



<http://www.diva-portal.org>

This is the published version of a chapter published in *Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år*.

Citation for the original published chapter:

Hjertstedt, M., Hilberts, G. (2017)

Doktrin om tvångsmedel i nutid och framtid: en undersökning av juridisk litteratur om straffprocessuella tvångsmedel.

In: Örjan Edström, Johan Lindholm, Ruth Mannelqvist (ed.), *Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år* (pp. 119-132). Umeå: Umeå universitet

N.B. When citing this work, cite the original published chapter.

Permanent link to this version:

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:umu:diva-141612>

# Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år

REDAKTÖRER  
ÖRJAN EDSTRÖM, JOHAN LINDHOLM &  
RUTH MANDELQVIST



Juridiska institutionen  
Umeå 2017

© Författarna 2017

This work is protected by the Swedish Copyright Legislation (Act 1960:729)

ISSN: 1404-9198

ISBN: 978-91-7601-793-7

Ev. info om Omslag/sättning/omslagsbild:

Elektronisk version tillgänglig på <http://umu.diva-portal.org/>

Tryck/Printed by: UmU Tryckservice, Umeå universitet

Umeå, Sverige 2017

# Doktrin om tvångsmedel i nutid och framtid

En undersökning av juridisk litteratur om straffprocessuella tvångsmedel

MATTIAS HJERTSTEDT\* & GABRIELLA HILBERTS†

## 1 Inledning

Inom svensk rättskällehära brukar ofta doktrinen framhållas som en av de traditionella rättskällorna.<sup>1</sup> Doktrinen brukar tillmätas förhållandevis låg vikt i jämförelse med exempelvis förarbetsuttalanden och prejudikat från Högsta domstolen (HD),<sup>2</sup> även om det finns de som hävdar att doktrinen under senare år har tillmätts större betydelse som rättskälla.<sup>3</sup> Det är emellertid inte enbart doktrinen närmare värde som rättskälla som är omdiskuterad, utan också själva innebörden av begreppet doktrin – kan till exempel även en lärobok eller en artikel författad av en doktorand kvalificera som doktrin?

\* Mattias Hjertstedt, jur.dr, är verksam som universitetslektor vid juridiska institutionen, Umeå universitet. Hans undervisning och forskning berör främst området processrätt.

† Gabriella Hilberts har juristexamen och är verksam som doktorand vid juridiska institutionen, Umeå universitet. Hennes undervisning och forskning berör främst områdena förvaltningsrätt och skoljuridik.

<sup>1</sup> Det har diskuterats huruvida det är lämpligt att använda begreppet doktrin. Exempelvis är Agell kritisk mot denna beteckning och använder sig istället av begreppet *litteraturen*, se Agell, Anders, ”Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap”, i Frändberg, Åke, Göranson, Ulf & Håstad, Torgny (red), *Festskrift till Stig Strömholm, del I*, Iustus, Uppsala 1997, s. 35–62, på s. 46–47 (särskilt fotnot 25).

<sup>2</sup> Exempelvis anser Peczenik att doktrin är en rättskälla som ”får” beaktas. Se Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritzes, Stockholm 1995, s. 215–216.

<sup>3</sup> Se Bengtsson, Bertil, ”Om rättsvetenskapen som rättskälla”, *Tidskrift för Rättsvetenskap*, 2002, s. 14–32, på s. 15. Se även Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: En lärobok i allmän rättslära*, 5:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1996, s. 395. Jfr Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 9:e uppl., Iusté, Uppsala 2016, s. 203 och 205.

Även om doktrinen är en av de traditionella rättskällorna inom svensk rättskällelära är det relativt ovanligt att diskutera detta begrepp genom att studera juridisk litteratur inom ett visst område. Ett exempel på ett ämne som framstår som lämpligt att undersöka i detta hänseende är de svenska reglerna om straffprocessuella tvångsmedel; inom detta område finns det nämligen knappt en handfull exempel på nutida svensk juridisk litteratur, vilket medför att en analys är hanterbar inom ramen för denna antologi.<sup>4</sup>

