



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Filip Odell

Får vi lov?

En studie av samtyckets påverkan på de straffprocessuella tvångsmedlen

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sverker Jönsson

Termin: VT 2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Presentation	4
1.2 Syfte & Operationalisering	4
1.3 Frågeställningar & Avgränsning	5
1.4 Metod	6
1.5 Material	6
1.5.1 Källor	6
1.5.2 Litteratur & Forskningsläge	6
1.6 Disposition	7
2 VAD ÄR SAMTYCKE?	8
2.1 Allmänt om samtycke	8
2.2 Giltigt samtycke	9
2.2.1 Från & till behörig person	10
2.2.2 Allvarligt menat med full insikt	12
2.2.3 Frivilligt	13
2.2.3.1 Reell valmöjlighet	13
2.2.3.2 Påtryckningar	14
2.2.4 Begäran	15
2.2.5 Kommentar	16
3 VILKEN EFFEKT FÅR ETT SAMTYCKE?	20
3.1 Allmänt om teorier kring effekten	20
3.2 Inte längre tvångsmedel	21
3.3 Ett samtycke har viss effekt	23

3.4	Ett samtycke har ingen effekt	25
3.5	Kommentar	26
4	SLUTSATSER	28
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	31
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	33

Summary

The purpose of this paper is to create a systematics for the discussion regarding the use of consent as a cause for coercive measures as well as highlighting the issues this brings from a human rights perspective.

The systematics has been created by the use of juridical method and the human rights perspective has its base in the Swedish constitution and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Throughout the paper a decision by Justitieombudsmannen regarding use of consent to body examination is used as a baseline and is discussed with the help of doctrine.

The created systematics has shown that there is an advantage in separating the validity and the effects of the consent, thus allowing a more nuanced flexible handling of the subject. The paper has shown that doctrine and legislative history disagree as to both the requirements of the valid consent and what effect a consent has. The paper has also highlighted the issues with the uncertain legal position that is in risk of violating the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Sammanfattning

Uppsatsen avser att skapa en systematik för diskussionen kring användandet av samtycke som grund för användandet av straffprocessuella tvångsmedel samt belysa problematiken detta för med sig utifrån ett rättighetsperspektiv.

Systematiken har skapats med hjälp av juridisk metod och rättighetsperspektivet tar sin grund i Regeringsformen och den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Som en utgångspunkt används i uppsatsen ett JO-beslut om samtycke till kroppsbesiktning som diskuteras utifrån bland annat doktrin.

Systematiken som skapades har visat att det finns en fördel i att särskilja samtyckets giltighet och effekt då detta möjliggör en mer nyanserad och flexibel hantering av ämnet. Uppsatsen har visat att doktrin och förarbeten är oeniga kring både vilka krav som ställs på det giltiga samtycket och vilken effekt ett samtycke får. Uppsatsen har också belyst problematiken kring det osäkra rättsläget och att detta riskerar att strida mot de krav som ställts upp i den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Förkortningar

EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FB	Föräldrabalk (1949:381)
JO	Justitieombudsmannen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsform (1974:152)
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Presentation

Den 18 juli 1998 hittas en kvinna våldtagen och mördad i sin lägenhet i centrala Örebro. Tidningarna döper snabbt händelsen till ”Sara-mordet” och en av Örebros största mordutredningar inleds. Under de följande två åren hörs över 1000 personer i ärendet och stora resurser läggs på att klara upp brottet. Då DNA från gärningsmannen säkrats på mordplatsen erbjuds mer än 200 personer att lämna salivprov i samband med att de hörs.¹

Dessa personer är inte misstänkta och uppfyller inte heller de övriga krav som ställs för att undersökningsledaren ska kunna besluta om kroppsbesiktning. Den enda grund polisen har för provtagningen är personernas samtycke, men åtminstone en person anger senare att han känt sig tvingad av polisen.

I denna uppsats kommer detta fall att refereras till som ”Örebrofallet” och användas löpande för att illustrera de frågeställningar och svårigheter som finns i användandet av samtycket som en grund för tvångsmedelsanvändning. Användandet berör ett antal grundläggande frågor, inte minst huruvida en enskild person kan avsäga sig sitt grundlagsskydd och vilka friheter som en myndighet kan ta sig i förhållande till medborgarnas mänskliga rättigheter.

1.2 Syfte & Operationalisering

Under mina studier i straffrätt kom jag i kontakt med Ekelöf, Bylund & Edelstams diskussion kring huruvida en person kan samtycka till

¹ JO 2003/04:72.

användandet av straffprocessuella tvångsmedel.² Jag intresserade mig direkt för samtyckets eventuella förhållande till Regeringsformen (1974:152) (RF) och Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) och valde därför undersöka saken vidare inom ramen för juristprogrammets rättsvetenskapliga uppsats. Det visade sig snabbt att rättsläget var oklart och svåröverskådligt.

Syftet med denna uppsats blir därför att skapa en systematik för den diskussion som förs i doktrin och förarbeten beträffande användandet av ett samtycke som grund för tvångsmedel. Denna systematik kommer sedan att underlätta besvarandet av min första frågeställning och detta ska förhoppningsvis leda till att eventuella problem med användandet av samtycke belyses utifrån ett rättighetsperspektiv. Syftet med uppsatsen är inte att erbjuda en lösning på dessa eventuella problem utan den ska istället kunna ligga som grund för vidare forskning.

Begreppet tvångsmedel används genomgående i uppsatsen. Om ingenting annat anges så åsyftar det de straffprocessuella tvångsmedlen som återfinns i Rättegångsbalken (1942:740) (RB).

1.3 Frågeställningar & Avgränsning

- Vad är ett giltigt samtycke och vilken effekt får det på de straffprocessuella tvångsmedlen?
- Är nuvarande rättsläge tillfredställande utifrån ett rättighetsperspektiv?

Uppsatsen hanterar primärt samtycket inom straffprocessrätt, men parallellt dras löpande till andra offentlighetsrättsliga områden. De hemliga tvångsmedlen

² Ekelöf, Bylund & Edelstam 2006, sid. 128.

tas inte upp då det av naturliga skäl inte går att samtycka till dessa. Beslag diskuteras endast övergripande då utrymmet ej räcker till de sakrättsliga aspekter som berörs. Civilrättsligt samtycke, till exempel inom avtalsrätt, är av en annan natur och tas därför inte upp i denna uppsats.

1.4 Metod

Den första delen av frågeställningen utgör en beskrivning av gällande rätt, och därmed faller det sig naturligt att använda juridisk metod. Den juridiska metoden kommer även att användas som grund för att skapa en systematik som i sin tur ska ge en djupare förståelse inför den andra delen av min frågeställning. En jämförande metod skulle kunna ge en bredare bakgrund till begreppet giltigt samtycke, men jag väljer juridisk metod för att kunna utreda begreppet mer i detalj. För att besvara den andra delen av frågeställningen kommer ett rättighetsperspektiv med utgångspunkt i RF och EKMR att användas.

