aktualiseras torde det emellertid vara nödvändigt att det finns någon form av substantiell misstanke riktad mot den enskilde. Det kan knappast vara förenligt med varken de övergripande rättssäkerhetskraven eller objektivitetsprincipen att vidta tvångsåtgärder mot alla som skulle kunna tänkas ha haft med ett brott att göra i syfte att utesluta alla, utom en, som misstänkta.

### *6.7 Rättssäkerhetskravens påverkan på masstopsningar*

Av analysen ovan framgår det att det finns möjlighet att göra omfattande rättssäkerhetsinvändningar mot de masstopsningar som pågår. Eftersom det råder så stor osäkerhet om hur reglerna ska tolkas är det knappast förenligt med de rättssäkerhetskrav som finns att fortsätta med samtyckta topsningar. Det är inte godtagbart att myndigheterna chansar och accepterar samtycken som grund för tvångsmedelsanvändning utan att ha uttryckligt lagstöd för det. Det är därför av yttersta vikt att reglerna förtydligas så att det framgår av lagen om samtycken ska kunna läggas till grund för kroppsbesiktningar eller inte. Som det är nu agerar de brottsutredande myndigheterna utan uttryckligt lagstöd och kan därmed sägas utöva makt utanför lagen, vilket inte är förenligt med legalitetsprincipen. Det innebär att enskildas rättssäkerhet äventyras och i viss utsträckning förvägras dem. Behovet av lagstiftningsåtgärder blir än mer

---

<sup>175</sup> Se avsnitt 2.7 Objektivitetsprincipen.

påtagligt när samtycken åberopas som grund för masstopsningar eftersom det då är ett stort antal personer som riskerar att få sin rättssäkerhet beskuren.

När alltför många topsningar genomförs inom ramen för en utredning medför det att det finns än större anledning att ifrågasätta hur detta förhåller sig till de rättssäkerhetskrav som finns. Även om en samtyckt topsning möjligen hade kunnat godtas som en enskild företeelse kan flera leda till att åtgärderna blir både oproportionerliga och oförenliga med till exempel behovsprincipen och hänsynsprincipen. Myndigheternas agerande kan därför påverka om en samtyckt topsning kan vara förenlig med de rättssäkerhetskrav som finns på fler sätt än de som gäller vem initiativet kommer från. Det finns också en risk att en topsning som bör anses berättigad med hänsyn till förarbetsuttalandena till RB 28:12 b inte kan anses acceptabel på grund av att myndigheterna topsat alltför många inom ramen för en utredning.

Framför allt i brottsutredningar där flera hundra personer topsas innebär det här att rättssäkerheten riskerar att ha åsidosatts till förmån för effektiviteten hos de brottsutredande myndigheterna. Det visar ytterligare att det finns ett stort behov av att förutsättningarna för när ett samtycke kan läggas till grund för topsningar slås fast i lag. Det är speciellt anmärkningsvärt att det inte skett mot bakgrund av bestämmelsen i RB 28:1 st. 3 gällande husrannsakan.

Att förutsättningarna för när ett samtycke ska kunna godtas som grund för en topsning fastslås i lag är givetvis viktigt även när det inte gäller masstopsningar. Det är till exempel inte omöjligt att en bestämmelse motsvarande den i RB 28:1 st. 3 skulle kunna förhindra masstopsningar men ändå tillåta topsningar i de fall som av lagstiftaren har ansetts önskvärda.

## 7 Slutsatser och avslutande tankar

### 7.1 Sammanfattning

Undersökningen av reglerna har visat att de olika metoderna kan leda till att olika tolkningar görs. När det gäller RF 2:6 tycks det dock som att en extensiv tillämpning är förenlig med alla tolkningsmetoder och dessutom önskvärd enligt flera av dem. Det medför att stor vikt behöver läggas vid frivilligheten i ett samtycke om det ska kunna accepteras. Så fort frivilligheten kan ifrågasättas bör samtycket inte leda till att topsningen genomförs om det inte kan stödjas på en lagregel som begränsar skyddet i RF.