Föreliggande uppsats syftar till att problematisera doktrinbegreppet genom att undersöka svensk juridisk litteratur på området straffprocessuella tvångsmedel, det vill säga sådana åtgärder som det allmänna vidtar mot enskilda i ett straffprocessuellt förfarande och som innebär intrång i enskildas i lag skyddade intressen.<sup>5</sup> Därtill kommer behov av framtida forskning om tvångsmedel att diskuteras. Särskilt fokus ligger på tvångsmedlen beslag, husrannsakan, kroppsvisitation och kroppsbesiktning, som utgör några av de vanligast förekommande tvångsmedlen.<sup>6</sup>

I den följande framställningen används begreppet *juridisk litteratur* som beteckning för alla former av juridiska verk, oavsett om de har ställning som doktrin eller inte.<sup>7</sup> Med *doktrin* avses ett snävare begrepp, vilket kommer att utvecklas nedan.

Inledningsvis följer en diskussion om doktrinbegreppet, närmare bestämt vilka kriterier som har föreslagits för att juridisk litteratur ska kvalificeras som doktrin (avsnitt 2) samt hur undersökningen kommer att genomföras (avsnitt 3). Därefter analyseras den nutida juridiska litteraturen på tvångsmedelsområdet i relation till dessa kriterier (avsnitt 4). Avslutningsvis följer en diskussion om

<sup>4</sup> Då det gäller det närmare urvalet av juridisk litteratur, se avsnitt 3. Förutom att den litteratur som finns på området är hanterbar är en anledning till att detta studieobjekt har valts att tvångsmedel ligger inom artikelförfattarnas kompetensområde.

<sup>5</sup> Angående begreppen tvångsmedel och straffprocessuella tvångsmedel, se vidare Hjertstedt, Mattias, *Tillgången till handlingar för brottsutredare: En rättsvetenskaplig studie av beslag med husrannsakan, myndigheters utlämnandeskyldighet samt editions- och exhibitionspliket*, Iustus, Uppsala 2011, s. 34–38, med där gjorda hänvisningar.

<sup>6</sup> Så har exempelvis gjorts gällande att beslag sannolikt är det mest använda straffprocessuella tvångsmedlet (under förundersökningar). Se Lindberg, Gunnel, *Straffprocessuella tvångsmedel: när och hur får de användas?*, 3:e uppl., Karnov Group, Stockholm 2012, s. 385; Nordh, Roberth, *Praktisk process IV, Tvångsmedel: Kvarstad, häktning, beslag, husrannsakan m.m.*, Iustus, Uppsala 2007, s. 91.

<sup>7</sup> Jfr Ulväng, Magnus, ”Den straffrättsliga doktrinen som rättskälla: Om dogmatik, vetenskap och gällande rätt”, i Bylander, Eric (red.), *De Lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2013: Doktrinen i praxis*, Iustus, Uppsala 2013, s. 179–211, på s. 181 (jfr även s. 187).

behov av framtida forskning på området utifrån de luckor som har identifierats i den nutida litteraturen (avsnitt 5).

## 2 Begreppet doktrin

Som redan påtalats är frågan om vad det är som kvalificerar ett juridiskt arbete till doktrin omdiskuterad. I litteraturen på området – och i mer informella samtal jurister emellan – är det framför allt tre faktorer som brukar framhållas, nämligen (1) typen av publikation, (2) författaren och dennes kompetens samt (3) kvaliteten på analys och argumentation.<sup>8</sup>

Vad gäller *typen av publikation* uttalas ibland att till exempel läroböcker och kommentarer ofta inte kvalificerar som doktrin,<sup>9</sup> medan detta däremot skulle vara fallet med exempelvis doktorsavhandlingar.<sup>10</sup> Numera kan väl under denna punkt även diskuteras i vilken mån vissa digitala publiceringar – som exempelvis kommentarer för vissa nyhetstjänster – kan anses utgöra doktrin.<sup>11</sup>

Beträffande *författaren och dennes kompetens* förekommer uttalanden av typen att doktrin bör vara författad av en välmeriterad professor och inte av en doktorand. Detta kriterium på doktrin kan såväl ta sikte på den mer formella kompetensen – att författaren bör vara professor eller i vart fall disputerad – som den mer materiella kompetensen – den kunskap vederbörande har på området och den duglighet som denne visat prov på i sitt värv.<sup>12</sup>

Det kanske allra viktigaste kännetecknet på vad som utgör doktrin är *kvaliteten på analysen och argumentationen*. I detta ligger för det första att det aktuella arbetet ska innehålla en självständig analys och inte enbart återge vad som står i andra

<sup>8</sup> Jfr dock Ulväng, 2013, s. 180–187, där delvis andra beståndsdelar i doktrinen diskuteras.