1.5 Material

1.5.1 Källor

Som primära källor används framför allt gällande lagstiftning, med fokus på RB, RF och EKMR. Ett antal beslut från Justitieombudsmannen (JO) används även som underlag för uppsatsen. Här är det värt att notera att dessa sprider sig över ett 10-tal år och ett antal olika personer som innehavare av ämbetet vilket skapar en tvetydig praxis. Praxis från Europadomstolen används också i förhållande till tolkningen av EKMR.

1.5.2 Litteratur & Forskningsläge

En stor del av uppsatsens material utgörs av doktrin kring användningen av tvångsmedel, vilken ofta berör samtycke som en del i detta. Som exempel kan nämnas Fitger m.fl., Ekelöf, Bylund & Edelstam och Lindberg.

Litteraturen är till stor del uppdelad i två åsikter rörande samtyckets effekter på tvångsmedlet. På ena sidan står den till större delen äldre litteratur som skrevs innan ändringarna till RF samt inkorporerandet av EKMR som svensk lag. Detta gör att denna litteratur till viss del kan vara utdaterad. Litteraturen används ändå då den grundläggande problematiken är den samma. På den andra sidan står Ekelöf, Bylund & Edelstam, Lindberg och Westerlund. Dessa kan visserligen kritiseras för att vara internt beroende av varandra, men utgör även en stor del av den lilla doktrin som finns.

För att redogöra för den straffrättsliga samtyckesregleringen så används primärt Asp, Ulväng & Jareborg. På samma sätt används Rynning för att beskriva rättsläget inom den medicinska rätten. Dessa får anses vara standardverk inom respektive område.

1.6 Disposition

Uppsatsen är uppdelad i två delar som behandlar varsin fråga. Dessa delar inleds med en allmän del som introducerar frågeställningen och gällande teorier inom området. Sedan följer en djupare redogörelse för ämnet med en tematisk indelning. I den del som diskuterar samtyckets giltighet så används relevanta delar ur den straffrättsliga och medicinerättsliga samtyckesregleringen för att erbjuda en bredare syn på begreppet. Varje tema avslutas med en kommentar där källorna ställs mot varandra för att belysa eventuella motsättningar och diskutera kring problematiken. Kommentarer utgör uppsatsens analys och sammanställs sedan i det avslutande avsnittet med slutsatser.

2 Vad är samtycke?

2.1 Allmänt om samtycke

” SUBST.: **samtyckande; samtycke**

- uttrycka sin villighet att godta ngn annans önskemål e.d.”³

Begreppet samtycke kan ses inom flertalet rättsområden, allt från avtalsrätt till socialrätt. Som sådant fyller det en viktig funktion inom lagstiftningen men ger också upphov till grundläggande frågeställningar. Vilka möjligheter har egentligen en myndighet att agera på en individs samtycke, och vilka rättigheter kan en enskild person samtycka bort?

Diskussionen kring samtycket i förhållande till tvångsmedel väcker som sagt många funderingar. När det kommer till samtyckets giltighet så handlar det inte minst om individens svårigheter när den står inför samhällets maktbefogenheter: Skulle du verkligen säga nej till en polis som frågar om hen får titta i din väska? Samma karaktär har argumentationen kring samtyckets effekt. Kan en individ avsäga sig sitt grundlagsskydd, och vad innebär till exempel begreppet tvång i förhållande till en myndighet eller auktoritet?

Som utredningen nedan kommer att visa så läggs en stor del av forskningen på att utreda vilka effekter ett samtycke har inom de olika rättsområdena. En grundläggande förutsättning för detta är dock att rättshandlingen eller viljeyttrandet kan godkännas som ett samtycke. Uppsatsens inledande del är således vikt åt att utreda vad ett giltigt samtycke verkligen är, medan den efterföljande diskuterar vilka effekter ett samtycke får i förhållande till de straffprocessuella tvångsmedlen.

³ Nationalencyklopedin.

2.2 Giltigt samtycke

Som redan redovisat så används samtycke inom många olika delar av vårt samhälle och så även inom regleringen kring de straffprocessuella tvångsmedlen. Det är RB:s 28:e kapitel och RF:s 2:a kapitel som styr användningen av tvångsmedel, men samtycket som sådant lämnas i stort oreglerat. RB 28:1 förbjuder uttryckligen husrannsakan hos en misstänkt baserat på den misstänktes samtycke, men tillåter samtidigt samma husrannsakan baserad på en begäran. I övrigt nämner RB:s 28:e kapitel ingenting om samtycke.

Just avsaknaden av lagreglering är en problematik som bland annat JO lägger stor vikt vid.⁴ Detta kan inte minst ses i Örebrofallet. I detta fall valde förundersökningsledaren att tillfråga ett stort antal personer om de ville lämna ett DNA-prov för jämförelse med det DNA som hade säkrats på mordplatsen. Personerna som tillfrågades var inte misstänkta för något brott och uppfyllde inte heller i övrigt de krav som ställs på en kroppsbesiktning i RB. Individens samtycke var den enda grunden för att utföra DNA-testen. För att säkerställa att det var giltiga samtycken lämnade undersökningsledaren en utförlig lista med instruktioner till poliserna som övervakade testen. Trots detta så ansåg JO att samtycket inte borde ha lagts till grund för användandet av tvångsmedlet, i huvudsak baserat på just den osäkerhet som råder. Det är värt att notera att RB 24:12b numera tillåter ett förfarande där icke misstänkta kan tvingas lämna salivprov.⁵

Avsaknaden av praxis och lagstiftning påverkar även tolkningen av begreppet giltigt samtycke. Nedanstående systematisering syftar till att konkretisera de krav som ställs på det giltiga samtycket och i de delar där

⁴ JO 2003/04:72.

⁵ Denna ändring infördes efter Örebrofallet men påverkar inte grundproblemet. Se Lindberg 2012, s. 64.

källorna i förhållande till tvångsmedel är bristfälliga så belyses relevanta aspekter ur den straffrättsliga och medicinerättsliga samtyckesregleringen. Följande krav har doktrinen och JO uttalat som nödvändiga för ett samtycke:

- Samtycket ska lämnas av en behörig person, till en person som är behörig att fatta beslut om tvångsmedlet.
- Samtycket ska vara allvarligt menat och lämnas med full insikt om relevanta förhållanden.
- Samtycket ska lämnas helt frivilligt.