De lagrum som begränsar detta skydd och som har behandlats här lämnar större utrymme för att tolkas på olika sätt än vad RF 2:6 visat sig göra. Vad gäller RB 28:12 b är det inte omöjligt att tillämpa regeln *e contrario* vid den objektiva metoden medan den subjektiva utesluter det. Den subjektiva metoden visar att stor tyngd läggs vid frivilligheten i ett samtycke, vilket medför att regelns förarbeten enligt denna metod kan sägas ha betydelse vid samtyckta topsningar trots att regeln behandlar topsningar som sker utan samtycke. Den objektiva metoden däremot gör det rimligare att inte låta regeln ha någon betydelse vid samtyckta topsningar vilket gör att den inte på något sätt kan anses begränsa skyddet i RF i detta avseende. Både den teleologiska och den eklektiska tolkningen medför att stor vikt läggs vid intresset av att skydda enskildas integritet, vilket leder till att ingen av dessa metoder godkänner att RB 28:12 b påverkar skyddet i RF eftersom regeln enligt dem inte kan sägas utgöra en begränsning av skyddet. Det är dock inte omöjligt att med den teleologiska metoden komma fram till att regeln bör tillämpas *e contrario* vilket snarast förstärker skyddet i RF 2:6 genom att regeln visar att samtycken inte kan läggas till grund för topsningar.

När det gäller den objektiva tolkningen av RB 28:13 och RB 28:1 st. 3 leder den till att RB 28:1 st. 3 inte ska tillämpas vid kroppsbesiktningar vilket innebär att reglerna inte påverkar samtyckta topsningar. Alternativt skulle RB 28:1 st. 3 kunna tillämpas *e contrario* men vad det skulle innebära framgår inte av ordalydelsen eftersom två alternativ är möjliga. De andra tolkningsmetoderna däremot utesluter inte att en analogi görs med RB 28:1 st. 3 när det gäller samtyckta topsningar. Den eklektiska metoden leder till och med till slutsatsen att en analogi troligen bör göras om samtyckta topsningar ska tillåtas. Den subjektiva metoden leder dock till att en *e contrario*-tillämpning som innebär att misstänkta inte alls kan samtycka ligger närmare till hands än en analog tillämpning.

Det har också framkommit att flera rättssäkerhetsaspekter talar för att samtyckta topsningar inte bör tillåtas eftersom det inte finns något uttryckligt lagstöd för dem. Det gör

att de är oförenliga med flera principer som gäller tvångsmedelsanvändning. Det gör sig särskilt gällande vid masstopsningar där väldigt många personer tillfrågas om att topsas på ett sätt som starkt kan ifrågasättas utifrån flera rättssäkerhetsaspekter. Härutöver kan det vid vissa typfall vara förenligt med principerna att ett samtycke godtas som grund för en topsning eftersom det kan leda till att enskilda upplever ett mindre intrång. Det bygger dock i stort på att det finns lagstöd för att ett samtycke i dessa fall räcker för att åtgärden ska få vidtas eftersom det annars finns en risk att det inte kan anses frivilligt vilket medför att en topsning skulle strida mot skyddet i RF 2:6.

## *7.2 Slutsatser*

Den främsta slutsatsen som kan dras av undersökningen i den här uppsatsen är att det finns ett stort behov av att lagstiftningen ändras. I nuläget tycks topsningar ske i relativt stor omfattning med grund i samtycke trots att det finns många skäl som talar emot att detta är förenligt med lagstiftningen. De rättssäkerhetsskäl som talar för att topsningar i vissa fall bör få göras med samtycke kräver att det också framgår av lagtext att så är fallet eftersom risken att frivilligheten kan ifrågasättas annars strider mot RF 2:6 och därmed gör åtgärden otillåten. Skulle det framgå av lag att ett samtycke under vissa förutsättningar kan begränsa skyddet i RF 2:6 skulle det medföra stora rättssäkerhetsvinster. Detta är framför allt fallet om lagstiftningen skulle utformas på motsvarande sätt som RB 28:1 st. 3 eftersom det skulle kunna medföra att topsningar i initiativfallet och begärandefallet godkänns medan de kan förhindras i förfrågandefallet. Det är ytterst önskvärt mot bakgrund av de rättssäkerhetskrav som redogjorts för.