<sup>9</sup> Jfr dock resonemangen i Hellner, Jan, *Rättsteori: En introduktion*, 2:a uppl., Juristförlaget, Stockholm 1994, s. 116 och Lehrberg, 2016, s. 206–209. Beträffande kommentarer se Lindblom, Per Henrik, ”Kommentarer om lagkommentarer”, *Tidskrift för Rettsvetenskap*, 2000, s. 401–428, där Lindblom bl.a. diskuterar vilka krav som bör ställas på lagkommentarer.

<sup>10</sup> Jfr Dahlberg, Mattias, ”Om doktrinen som rättskälla i skatterätten”, i Bylander, Eric, *De Lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2013: Doktrinen i praxis*, Iustus, Uppsala 2013, s. 49–65, på s. 55.

<sup>11</sup> Jfr Munck, Johan, ”Rättskällor förr och nu”, *Juridisk publikation*, 2014, s. 199–208, på s. 208. I begreppet typ av publikation ligger att det aktuella verket på något sätt ska ha publicerats; med detta synsätt betraktas t.ex. normalt sett inte ett rättsutlåtande som avgivits med anledning av en tvist som doktrin. Med den digitala teknik som har utvecklats under senare år har emellertid gränsen mellan vad som är publicerat och inte blivit alltmer flytande.

<sup>12</sup> Jfr Dahlberg, 2013, s. 54; Hellner, 1994, s. 116; Kleineman, Jan, ”Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla”, *Juridisk tidskrift*, 1994–95, s. 621–646, på s. 621; Kleineman, Jan, ”Rättsdogmatisk metod”, i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund 2013, s. 33; Peczenik, 1995, s. 260.

rättskällor.<sup>13</sup> Vidare kan det handla om att argumentationen måste vara objektivt och vetenskapligt underbyggd (vilket inkluderar källhänvisningar) samt vara vederhäftig och logiskt uppbyggd.<sup>14</sup> Även graden av fullständighet i analysen kan ha betydelse för detta kriterium – behandlas exempelvis enbart den interna, svenska rätten eller undersöks även Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) – som idag har stor betydelse på tvångsmedelsområdet – och Europadomstolens praxis kring denna konvention?

Det bör emellertid understrykas att även andra mått på vad som utgör doktrin än de ovanstående kan göras gällande. Exempelvis skulle det kunna hävdas att doktrin är sådan juridisk litteratur som omnämns i rättspraxis – eller andra rättskällor – eller i vart fall att sådan litteratur får ett högre rättskällevärde.<sup>15</sup> Sådana kriterier på doktrin – som är mer empiriska än normativa – kommer emellertid inte att diskuteras närmare inom ramen för denna undersökning.

Vidare må framhållas att den aktuella forskningsfrågan kan formuleras på andra sätt än som vilka kriterier som gäller för att juridisk litteratur ska kvalificeras som doktrin. I litteraturen förekommer nämligen även diskussioner om vilka faktorer som ger ett verk – eller enstaka uttalande – inflytande, auktoritet, värde som rättskälla eller dylikt.<sup>16</sup>

### 3 Tillvägagångssätt

I det följande kommer de ovanstående tre faktorerna – typen av publikation, författaren och dennes kompetens samt kvaliteten på analysen och argumentationen – att undersökas då det gäller den här utvalda litteraturen från tvångsmedelsområdet. Beträffande kvaliteten på analysen och argumentationen kommer de delar av de aktuella verken som behandlar tvångsmedlen beslag, husrannsakan, kroppsvisitation och kroppsbesiktning att undersökas närmare. Vidare fokuseras studien av denna komponent till att undersöka i vilken mån analysen och argumentationen i de aktuella verken är självständig och fullständig

<sup>13</sup> Jfr Bengtsson, 2002, s. 15.

<sup>14</sup> Jfr Kleineman, 2013, s. 33 om analysens ”inre logik”. Jfr Lehrberg, 2016, s. 205 om tillförlitlighet.