2.2.1 Från och till behörig person

En grundläggande förutsättning för att en person ska kunna utföra en rättshandling är att den har en rättshandlingsförmåga. I förhållande till tvångsmedel så berör detta primärt tre problemområden: minderåriga personer, personer med psykisk ohälsa och att personen i fråga har rätten att förfoga över det som samtycks till.⁶

I förhållande till minderåriga så har JO uttalat att grundläggande regler i Föräldrabalken (1949:371) (FB) är tillämpliga. Detta innebär att föräldrar kan samtycka å sina barns vägnar i enlighet med 6:11 FB. När barnet har uppnått tillräcklig mognad, i princip från 12 års ålder, har det själv möjlighet att samtycka.⁷ Antagligen finns det här en viss möjlighet till att bedöma det utifrån varje enskilt fall, så som görs inom både straffrätt och medicinsk rätt.⁸

Bedömningen av en persons beslutskompetens är i stort obehandlad i förhållande till tvångsmedlen. Vägledning bör kunna hämtas i den utförliga

⁶ Lindberg 2012, s. 56.

⁷ JO 1995/96:89.

⁸ Asp, Ulväng & Jareborg 2013, s. 229, Rynning 1994, s. 277.

diskussion som förs inom den medicinska rätten, där sjukdomens natur ibland är sådan att den påverkar patientens möjlighet att samtycka till vården.⁹ I tveksamma fall bör samtycket inte godkännas för att undvika en liknande situation som Wainwright mot Förenade kungariket, där en av personerna som samtyckte till visitering antagligen inte förstod vad som hände.

Det tredje kravet på behörig person är att personen i fråga ska ha rätten att förfoga över samtycket i förhållande till det som berörs. Som exempel kan nämnas att endast ägaren till ett föremål kan samtycka till beslag.¹⁰ I ett beslut från JO hade en lägenhetsinnehavare samtyckt till att ett TV-team fick närvara vid en husrannsakan. JO konstaterade i beslutet vikten av att personen som fattar beslut om tvångsmedel försäkras sig om att den som samtycker faktiskt är lägenhetsinnehavare, eller i övrigt har rätt att förfoga över samtycket.¹¹

JO har också slagit fast att ett samtycke ska lämnas till den som har behörighet att fatta beslut om tvångsmedlet.¹² Detta innebär att det ska lämnas till undersökningsledaren, åklagare, rätten eller i vissa fall enskild polisman, i enlighet med RB 28:4 och 28:5. JO har angett detta som ett krav för att kunna tillmäta samtycket någon betydelse och att samtycket inte befriar från de behörighetskrav som ställs upp i RB.¹³ I Örebrofallet kommenterade dock inte JO det faktum att samtycket lämnades till polisen istället för till åklagaren.

⁹ Rynning 1994, s. 277.

¹⁰ Lindberg 2012, s. 56.

¹¹ JO 1992/93:138.

¹² JO 1991/92:114.

¹³ JO 1965:159.

2.2.2 Allvarligt menat med full insikt

Nära knutet till kravet på att en person ska ha förmågan att förstå innebörden av ett samtycke finns också kravet på att samtycket ska lämnas med full insikt om de aktuella förutsättningarna. När det gäller tvångsmedel så ska insikten framför allt röra de rättigheter som individen har, inte minst rätten att vägra. JO har tydligt uttalat att en person som samtycker ska ha full insikt i att den har all rätt att vägra och att detta inte kommer få några övriga konsekvenser.¹⁴ Att detta inte är helt enkelt att uppnå visar inte minst Örebrofallet, där personen som anmälde till JO upplevde att hen inte hade något annat val än att tillåta salivproven. Detta trots att det i åklagarens instruktioner tydligt stod att rätten att vägra skulle framhävas.¹⁵

Även den medicinska rätten tar upp just rätten att vägra, som faller in under kravet på att det ska vara ett informerat samtycke. Detta krav har framhållits av både svensk lagstiftning och praxis från Europadomstolen.¹⁶ Rynning väljer att utifrån utövarens perspektiv kalla detta för informationsplikten och en underlåtenhet att uppfylla denna plikt kan medföra ansvar för personalen i fråga.¹⁷ Som en del av den vidsträckt information som ska lämnas kan bland annat nämnas risker med åtgärden, förväntade bieffekter och inte minst det faktum att det är helt frivilligt att samtycka till åtgärden.¹⁸ Det ska även noteras att det finns en dokumentationsplikt för väsentliga uppgifter, vilket Rynning anser att ett samtycke faller under.¹⁹

Att samtycket ska vara allvarligt menat innebär att samtycket inte får lämnas på skämt eller vara förfalskat.²⁰ Även straffrätten lider av en brist på praxis

¹⁴ JO 1992/93:138.

¹⁵ JO 2003/04:72.

¹⁶ Rynning 1994, s. 233.

¹⁷ Rynning 1994, s. 186 +189.

¹⁸ Rynning 1994, s. 197-238.

¹⁹ Rynning 1994, s. 349.

²⁰ Lindberg 2012, s. 56.

kring samtycket men NJA 2013 s. 397 berörde både frivillighet och allvarligt menat. Fallet rörde en tonårspojke som samtyckte till att bli tejpad och duschad av klasskamrater, men Högsta domstolen konstaterade att samtycket endast lämnades för att undvika ytterligare mobbning och därför varken var allvarligt menat eller frivilligt.

2.2.3 Frivilligt

Det centrala begreppet för ett giltigt samtycke är att det ska lämnas helt och hållet frivilligt. Ekelöf, Bylund & Edelstam väljer inte att göra någon skillnad mellan samtycke och frivilligt utan han pratar istället om autentiskt samtycke som något ”verkligt frivilligt”.²¹ Liknande ordalydelse använder Fitger m.fl. som problematiserar över frivilligheten hos personer i en underlägsen ställning. De ger dock snarare intrycket av att frivillighet ska ses som en skala, där en begäran är en mer riktig eller ”verklig” frivillighet än vad ett samtycke är.²² Klart står i alla fall att frivilligheten är det största och mest diskuterade kriteriet för ett giltigt samtycke och fördelarna och nackdelarna med de olika synsätten diskuteras utförligt under 2.2.5. Frivilligheten utgörs av två delar: Personen ska uppfatta att den har en reell valmöjlighet och samtycket ska ha lämnats utan påtryckningar. Dessa två delar diskuteras i detalj nedan.

2.2.3.1 Reell valmöjlighet

Den reella valmöjligheten ansluter till kravet på full insikt som har diskuterats ovan. En person som inte har all information tillgänglig eller som inte känner till sina valmöjligheter riskerar att uppfatta situationen som att hen inte har något val. Ett samtycke under sådana former är inte giltigt, vilket illustreras i Örebrofallet. JO konstaterade där att anmälaren hade fog för sitt påstående att han inte upplevde att han hade något val, och detta trots relativt rigorösa instruktioner till polisen från den ansvarige åklagaren.²³

²¹ Ekelöf, Bylund & Edelstam 2006, s.128.

²² Fitger m.fl., Lagkommentar till 28:1.

²³ JO 2003/04:72.