En slutsats som också kan dras är att masstopsningar är problematiska av flera skäl. Dels för att de sker utan uttryckligt lagstöd precis som alla andra samtyckta topsningar. Dels för att rättssäkerheten i dessa fall i större utsträckning kringskärs genom åtgärden än vad som är fallet vid enstaka topsningar med samtycke. Detta beror på att det faktum att det är så många som utsätts medför att såväl proportionaliteten som behovet kan ifrågasättas i betydligt större omfattning.

Kontentan är att det helt enkelt bör framgå tydligt av lagstiftningen om det ska gå att samtycka till att topsas eller inte. Om det ska gå att samtycka ska det dessutom framgå under vilka förutsättningar så får ske. Så länge detta inte tydligt framgår är det olämpligt att samtycken läggs till grund för topsningar.



### *7.3 Avslutande tankar*

Under arbetet med den här uppsatsen har jag stött på flera intressanta aspekter som inte ryms inom ramen för uppsatsen. Det skulle till exempel vara intressant att utreda hur det faktum att topsningar som sker enligt RB 28:12 b inte kan överklagas förhåller sig till rätten till domstolsprövning enligt EKMR. Det finns anledning att överväga om det inte strider mot denna rätt i de fall beslut om topsning fattats av polis eller åklagare.

Det skulle vidare vara väldigt intressant att undersöka hur ett samtycke att använda ett DNA-prov på ett annat sätt än det som tillåts i andra stycket i RB 28:12 b skulle behandlas. Samma sak gäller ett samtycke till att ett annat förfarande används än det som följer av reglerna.

Här utöver skulle en jämförelse av skäligen misstänkta möjlighet att samtycka och misstänkta, men inte skäligen misstänka, möjlighet att samtycka kunna vara väldigt intressant. Det skulle aktualisera de regler som gäller för kroppsbesiktningar av skäligen misstänkta. Det skulle också kunna aktualisera frågan om huruvida den som kan topsas med tvång istället kan samtycka till det och därmed undgå att det sker tvångsvis.

## **Käll- och litteraturförteckning**

### *Offentligt tryck*

#### **Författningar**

Europeiska konventionen d. 4 nov. 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen)

Regeringsformen (1974:152)

Rättegångsbalken (1942:740)

#### **Regeringens propositioner (prop.)**

Prop. 1942:5 Den nya rättegångsbalken

Prop. 1973:90 med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m. m.

Prop. 1975/76:209 om ändring i regeringsformen

Prop. 1988/89:124 om vissa tvångsmedelsfrågor

Prop. 2005/06:29 Utvidgad användning av DNA-tekniken inom brottsbekämpningen m. m.

Prop. 2009/10:80 En reformerad grundlag

Prop. 2009/10:85 Integritet och effektivitet i polisens brottsbekämpande verksamhet

#### **NJA II**

NJA II 1943:1 s. 1-746

#### **Statens offentliga utredningar (SOU)**

SOU 1972:15 Ny regeringsform Ny riksdagsordning. Betänkande av Grundlagsberedningen

#### **Departementsserien (Ds)**

Ds 2004:35 Genetiska fingeravtryck

### *Rättspraxis*

#### **JO-beslut**

JO 2003/04 s. 72

### *Litteratur*

Asp, Petter, Ulväng Magnus och Jareborg, Nils, Kriminalrättens grunder, andra upplagan, Iustus förlag AB, Uppsala, 2013

Bergström, Sture, Håstad, Torgny, Lindblom, Per Henrik, Rylander, Staffan, Juridikens termer, åttonde upplagan, Almqvist & Wiksell Förlag/Liber AB, Stockholm, 1992

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Rättegång Första häftet, åttonde upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002 [Ekelöf och Edelstam 2002]

Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif, Edelstam, Henrik, Rättegång Tredje häftet, sjunde upplagan; fjärde versionen, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2006 [Ekelöf m fl 2006]

Hjertstedt, Mattias, Samtyckets betydelse vid polisiära åtgärder som motsvarar kroppsvisitationer och kroppsbesiktningar Del I: Samtyckesgärning och rättsliga hinder, Juridisk tidskrift nr 3 2016/17, s. 653-673 [Hjertstedt 2016/17 Del I]