<sup>15</sup> Jfr Kleineman, 2013, s. 31–32 (jfr även s. 35); Sandgren, Claes, ”Är rättsdogmatiken dogmatisk?”, *Tidskrift för Rättsvetenskap*, 2005, s. 648–656, på s. 654; Strömholm, 1996, s. 510.

<sup>16</sup> Se t.ex. Hellner, 1994, s. 115 (inflytande); Lehrberg, 2016, s. 205 (hög auktoritet, rättskälla av hög dignitet); Sandgren, 2005, s. 654 (auktoritet); Strömholm, 1996, s. 395 (inflytande i enskilda fall).

– sådana omständigheter som objektivitet, vetenskaplighet och vederhäftighet är svårare att undersöka i en kortfattad artikel av förevarande slag.

Urvalet av juridisk litteratur i den föreliggande undersökningen baseras på fyra kriterier. För det första rör det sig om svensk litteratur, som behandlar juridik och är författad av jurister. Vidare ska för det andra samtliga verk behandla gällande rätt beträffande de här utvalda tvångsmedlen beslag, husrannsakan (såväl reell som personell), kroppsvisitation och kroppsbesiktning, framför allt de regler som återfinns i rättegångsbalk (1942:740, RB).<sup>17</sup> Därtill får de aktuella arbetena för det tredje inte vara alltför översiktliga.<sup>18</sup> Slutligen ska det vara fråga om nutida litteratur, som kommit ut eller uppdaterats i vart fall på 2000-talet.<sup>19</sup>

Genom att närmare undersöka innehållet i denna litteratur analyseras hur den förhåller sig till de här utvalda kriterierna för doktrinbegreppet. Utifrån resultatet av denna undersökning förs också resonemang kring i vilken utsträckning som de aktuella kriterierna är ett lämpligt mått på vad som är doktrin och inte.

Det material som är föremål för undersökning är således hela produkten (boken eller kapitlet) och inte något enskilt uttalande. Värt att notera är dock att det primärt är de delar som behandlar beslag, husrannsakan, kroppsvisitation och kroppsbesiktning som har undersökts – det är således möjligt att det föreligger avvikelser från undersökningens resultat i de andra delarna av verken.

#### 4 Juridisk litteratur om tvångsmedel i nutid

För närvarande finns det fem verk som uppfyller de ovan nämnda kraven på nutida svensk juridisk litteratur som inte är alltför översiktliga och som omfattar tvångsmedlen beslag, husrannsakan, kroppsvisitation och kroppsbesiktning. Dessa verk är författade av Ekelöf & Bylund, Fitger m.fl., Bring & Diesen, Westerlund och Lindberg. I det följande ska dessa exempel på juridisk litteratur om tvångsmedel i tur och ordning behandlas mot bakgrund av det ovan diskuterade doktrinbegreppet och de tre kriterier som har identifierats; därefter analyseras den undersökta litteraturen i relation till dessa kriterier för doktrin.

<sup>17</sup> Därmed blir det inte aktuellt att undersöka vissa vetenskapliga arbeten i vilka något eller några men inte alla av dessa tvångsmedel studeras, se t.ex. Hjertstedt, 2011.

<sup>18</sup> Ett exempel på ett mer översiktligt arbete inom området är Nordh, 2007.

<sup>19</sup> Därmed faller t.ex. Gärde, Natanael, m.fl., *Nya rättegångsbalken jämte lagen om dess införande med kommentar*, Norstedts Juridik, Stockholm 1994 (faksimilutgåva, original 1949) och Olivecrona, Karl, *Rättegången i brottmål enligt RB*, 3:e uppl., P.A. Norstedt & Söner, Stockholm 1968, utanför ramen för denna undersökning.