Doktrinen är genomgående överens om att det krävs att personen som lämnar samtycket upplever det som att hen faktiskt har ett alternativ. En relativt vanligt förekommande situation är att myndigheten kommer att genomföra tvångsmedlet oavsett samtycke lämnas eller inte.²⁴

Europadomstolen har konstaterat i Lustig-Prean & Beckett mot Förenade kungariket att det krävs att personen ifråga faktiskt har ett alternativ till att samtycka. I fallet samtyckte två soldater till att deras skåp, brev och personliga tillhörigheter genomsöktes för att utreda påstådd homosexualitet. Europadomstolen konstaterade att myndigheterna hade utfört åtgärderna oavsett samtycke fanns och att man hade informerat soldaterna om detta. Samtycket var därför ogiltigt.

2.2.3.2 Påtryckningar

Situationen kan även vara sådan att påtryckningar från utomstående gör att den som samtycker upplever att alternativet till att samtycka för med sig sådana negativa konsekvenser att det inte är ett rimligt alternativ. Till dessa situationer hör när polisen utövar direkta påtryckningar mot en person.²⁵

Inom den medicinska rätten talar man om godtagbar respektive otillbörlig påverkan. Som exempel på det första ges att läkaren informerar om nackdelar med att inte utföra vården eller att personen kan förlora sin sjukpenning om den inte samtycker. Som otillbörlig påverkan anses våld, falsk information eller hot.²⁶ Gränsdragningen är dock svår att göra, vilket inte minst kan ses i Örebrofallet där personer som samtyckte till salivprov informerades om att detta skulle korta ner förhörstiden, något som kan ses som påverkan. JO kommenterade dock inte detta i sitt beslut.²⁷

²⁴ Lindberg 2012, s. 55.

²⁵ Ekelöf, Bylund & Edelstam 2006, s. 120.

²⁶ Rynning 1994, s. 332 & 341.

²⁷ JO 2003/04:72.

Även sociala omständigheter kan göra att en person känner att den inte har något val. JO konstaterade i samband med en frivillig inpasseringskontroll av anställda vid kriminalvårdsanstalten Hall att frivilligheten kunde anses illusorisk då en person som inte samtyckte skulle betraktas negativt av kollegor och chefer.²⁸ I linje med detta står ett JO beslut där det ansågs tillåtet att drogtesta skolungdomar så länge endast den medicinska personalen som utförde testerna visste vilka som hade samtyckt till testerna samt vilka personer som testades.²⁹

Problematiken kring påtryckningar är ett starkt argument hos de som talar emot användandet av ett samtycke. Bring & Diesen hävdar att den underlägsna ställning som individen står i gentemot myndigheternas maktutövning gör att den outtalade påtryckningen som huvudregel är så stor att samtycket inte lämnas frivilligt.³⁰ JO förde samma resonemang i Örebrofallet och konstaterade att en polisman alltid ger uttryck för samhällets maktbefogenheter och att det därför inte kan röra sig om någon egentlig frivillighet.³¹ Både JO och Bring & Diesen grundar sina uttalanden i Polisrättsutredningens uttalanden kring den påverkan som individen utsätts för. Utredningen gjorde relativt vidsträckta uttalanden om den underlägsna situation den enskilde står i, men hänvisade inte till några källor.³²

2.2.4 Begäran

Även Fitger m.fl. berör ämnet påtryckningar och konstaterar att påverkan från myndigheterna är ett problem. Dock menar de på att detta inte bör vara ett skäl att kategoriskt avfärda samtycket, det kan godkännas så länge det rör

²⁸ JO 2003/04:140.

²⁹ JO 2010/11:509

³⁰ Bring & Diesen 2005, s. 264.

³¹ JO 2003/04:72.

³² SOU 1995:47 s. 144-5.

sig om en verklig frivillighet.³³ Fitger m.fl. menar vidare att man ska se en begäran om tvångsmedel som just en sådan verklig frivillighet och att det därmed skulle kunna accepteras. Förbudet mot att använda samtycke som grund för en husrannsakan i RB 28:3 har också ett undantag för den situation då den misstänkte begär husrannsakan. Detta tyder på att även lagstiftaren ser annorlunda på situationen. Westerlund ansluter sig också till åsikten att en begäran ska ses som verklig frivillighet.³⁴

Bring ställer sig dock tveksam till resonemanget och hänvisar till Polisrättsutredningen. Han menar att situationen med polisens påverkan på individen gör att det fortfarande inte kan ses som frivilligt.³⁵ Även JO har ifrågasatt att en begäran skulle vara skild från ett samtycke.³⁶ På den motsatta sidan av spektrumet till en begäran kan man se det outtalade samtycket. Detta godkänns i olika former inom både straffrätten och den medicinska rätten. Straffrätten fokuserar på den så kallade viljeinriktningen vilket innebär att det räcker med att det kan visas att det faktiska samtycket existerade, oavsett hur det tog sig uttryck.³⁷ Inom den medicinska rätten används outtalade samtycke i de fall samtycke inte kan inhämtas, till exempel om personen är medvetslös.³⁸ Det finns ingenting som talar för att man ska kunna använda ett outtalat samtycke även i förhållande till tvångsmedel.

2.2.5 Kommentar

Diskussionen i doktrinen angående samtyckets giltighet är väldigt spretig och det förekommer ett antal sammanblandningar mellan giltigheten och

³³ Fitger m.fl., Lagkommentar till RB 28:1.

³⁴ Westerlund 2013, s. 34.

³⁵ Bring & Diesen 2005, s. 264.

³⁶ JO 1991/92:114.

³⁷ Asp, Ulväng & Jareborg 2013, s. 227.

³⁸ Rynning 1994, s. 324.

effekten. Framställningen ovan syftar till att ge en sammanfattande bild på de krav som ställs och det finns ett antal saker som är värda att kommentera.

Först och främst så anser jag att kravet på att samtycket ska lämnas till en behörig person inte ska anses tillhöra det giltiga samtycket. Ser man till övriga krav så hänför de sig till personen som lämnar samtycket medan detta är det enda kravet som är fristående från den som lämnar samtycket. Ett annat argument är det faktum att viss doktrin hävdar att alla krav i RB undantas som resultat av ett samtycke då det därmed inte längre rör sig om ett tvångsmedel. Kraven på ett giltigt samtycke kan dock inte samtyckas bort, vilket skulle innebära att kravet på behörig mottagare blir det enda kravet i RB som kvarstår. Det sätt som kravet diskuteras i doktrinen, och JO:s uttalande att samtycket inte kan ta bort kravet i RB 28:4-5, tyder på att det istället bör tillhöra en eventuell effekt av samtycket. Kravet är även unikt för tvångsmedlen, varken straffrätten eller den medicinska rätten ställer liknande krav.