Hjertstedt, Mattias, Samtyckets betydelse vid polisiära åtgärder som motsvarar kroppsvisitationer och kroppsbesiktningar Del II: Giltighet och rättsverkan, Juridisk tidskrift nr 4 2016/17, s. 879-905 [Hjertstedt 2016/17 Del II]

Lehrberg, Bert, Praktisk juridisk metod, nionde upplagan, Iusté Aktiebolag, Uppsala, 2016 [Lehrberg 2016]

Lindberg, Gunnel, Straffprocessuella tvångsmedel – när och hur får de användas?, tredje upplagan, Karnov Group Sweden AB, Stockholm, 2012 [Lindberg 2012]

Peczenik, Aleksander, Juridikens metodproblem, andra upplagan, Almqvist & Wiksell Förlag AB, Stockholm, 1980 [Peczenik 1980]

Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare ämne, material, metod och argumentation, tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2015 [Sandgren 2015]

Westerlund, Gösta, Straffprocessuella tvångsmedel: En studie av rättegångsbalkens 24 till 28 kapitel och annan lagstiftning, femte upplagan, Bruun Juridik AB, Stockholm 2013 [Westerlund 2013]

Zetterström, Stefan, Juridiken och dess arbetssätt en introduktion, andra upplagan, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2012 [Zetterström 2012]

### *Övriga källor*

Aftonbladet [<http://www.aftonbladet.se/nyheter/article21351494.ab>] 2017-10- 08

Aftonbladet [<http://www.aftonbladet.se/nyheter/krim/article22882109.ab>] 2017-10- 09

*Nationalencyklopedin*, husrannsakan. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se> (hämtad 2017-10-28)

*Nationalencyklopedin*, identifiera. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se> (hämtad 2017-11- 03)

*Nationalencyklopedin*, identifiering. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/identifiering> (hämtad 2017-11- 03)

*Nationalencyklopedin*, ingrepp. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se> (hämtad 2017-10- 26)

*Nationalencyklopedin*, kroppslig. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se> (hämtad 2017-10- 26)

*Nationalencyklopedin*, påtvinga. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se> (hämtad 2017-10- 25)

*Nationalencyklopedin*, tvinga. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se> (hämtad 2017-10- 25)

*Nationalencyklopedin*, tvång. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se> (hämtad 2017-10- 25)

SAOB [[https://www.saob.se/artikel/?seek=påtvunga&pz=1#U\\_P2837\\_163519](https://www.saob.se/artikel/?seek=påtvunga&pz=1#U_P2837_163519)] 2017-10- 25

SAOB [[https://www.saob.se/artikel/?unik=T\\_3235-0152.OS3L&pz=3](https://www.saob.se/artikel/?unik=T_3235-0152.OS3L&pz=3)] 2017-10- 26

SAOB [<https://www.saob.se/artikel/?seek=tvång&pz=1>] 2017-10- 26

SAOB [<https://www.saob.se/artikel/?seek=ingrepp&pz=1>] 2017-10- 26

SAOB [<https://www.saob.se/artikel/?seek=kroppslig&pz=1>] 2017-10- 26

SAOB [[https://www.saob.se/artikel/?unik=I\\_0001-0058.P7jz@0019&pz=5](https://www.saob.se/artikel/?unik=I_0001-0058.P7jz@0019&pz=5)] 2017-11- 03

SAOB [[https://www.saob.se/artikel/?unik=I\\_0001-0058.P7jz&pz=5](https://www.saob.se/artikel/?unik=I_0001-0058.P7jz&pz=5)] 2017-11-03

SVT Nyheter [<https://www.svt.se/nyheter/lokalt/ost/en-anhallen- for-dubbelmordet- i-mantorp>] 2017-10- 08

Östgöta Correspondenten [<http://corren.se/nyheter/olosta-mord- fortsatter-att- engagera-om4623263.aspx>] 2017-10-09

Jag, Mikkaela Fridell, registrerades på kursen första gången HT17. Jag har inte omregistrerats och inte deltagit i något tidigare examinationstillfälle.