#### 4.1 Ekelöf & Bylund

Den äldsta av den här undersökta litteraturen är Per Olof Ekelöfs m.fl. böcker *Rättegång, häfte I–V*, som tar ett helhetsgrepp på såväl straffprocessen som civilprocessen. I *tredje häftet* återfinns ett kapitel om straffprocessuella tvångsmedel.<sup>20</sup> Detta häfte har utkommit i sju upplagor – 1960, 1964, 1970, 1980, 1988, 1994 och 2006. Partierna om beslag, husrannsakan, kroppsvisitation och kroppsbesiktning omfattar i den senaste upplagan cirka 25 sidor;<sup>21</sup> däribland ingår vissa bestämmelser utanför RB. Framställningen är disponerad tematiskt efter de olika tvångsmedlen. I senaste upplagan uttalas att verket i första hand är avsett att vara kurslitteratur i juristutbildningen, men att det även kan vara användbart för praktiskt verksamma jurister.<sup>22</sup>

I de fem första upplagorna av *Rättegång III* är avsnittet om straffprocessuella tvångsmedel författat av Per Olof Ekelöf (1906–1990), som var verksam som professor i processrätt i Uppsala. Avsnitten är i de två senaste upplagorna skrivna av Torleif Bylund (född 1938), professor emeritus vid Uppsala universitet.

Framställningen är som nämnts ovan kortfattad, varför en stor del av de aktuella partierna utgörs av översiktliga beskrivningar av rättsläget. En djupare analys återfinns dock i fotnoter och finstilta partier, men analysen är av förklarliga skäl begränsad till ett urval av särskilt intressanta frågor. Betydelsen av EKMR lyfts kortfattat fram i ett avsnitt,<sup>23</sup> men avsnitten innehåller ingen hänvisning till Europadomstolens praxis.

Framställningen innefattar ett flertal självständiga tolkningar av gällande rätt, där argumenten ofta utgörs av integritetshänsyn och liknande.<sup>24</sup> Författaren tar också upp några problem med lagstiftningen och förslag de lege ferenda.<sup>25</sup>

#### 4.2 Fitger m.fl.

Ett annat verk på tvångsmedelsområdet är Peter Fitgers m.fl. kommentar *Rättegångsbalken*, som i lösblad – fördelade i fyra pärmar – kommenterar RB:s samtliga bestämmelser. I *del 2* av detta verk återfinns en framställning om reglerna

<sup>20</sup> Bylund, Torleif, Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik, *Rättegång: tredje häftet*, 7:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2006.

<sup>21</sup> Bylund m.fl., 2006, s. 82–87 och 112–131.

<sup>22</sup> Se bokens baksida.

<sup>23</sup> Se s. 129.

<sup>24</sup> Se särskilt de finstilta partierna på s. 113–114, 117–120 och 128–131.

<sup>25</sup> Se främst s. 83 (fotnot 159), 86–87 och 129.

om straffprocessuella tvångsmedel i RB 23–28 kap.<sup>26</sup> Denna kommentar utgavs första gången 1984, och har sedan dess uppdaterats kontinuerligt i lösbladsform – under de senaste åren dessutom i digital form i databasen Zeteo.<sup>27</sup> De delar av verket i vilka bestämmelserna om beslag, husrannsakan, kroppsvisitation och kroppsbesiktning i RB 27 och 28 kap. behandlas omfattar cirka 60 sidor.<sup>28</sup> Något uttalande om verkets primära målgrupp återfinns inte i förordet, men arbetet torde framför allt begagnas av praktiskt verksamma jurister – i vart fall används kommentaren bland annat vid landets domstolar.

Huvudansvarig för denna kommentar var fram till sin bortgång Peter Fitger (1937–2011), som under många år arbetade som sakkunnig med mera vid Justitiedepartementet; han var även verksam som hovrättsråd vid Svea hovrätt samt var hedersdoktor vid Uppsala universitet och tilldelad professors namn av regeringen (ej disputerad). Fitger hade vissa medhjälpare med arbetet med RB-kommentaren och efter hans frånfalle har uppdateringen skötts av ett antal praktiskt verksamma jurister, däribland nuvarande JO Cecilia Renfors (född 1961).

Författarna behandlar ett stort antal frågor utförligt i sin framställning. Däremot är analysen av EKMR inte särskilt utvecklad – EKMR berörs endast vid fyra tillfällen,<sup>29</sup> varav rättsfall från Europadomstolen omnämns vid tre av dessa fyra tillfällen.<sup>30</sup>

Vidare refererar författarna i stor utsträckning sådant som finns uttryckt i andra rättskällor. Framställningen innefattar även ett flertal självständiga tolkningar av gällande rätt, där tolkningen någon gång utgörs av ett outvecklat påstående och ibland är försedd med argument som integritetshänsyn.<sup>31</sup> Någon gång pekar författarna också på problem med den aktuella lagstiftningen.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> Fitger, Peter, *Rättegångsbalken I, del 2*, Norstedts Juridik, Stockholm 1984 (med fortlöpande uppdatering).