I förhållande till kraven på full insikt så är det i mina ögon viktigt att personen som samtycker verkligen inser att det finns ett val. Full insikt bör kunna minska risken för att personen felaktigt tror sig inte ha något val och därmed underlätta även för frivilligheten. Det kan tänkas att ett formkrav på samtycket, d.v.s. att det lämnas skriftligt, skulle kunna fylla en funktion. Det skulle i samband med detta kunna ses till att personen får all den information som behövs för att nå full insikt. Självklart kvarstår problematiken, men förhoppningsvis skulle det kunna göra den enskilde mer medveten om sina rättigheter och polisens eventuella möjligheter att använda ett tvångsmedel. Inspiration bör kunna hämtas från det informationsansvar som finns inom vården, med ett uttalat krav på vad den enskilde har rätt att informeras om och på vilket sätt det ska ske. I linje med det finns det inte heller några skäl till att man bör kunna acceptera ett outtalat samtycke så som görs i straffrätten.

I de fall det faktiskt inte finns någon valmöjlighet, d.v.s. då polisen ändå kan använda tvångsmedlet så talar flera saker för att samtycket inte ska vara giltigt. I dessa fall så kan samtycket endast fungera som ett sätt för polisen att kringgå kraven i RB³⁹ och för mig är det inte ett godtagbart skäl att godkänna ett samtycke som redan balanserar på en bräcklig grund när det kommer till frivilligheten. Även Europadomstolens uttalanden i *Lustig-Prean & Beckett mot Förenade kungariket* talar mot att tillåta samtycket.

När det kommer till den påverkan som en myndighetsperson har på individen så finns det ett stort problem med den argumentation som Bring, Lindblad och Ekelöf, Bylund & Edelstam för. Alla grundar sig i samma uttalande i Polisrättsutredningen som antar att personen som samtycker utsätts för en betydande påtryckning. I övrigt stödjer varken doktrinen eller utredningen sig på några andra källor och det är minst sagt tveksamt att avfärda alla möjligheter till giltigt samtycke endast baserat på ett antagande i en SOU. Det är nödvändigt att problematiken belyses, och även Europadomstolen skriver att sådan påverkan förekommer, men jag anser att det krävs en bredare vetenskaplig bas för att kunna göra sådana absoluta uttalanden. Även JO har anslutit sig till åsikten att påverkan omöjliggör ett frivilligt samtycke, men här bör det uppmärksammas att JO:s praxis är väldigt spretig. I Örebrofallet uttalade JO att ett samtycke i princip aldrig kan ske frivilligt, medan saken inte alls har berörts i andra fall.

Diskussionen som förs kring begäran är också väldigt problematisk. Det jag framför allt vänder mig mot är att Fitger m.fl. beskriver begäran och samtycke som en skala där en begäran är mer frivillig än ett samtycke, eller skulle uttrycka en ”verklig” frivillighet. I mina ögon måste kravet på frivillighet i samtycket vara absolut, antingen är det frivilligt eller så är det inte det. En begäran skiljer sig endast till det sätt som den tillkommer på, där en begäran initieras av den som samtycker. I övrigt måste en begäran uppfylla alla krav som ställs på ett giltigt samtycke. Jag ser dock en funktion

³⁹ Jmf Lindberg 2012, s. 64.

i att tillåta en begäran. Dels bör det erbjuda ett större skydd mot påverkningar om man ställer höga krav på att initiativet ska komma helt opåverkat från den som samtycker, och dels kan det underlätta i de fall tvångsmedlet faktiskt är gynnande för den som begär det.

Sammantaget så finns det ett antal problem med den diskussion som förs kring samtyckets giltighet, men en tydligare uppdelning mellan giltighet och effekt bör medföra att man lättare kan fokusera diskussionen kring de områden som behöver mer utredning, vilket skulle främja rättsläget i stort. Jag anser också att man i förhållande till tvångsmedlen bör snegla på det fokus på den enskildes rättigheter som finns inom den medicinska rätten. Krav på skriftligt samtycke tillsammans med utförlig information skulle kunna vara ett steg åt rätt håll och det behövs även tydligare riktlinjer inom övriga kriterier.

3 Vilken effekt får ett samtycke?

3.1 Allmänt om teorier kring effekten

I de situationer man kan godta ett samtycke enligt kriterierna ovan så uppkommer frågan kring vilka effekter detta samtycke kommer att få. Ser man till doktrin, förarbeten och JO-beslut så utkristalliseras två tydliga läger. Å ena sidan står ett antal uttalanden i förarbeten som stöds av Fitger m.fl., å andra sidan finns en stor del av doktrinen och flertalet beslut av JO. De förstnämnda argumenterar primärt för att ett samtycke till ett tvångsmedel gör att åtgärden förlorar sin status som tvångsmedel, som ett resultat av avsaknaden av tvång.⁴⁰ De sistnämnda hävdar å sin sida att EKMR och RF hindrar en sådan tolkning och att ett samtycke därför inte får någon effekt alls, eller som mest en begränsad effekt. Effekten skiljer sig dessutom mellan olika tvångsmedel, beroende på hur RF ska tolkas.⁴¹ Nedanstående framställning är tänkt att ställa källorna mot varandra och även tillföra en del saknade aspekter, inte minst den påverkan som EKMR har på situationen.

Alla tvångsmedel som uppräknas i RB faller även in under artikel 8 i EKMR, som ställs upp till skydd för den enskildes privatliv.⁴² Inskränkningar i skyddet får göras i de fall de uppfyller kraven som ställs upp i artikel 8.2. Kraven kan preciseras till tre stycken i förhållande till tvångsmedel:

- Det ska vara godtagbart i ett demokratiskt samhälle

⁴⁰ Prop 1993/94:24 s. 39, Fitger m.fl., Lagkommentar till RB 28:1.

⁴¹ Lindberg 2012, s. 54.

⁴² Danelius 2012, s. 403.

- Det ska vara nödvändigt med hänsyn till de i 8:2 uppräknade allmänna eller enskilda intressen
- Inskränkningen ska ha stöd i lag

Danelius skriver att ageranden som sker med individens samtycke vanligtvis inte faller in under artikel 8.⁴³ Diskussionen sker dock i samband med att han tar upp abortförbud, och kan kontrasteras mot Europadomstolens uttalanden i fallen Lustig-Prean & Beckett och Wainwright, båda mot Förenade kungariket.⁴⁴ I just Wainwright fann Europadomstolen att hanterandet av myndigheterna, bland annat fick personerna stå nakna under en visitering, inte var godtagbart i ett demokratiskt samhälle trots personernas samtycke. De olika kravens påverkan på samtyckets effekt diskuteras vidare nedan.

3.2 Inte längre tvångsmedel

Den åsikt som primärt har förts fram i propositioner är att ett tvångsmedel inte längre ska ses som ett tvångsmedel i samband med ett samtycke. Detta uttalande kommer ursprungligen från en departementschef på 90-talet och har upprepats i senare propositioner.⁴⁵ I dessa uttalanden fördes fram att ett samtycke gör att grundlagsskyddet inte aktualiseras och att en handling som annars hade varit grundlagsstridig därmed blir tillåten. Propositionerna hänvisade till att RF 2:6 uttryckligen stadgar ”påtvungade kroppsliga ingrepp” i förhållande till kroppsbesiktningar och att samtycket därmed gör att det inte blir fråga om något tvång.⁴⁶

⁴³ Danelius 2012, s. 354.

⁴⁴ Sett i sitt sammanhang bör nog Danelius uttalande ses som relaterade till medicinskt samtycke och abort, snarare än tvångsmedel.

⁴⁵ Inledningsvis i Prop. 1993/94:24 s. 39, senare i Prop. 2005/06:29 s. 26.

⁴⁶ Prop. 1993/94:24 s. 39.

Fitger m.fl. lyfter fram förarbetenas uttalanden, dock utan att kommentera dem närmare.⁴⁷ De konstaterar att en brottsplatsundersökning som sker på begäran hos en målsägande inte bör ses som en husrannsakan och inte heller som ett tvångsmedel. På samma sätt anger Lindberg att en kroppsbesiktning som sker med samtycke på en målsägande inte heller ska ses som en besiktning eller ett tvångsmedel.⁴⁸ Westerlund menar även han på att ett gynnande ingrepp inte ska falla under skyddet i RF 2:6.⁴⁹ Olivecrona skriver att regleringen i 28:1 RB, som förbjuder användandet av samtycke som grund för husrannsakan, ska tolkas *é contrario* som att det i övrigt är tillåtet med samtycke.⁵⁰ Uttalandet upprepas av Fitger m.fl. och har även tolkats som att Olivecrona stödjer teorin om att det inte är tvångsmedel.⁵¹ Här bör man dock ha i åtanke att Olivecronas uttalande härstammar från innan både RF:s nuvarande reglering och EKMR etablerades som svensk lag.

Olivecronas tolkning kritiseras starkt av Ekelöf, Bylund & Edelstam som menar att det dels skulle göra formuleringen i RB 28:1 onödig, och dels att man ska vara väldigt försiktig med vidlyftiga *é contrario* tolkningar.⁵² Han säger dessutom att en sådan tolkning riskerar att helt ta bort det skydd som grundlagen garanterar den enskilde. Samma tankar för Bring & Diesen och Lindberg fram. De förstnämnda hävdar att definitionen som finns av en husrannsakan inte ger utrymme för att tolka det som att en åtgärd inte längre är ett tvångsmedel. Som grund för detta anger de regleringen i både RF och RB.⁵³ Precis som Ekelöf, Bylund & Edelstam så diskuterar Lindberg problemen med att låta individen förfoga över sina grundlagsskyddade rättigheter och anser därmed att ett samtycke inte kan anses ta bort

⁴⁷ Fitger m.fl., Lagkommentar till RB 28:1.

⁴⁸ Lindberg 2012, s. 65.

⁴⁹ Westerlund 2013, s. 28.

⁵⁰ Olivecrona 1968, s. 257.

⁵¹ Fitger m.fl., Lagkommentar till RB 28:1.

⁵² Ekelöf, Bylund & Edelstam 2006, s. 128.

⁵³ Bring & Diesen 2005, s. 265.

egenskapen av tvångsmedel hos en åtgärd.⁵⁴ I Örebrofallet så instämde JO med Lindberg och konstaterade att grundlagsskyddet skulle urholkas kraftigt om individen tillåts förfoga fritt över det.⁵⁵

Även Europadomstolens praxis pekar åt samma håll. I ovan nämnda Lustig-Prean & Beckett mot Förenade kungariket så lade domstolen inte större vikt vid samtycket utan baserade sin bedömning på det faktiska agerandet av de brittiska myndigheterna. Även i Wainwright mot Förenade kungariket valde domstolen att fokusera på de faktiska omständigheterna kring hur visitationen skedde snarare än formen av samtycket.

Lagstödet som krävs i EKMR för en inskränkning har behandlats i flertalet fall och Europadomstolen har bland annat uttalat att ”...relevant legislation and practice must afford adequate and effective safeguards against abuse”.⁵⁶ Vidare har domstolen sagt i Camezind mot Schweiz att lagstiftningen måste skydda mot godtyckligt ingripande från myndigheterna. Danelius definierar det som att lagstiftningen måste vara tillgänglig och förutsägbar.⁵⁷ Skulle det tillåtas att samtycket befriar från alla krav i RB och RF innebär det att agerandet från myndigheterna skulle vara helt oreglerat. Detta bör innebära att teorin inte är förenlig med EKMR:s krav på lagstöd.

3.3 Ett samtycke har viss effekt

I det fall man avfärdar teorin om att åtgärden ej längre är ett tvångsmedel så kvarstår då frågan vilken effekt samtycket ska få. I mångt och mycket kretsar argumentationen kring hur man ska tolka RF 2:6. Både Bring och Lindberg gör tolkningen att de tvångsmedel som inte omfattas av begreppet påtvingat skyddas av RF på så sätt att ett samtycke inte bör få någon

⁵⁴ Lindberg 2012, s. 53.

⁵⁵ JO 2003/04:72.

⁵⁶ Funke mot Frankrike.

⁵⁷ Danelius s. 351.

effekt.⁵⁸ Därmed blir det endast kroppsbesiktning som kan komma ifråga. Lindberg är dock väldigt tveksam till att använda samtycke som grund för en kroppsbesiktning.⁵⁹ Westerlund å andra sidan tolkar 2:6 så som att endast tvångsmedel som är gynnande kan samtyckas till, oavsett vilket skydd i RF som kommer ifråga.⁶⁰ Detta står också i linje med vad Fitger m.fl. uttalar.⁶¹

JO har ansett att man inte kan samtycka till en personell husrannsakan.⁶² I Örebrofallet diskuterade även JO tolkningen av RF 2:6 och konstaterade att påtvingat ska tolkas så att även en kroppsbesiktning med samtycke omfattas. JO uttryckte även sin tveksamhet till att tillåta samtycke till något tvångsmedel i överhuvudtaget.⁶³ Samtidigt så har JO uttalat att man kan samtycka till kroppsvisitering, i detta fall rörde det dock inte ett brottsutredande syfte.⁶⁴

När det gäller vilka krav som kan ställas på ett tvångsmedel så säger Ekelöf, Bylund & Edelstam i anslutning till en begärd husrannsakan att i princip alla krav förutom misstankegraden bör kvarstå.⁶⁵ Detta kan kontrasteras mot Fitger m.fl. som endast anser att kravet på dokumentation upprätthålls.⁶⁶ Ekelöf, Bylund & Edelstams åsikt stöds av JO som har uttalat att det i förhållande till en reell husrannsakan fortfarande krävs ett brott som kan leda till fängelse och att personen är misstänkt. Däremot kan man samtycka till att obehöriga medverkar vid en husrannsakan.⁶⁷ JO har även sagt att kravet på behörig mottagare som fattar beslut kvarstår.⁶⁸ I Örebrofallet

⁵⁸ Bring & Diesen 2005, s. 265, Lindberg 2012, s. 54.