<sup>27</sup> Se [zeteo.wolterskluwer.se](http://zeteo.wolterskluwer.se).

<sup>28</sup> Siffran tar sikte på en utskrift av versionen på Zeteo.

<sup>29</sup> Se Fitger m.fl. (2017-06-20, Zeteo), kommentaren till 27 kap. 3 §, 27 kap. 12 §, inledningen till 28 kap. och 28 kap. 4 §.

<sup>30</sup> Se Fitger m.fl. (2017-06-20, Zeteo), kommentaren till 27 kap. 12 §, inledningen till 28 kap. och 28 kap. 4 §.

<sup>31</sup> Se Fitger m.fl. (2017-06-20, Zeteo), kommentaren till 28 kap. 1 §.

<sup>32</sup> Se främst Fitger m.fl. (2017-06-20, Zeteo), kommentaren till 28 kap. 12 a §.

### 4.3 *Bring & Diesen*

Ytterligare ett arbete på tvångsmedelsområdet är Thomas Brings och Christian Diesens *Förundersökning*, som behandlar förundersökningen – inklusive straffprocessuella tvångsmedel. Denna bok har utkommit i fyra upplagor – 1995, 1999, 2005 och 2009. Avsnitten om beslag, husrannsakan, kroppsvisitation och kroppsbesiktning uppgår till cirka 45 sidor i den senaste upplagan;<sup>33</sup> i dessa avsnitt behandlas i viss mån även andra bestämmelser än RB. Dessa avsnitt är disponerade tematiskt efter de olika tvångsmedlen. Boken är både avsedd som kurslitteratur och praktisk handledning.<sup>34</sup>

Samtliga upplagor är författade av Thomas Bring (född 1948) och Christian Diesen (född 1948); därutöver är Lena Schelin (född 1969) medförfattare i andra upplagan. Christian Diesen är professor emeritus i processrätt vid Stockholms universitet. Thomas Bring har varit verksam som jurist vid Länskriminalpolisen i Stockholm och som lärare vid polishögskolan (ej disputerad).

Författarna behandlar ett antal frågor förhållandevis ingående i sin framställning, även om det begränsade utrymmet inte tillåter att alla tänkbara frågor på området behandlas. I framställningen hänvisas löpande till EKMR,<sup>35</sup> men endast till något enstaka rättsfall från Europadomstolen.<sup>36</sup>

Framställningen innefattar ett flertal självständiga tolkningar av gällande rätt, där argumenten för att tolka svensk rätt på ett visst sätt ofta utgörs av EKMR eller RF men även av till exempel stadgandens ordalydelse och den allmänna rättskänslan.<sup>37</sup> Författarna ifrågasätter också gällande rätt på några punkter.<sup>38</sup>

### 4.4 *Westerlund*

Ett juridiskt arbete som specifikt behandlar straffprocessuella tvångsmedel är Gösta Westerlunds *Straffprocessuella tvångsmedel*. Denna bok har utkommit i fem upplagor – 2000, 2005, 2007, 2010 och 2013. I den senaste upplagan omfattar partierna om beslag, husrannsakan, kroppsvisitation och kroppsbesiktning cirka

<sup>33</sup> Bring, Thomas & Diesen, Christian, *Förundersökning*, 4:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2009, s. 393–439.

<sup>34</sup> Se bokens baksida.

<sup>35</sup> Se s. 398, 400, 403, 412, 413, 414 och 415.

<sup>36</sup> Se s. 415 (fotnot 13). På s. 413 (fotnot 4) hänvisas dessutom till annan författares genomgång av Europadomstolens praxis.

<sup>37</sup> Se särskilt s. 398 (EKMR), 409–410 (den allmänna rättskänslan), 413 (RF och EKMR), 414–415 (RF och EKMR), 416 (grundlagsskyddet), 420 (ordalydelsen) och 433 (ordalydelsen).