⁵⁹ Lindberg 2012, s. 68.

⁶⁰ Westerlund 2013, s. 28.

⁶¹ Fitger m.fl., Lagkommentar till RB 28:1.

⁶² JO 1991/92 s. 114.

⁶³ JO 2003/04:72.

⁶⁴ JO 2003/04:140

⁶⁵ Ekelöf, Bylund & Edelstam 2006, s. 119.

⁶⁶ Fitger m.fl., Lagkommentar till RB 28:1.

⁶⁷ JO 1991/92:114.

⁶⁸ JO 1965:159

uttalade JO att kravet på misstankegrad i förhållande till en kroppsbesiktning inte kan samtyckas bort, medan Lindberg anser att just misstankegraden är en sådan sak som kan samtyckas bort.⁶⁹

Som redogörelsen ovan visar så är doktrinen långt ifrån entydig, trots att flertalet parter hävdar en ”gängse uppfattning”.⁷⁰ Det kan endast konstateras att rättsläget angående vilka tvångsmedel man eventuellt kan samtycka till är ytterst oklart. Samma sak kan konstateras kring vilka krav som ett samtycke dispenserar ifrån.

3.4 Ett samtycke har ingen effekt

Som framgår ovan har användandet av samtycke kritiserats på flertalet punkter och därmed har åsikten förts fram att man inte ska godta ett samtycke överhuvudtaget. Synsättet har primärt tre anhängare: Ekelöf, Bylund & Edelstam, Lindberg och JO. Alla stödjer sig till stor del på de uttalanden som gjordes i Polisrättsutredningen, som konstaterade att det finns så stora problem med frivilligheten att det riskerar att underminera grundlagsskyddet för den enskilde.⁷¹ Utredningen rekommenderade således att man tog bort möjligheten till begäran i RB 28:1 och att man skulle införa ett heltäckande förbud mot användandet av samtycke. Detta har än så länge inte skett.

Ekelöf, Bylund & Edelstam menar att tolkningen av RF inte tillåter ett inskränkande genom samtycke och att fokus ska ligga på åtgärdens integritetskränkande karaktär i enlighet med praxis från Europadomstolen.⁷² De beaktar även problemen med frivilligheten i det giltiga samtycket och rekommenderar därför att lagstiftaren tydligt tar avstånd från användandet

⁶⁹ JO 2003/04:72, Lindberg 2012 s. 58.

⁷⁰ Prop. 2005/06:29 s. 26, Lindberg 2012 s. 53.

⁷¹ SOU 1995:47, s. 145.

⁷² Ekelöf, Bylund & Edelstam 2006, s. 129.

av samtycke i förhållande till tvångsmedel.⁷³ Lindberg har i stort samma argument och varnar flertalet gånger för användandet av ett samtycke.⁷⁴ JO behandlade frågan utförligt i Örebrofallet och kommenterade både svårigheterna med samtyckets giltighet och tolkningen av RF. JO konstaterade att begreppet ”påtvingat” syftar till att avgränsa medicinsk verksamhet och inte att inskränka grundlagsskyddet i samband med samtycke. Detta tillsammans med att JO ansåg det i princip omöjligt att samtycka till en myndighetsperson gjorde att rättsläget ansågs vara otillfredsställande och att samtycke ej borde tillåtas i samband med straffprocessuella tvångsmedel.⁷⁵

3.5 Kommentar

Som redogörelsen ovan visar så är diskussionen kring samtyckets effekt minst lika överskådlig som den kring vad som är ett giltigt samtycke. Ett av de stora problemen är att de olika källorna inte diskuterar varandras argument utan istället framhäver sig själva som den gällande uppfattningen. Detta resulterar i att båda sidor för fram bra argument som i stort blir obeaktade och ingen tillfredsställande lösning kan utkristalliseras.

Jag anser inte att man i dagens läge med fog kan hävda att en åtgärd som sker med samtycke inte är ett tvångsmedel. Teorin grundar sig i äldre källor och uttalanden i förarbeten som i vaga ordalag undviker kärnfrågan. I mina ögon är det lite synd då det skulle behövas en ordentlig diskussion kring de situationer då ett tvångsmedel faktiskt sker på initiativ av den enskilde och är gynnande för den. I slutändan är det dock svårt att se att en reglering där alla skyddsspärrar och grundlagsskydd försvinner med ett samtycke verkligen skulle vara förenligt med EKMR. Europadomstolen har otaliga gånger poängterat vikten av att det finns säkerhetsspärrar mot otillbörligt och godtyckligt agerande av myndigheterna.

⁷³ Ekelöf, Bylund & Edelstam 2006, s. 131.

⁷⁴ Lindberg 2012, s. 55 & 64.

⁷⁵ JO 2003/04:72.

Den svåra frågan blir om man överhuvudtaget ska tillåta samtycke till tvångsmedel, och vilken effekt ett sådant ska få. En stor del av de argument som förs fram för att man inte ska tillåta användandet av ett samtycke grundar sig i svårigheten att säkerställa att samtycket verkligen är giltigt. Det må vara ett sunt argument i sig men som jag kommenterar i 2.2.5 så baseras det dels på tvivelaktiga källor och dels så finns det andra spärarrar som kan användas för att säkerställa frivilligheten. Ett problem med att inte tillåta samtycke som grund för tvångsmedel är just de situationer då det faktiskt är till gagn till den enskilde. Framförallt Fitger m.fl. löser detta genom att kalla det för tvångsmedel, men ändå inte tvångsmedel. Ett dylikt bollande med pseudo-termer är knappast smidigt, men det kan finnas en poäng i att särskilja de situationer där syftet och arten av åtgärden inte motsvarar den integritetskränkning som ett tvångsmedel innebär.

Det slående med dagens rättsläge är den osäkerhet som råder. Detta är ett stort problem i förhållande till den praxis som Europadomstolen har etablerat. I de fall tvångsmedel utförs i enlighet med RF och RB så är det inga tvivel om att de uppfyller de krav som ställs i EKMR. Användandet av samtycket som grund baseras dock på avsaknaden av regler och på en o-enig doktrin. Jag har väldigt svårt att se att detta skulle uppfylla de krav som ställs på lagstöd för undantag från artikel 8. Det oklara rättsläget tillsammans med otillräcklig lagstiftning gör att ett användande av samtycke som grund för tvångsmedel i dagsläget riskerar att bryta mot EKMR:s 8:e artikel. Detta kan rimligtvis endast åtgärdas genom klagörande lagstiftning.