<sup>38</sup> Se främst s. 426, 430, 435 och 438.

75 sidor;<sup>39</sup> i dessa partier ingår annan lagstiftning än RB, främst polislagen (1984:387). Framställningen är disponerad i kommentarform. Något uttalande om vilken målgrupp som är avsedd återfinns inte i boken, men med tanke på den polisiära inriktningen får det förutsättas att boken särskilt vänder sig till polisstudenter och i viss mån yrkesverksamma poliser.<sup>40</sup> Samtliga upplagor är författade av Gösta Westerlund (född 1947). Juris doktor Westerlund har varit verksam som universitetslektor vid Göteborgs universitet och lärare vid polishögskolan.

Författaren behandlar ett större antal frågor förhållandevis ingående i sin framställning. Någon hänvisning till artiklar i EKMR eller undersökning av Europadomstolens praxis förekommer dock inte.<sup>41</sup>

I stor utsträckning återger Westerlund enbart sådant som finns uttryckt i andra rättskällor, eller så ansluter han sig till en ståndpunkt som har framförts i en annan rättskälla.<sup>42</sup> Framställningen innefattar emellertid även ett flertal självständiga tolkningar av gällande rätt, där tolkningen ibland utgörs av ett omotiverat påstående och ibland är försedd med argument som integritetshänsyn.<sup>43</sup> Det förekommer också att författaren sammanfattar rättsläget eller lyfter fram särskilt praktiskt relevanta problem som inte har behandlats i andra rättskällor.<sup>44</sup> Författaren tar också upp några problem med lagstiftningen och förslag de lege ferenda.<sup>45</sup>

#### 4.5 Lindberg

Det senast tillkomna arbetet av de här undersökta är Gunnel Lindbergs *Straffprocessuella tvångsmedel – när och hur får de användas?* Detta omfattande verk om straffprocessuella tvångsmedel har utkommit i tre upplagor – 2005, 2009 och 2012. De kapitel som specifikt behandlar beslag, husrannsakan, kroppsvisitation

<sup>39</sup> Westerlund, Gösta, *Straffprocessuella tvångsmedel: en studie av rättegångsbalkens 24 till 28 kapitel och annan lagstiftning*, 5:e uppl., Bruuns, Stockholm 2013, s. 119–156 och 180–218.

<sup>40</sup> Se t.ex. på s. 119, där den ingående behandlingen av tvångsmedel enligt RB 27 kap. motiveras med den centrala roll dessa tvångsmedel spelar för polisens arbete.

<sup>41</sup> Jfr dock s. 133, där Westerlund hänvisar till EKMR utan att ange någon specifik artikel.

<sup>42</sup> Exempel på det sistnämnda återfinns på s. 122 och 191.

<sup>43</sup> Se t.ex. s. 199, 205 (omotiverade påståenden) och s. 186, 208 (integritetshänsyn).

<sup>44</sup> Se t.ex. s. 124–125 och 188 (sammanfattningar av rättsläget) och s. 126–128, 197 (analys av praktiskt relevanta problem).

<sup>45</sup> Se främst s. 149 och 186.

och kroppsbesiktning uppgår i senaste upplagan till nästan 200 sidor;<sup>46</sup> förutom reglerna i RB behandlas i begränsad utsträckning även annan lagstiftning. Dispositionen är tematisk på så sätt att varje tvångsmedel omfattar ett kapitel. Boken är avsedd att användas som hjälpmedel för praktiker, det vill säga de som beslutar om, verkställer och granskar straffprocessuella tvångsmedel.<sup>47</sup>

Bokens författare är överåklagare Gunnel Lindberg (född 1949), som under många år arbetat med utredningsuppdrag för Justitiedepartementet. Hon har även bland annat varit byråchef hos JO och riksåklagaren (ej disputerad).