4 Slutsatser

Syftet med denna uppsats har varit att granska och systematisera den diskussion som förs kring användandet av samtycket som grund för straffprocessuella tvångsmedel. Uppsatsen visar dock att denna diskussion både är svåröverskådlig och speglar det osäkra rättsläget. Det är framför allt frågan om samtyckets effekt som orsakar problem då doktrinen är uppdelad och väldigt ofta har svårt att bemöta den andra sidans argument. Att källorna pratar förbi varandra gör att förvirringen späs på och att vissa viktiga frågor förblir outredda, inte minst hur man ska hantera gynnande tvångsmedel. Min utredning visar även på en tydlig motvilja hos lagstiftaren att lösa problematiken.

Det finns väldigt starka argument för att man inte ska tillåta att ett tvångsmedel helt förlorar sitt grundlagsskydd i samband med ett samtycke. Som visas i mina kommentarer så är grunderna för detta relativt utdaterade och står inte i samklang med varken RF eller EKMR. Den senare doktrinen verkar också vara relativt överens om att man inte kan samtycka bort alla krav som finns i RB, vilket jag instämmer i. Vilka krav som kan samtyckas bort och i förhållande till vilka tvångsmedel är dock fortfarande väldigt oklart, och en del av doktrinen har goda argument för att ett samtycke inte alls ska tillåtas. En stor del av argumentationen är dock i förhållande till svårigheterna att säkerställa ett giltigt samtycke. Här ser jag ett behov av vidare forskning kring den eventuellt underlägsna ställning som den enskilde befinner sig i förhållande till myndigheterna.

Den systematik som uppsatsen etablerar hjälper förhoppningsvis till att visa på de delar där samtyckets effekt och giltighet riskerar att blandas ihop. Problemet med en sådan sammanblandning är att kraven som ställs på ett giltigt samtycke är absoluta. Effekten av ett samtycke är däremot mer flexibel, där kan man tänka sig att det skulle vara tillåtet att utföra ett tvångsmedel trots att det ej lämnats till en behörig person, så länge samtycke

finns. Kravet på behörig person diskuteras dock utifrån olika ståndpunkter i doktrinen, där en del anser att det kan bortses ifrån vid samtycke och vissa anser att det är ett krav för giltighet. Som min kommentar ovan visar så anser jag att kravet på behörig mottagare snarast bör tillhöra effekten, vilket skulle möjliggöra en diskussion som fokuserar kring i vilka fall kravet kan samtyckas bort. Separationen av giltighet och effekt möjliggör således en mer nyanserad argumentation, och tillåter tvångsmedlens individuella egenskaper att ta större plats.

I både doktrin och förarbeten finns det en överraskande brist på djupgående analyser av samtyckets påverkan i förhållande till EKMR. Både doktrin och JO nämner konventionen i förbigående men ingen behandlar den utförligt. Mer forskning inom området skulle antagligen kunna tillföra mycket till diskussionen. Som min utredning ovan visar så ställer Europadomstolen upp två centrala krav, dels att inskränkningen ska ha stöd i lag och dels att det ska finnas tillräckliga säkerhetsfjärrar för att skydda den enskilde från godtyckligt ingripande av myndigheter. I förhållande till teorin om att en åtgärd förlorar sin status som tvångsmedel så skulle det medföra att det inte finns några garantier kvar till skydd för den enskilde. Detta bör inte vara förenligt med EKMR, och är ett starkt argument mot teorin.

I de fall man tillåter samtycke som grund för tvångsmedel så sker det på en tveksam grund utan direkt lagstöd, baserat på uttalanden i äldre doktrin och förarbeten. JO har även uttalat sig mot användandet av ett samtycke, men kan trots detta ej kritisera de fall då det faktiskt används så som skedde i Örebrofallet. Denna osäkerhet i sig bör vara ett stort problem i förhållande till den förutsägbarhet och tillgänglighet som Europadomstolen kräver för att inskränkningen ska anses ha lagstöd. Det osäkra rättsläget är därmed i sig ett starkt skäl mot att använda samtycke som en grund för tvångsmedel. Ett rättsläge som i sin egen osäkerhet riskerar att strida mot EKMR kan inte heller sägas vara tillfredställande.

Örebrofallet är ett utmärkt exempel på den problematik som aktualiseras i förhållandet till användandet av den enskildes samtycke som grund för tvångsmedelsanvändning. Trots relativt utförliga säkerhetsåtgärder så upplevde ändå en person att dess grundläggande rättigheter kränktes när den ombands samtycka till ett salivprov. JO:s utredning belyser också den stora osäkerhet som råder inom området, och det är i mina ögon denna osäkerhet tillsammans med risken för missbruk som gör att man bör avhålla sig från att använda samtycket som grund för tvångsmedelsanvändning till dess att klagörande lagstiftning etableras.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

SOU 1995:47 Tvångsmedel enligt 27 och 28 kap. RB samt polislagen

Prop. 1993/94:24 Förslag till ändrade regler om kroppsvisitation och kroppsbesiktning, mm.

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

Publicerade JO-avgöranden

JO 1965:159

JO 1991/92:114

JO 1992/93:138

JO 1995/96:89

JO 2003/04:72

JO 2003/04:140

JO 2010/11:509

Litteratur

Asp, Petter, Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder*, 2., omarb. uppl., Iustus, Uppsala, 2013

Bring, Thomas & Diesen, Christian, *Förundersökning*, 3., [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2005

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 4., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012

Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif & Edelstam, Henrik, *Rättegång*. H. 3, 7., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2006

Lindberg, Gunnel, *Straffprocessuella tvångsmedel: när och hur får de användas?*, 3., [rev.] uppl., Karnov Group, Stockholm, 2012

Olivecrona, Karl, *Rättegången i brottmål enligt RB*, 3., omarb. uppl., Norstedt, Stockholm, 1968

Rynning, Elisabeth, *Samtycke till medicinsk vård och behandling: en rättsvetenskaplig studie = [Consent to medical care and treatment] : [a legal study]*, Iustus, Diss. Uppsala : Univ., Uppsala, 1994

Westerlund, Gösta, *Straffprocessuella tvångsmedel: en studie av rättegångsbalkens 24 till 28 kapitel och annan lagstiftning*, 5., [rev. och utök.] uppl., Bruun, Stockholm, 2013

Elektroniska källor

Nationalencyklopedin ”samtycka”

www.ne.se/uppslagsverk/ordbok/svensk/samtycka hämtad 2015-05-23

Fitger, Peter, Sörbom, Monika, Eriksson, Tobias, Hall, Per, Palmkvist, Ragnar & Renfors, Cecilia, Lagkommentar till RB 28:1, hämtad från Zeteo 2015-05-23

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 2013 s. 397

Europadomstolen

Camezind v. Switzerland, no. 21353/93, ECHR 1997-VIII

Funke v. France, no. 10828/84, ECHR 1984- A256-A

Lustig-Prean & Beckett v. the United Kingdom, no. 31417/96 & 32377/96

Wainwright v. the United Kingdom, no. 12350/04, ECHR, 2006-X