Författaren behandlar utförligt de flesta av de frågor som kan tänkas aktualiseras vid användning av de aktuella tvångsmedlen. Däremot är EKMR inte så närvarande i analysen – EKMR (företrädesvis artikel 8) nämns endast vid fem tillfällen,<sup>48</sup> och någon hänvisning till rättsfall från Europadomstolen görs över huvud taget inte.<sup>49</sup>

Lindberg baserar i stor utsträckning sin framställning på sådant som finns uttryckt i andra rättskällor. Framställningen innefattar emellertid även ett flertal självständiga tolkningar av gällande rätt, där tolkningen någon gång utgörs av ett utvecklat påstående och ibland är försedd med argument som rättssäkerhet, reglernas ändamål samt vad som utgör den allmänna uppfattningen.<sup>50</sup> I hög grad kan författarens bidrag sägas bestå i att precisera rättsläget genom att ge exempel.<sup>51</sup> I några fall pekar författaren också på vad som är problematiskt med gällande rätt.<sup>52</sup>

#### 4.6 Sammanfattande slutsatser

Hur förhåller sig då de fem ovan undersökta verken till doktrinbegreppet? I det följande görs ett försök till sammanfattning utifrån de tre faktorerna typ av publikation, författaren och dennes kompetens samt kvaliteten på analys och argumentation.

Vad först gäller *typ av publikation* kan konstateras att alla de fem verken är att hänföra till ungefär samma typ av kategori – samtliga är skriftliga publikationer

<sup>46</sup> Lindberg, 2012, s. 383–465, 562–630 och 635–676.

<sup>47</sup> Se bokens baksida.

<sup>48</sup> Se s. 383 (fotnot 1), 411, 430 (fotnot 211), 562 och 581.

<sup>49</sup> Däremot hänvisas på s. 383 (fotnot 1) s. 562 (fotnot 2), s. 581 (fotnot 82) och s. 588 (fotnot 130) till genomgång av Europadomstolens praxis i andra källor.

<sup>50</sup> Se t.ex. s. 428 (utvecklat påstående), s. 390 (rättssäkerhet), s. 665 (reglernas ändamål) och s. 415 (allmän uppfattning).

<sup>51</sup> Se bland många exempel s. 392, 400, 401, 566, 579 och 605.

<sup>52</sup> Se främst s. 410 (tar sikte på lagstiftningen) och s. 654 (syftar på förarbetsuttalanden).

som utges av förlag – Fitgers kommentar ges dessutom ut digitalt – och samtliga fungerar som läroböcker och/eller praktisk handledning. En skillnad i utformning är dock att verken av Fitger m.fl. och Westerlund har kommentarform, medan de övriga verken har en mer tematisk disposition. De undersökta arbetena utgörs således av sådana publikationstyper – läroböcker och kommentarer – som vissa har ifrågasatt som doktrin. Enligt artikelförfattarnas mening spelar dock detta kriterium mindre roll så länge som kvaliteten på analys och argumentation är god (se nedan) – att verk som innehåller djuplodande rättsvetenskapliga analyser skulle fränkännas ställning som doktrin enbart på grund av att de har disponerats som en kommentar eller att de kan vara användbara som läroböcker framstår inte som ett rimligt ställningstagande.

Beträffande *författaren och dennes kompetens* kan slås fast att samtliga författare har förhållandevis lång yrkeserfarenhet. Vissa av författarna har disputerat och har varit verksamma inom akademien – Ekelöf, Bylund, Diesen och Westerlund – medan andra inte har doktorerat – Fitger, Bring och Lindberg. Med andra ord har samtliga författare hög materiell kompetens, medan den formella kompetensen – i form av doktorsgrad – varierar. Enligt artikelförfattarnas mening kan emellertid inte materiell kompetens helt fränkännas värde vid avsaknad av formell kompetens – det framstår inte som rimligt att personer som under ett mångårigt yrkesliv sysslat med rättsdogmatiska analyser inte skulle ha förmåga att författa doktrin. Ett exempel på orimligheten i att låta den formella kompetensen vara avgörande är Fitger, som aldrig disputerade men tilldelades professors namn på grund av sin stora kompetens.

Angående *fullständigheten i analysen* – som är att hänföra till faktorn kvalitet på analys och argumentation – varierar mängden frågor som författarna tar ställning till med omfånget på publikationen, från Ekelöfs mer kortfattade framställning till Lindbergs utförliga kapitel. Ett genomgående drag är dock frånvaron av EKMR – i de flesta verken nämns EKMR endast i förbigående utan att författarna gör någon undersökning av Europadomstolens praxis. De författare som integrerat EKMR bäst i detta sammanhang är Bring & Diesen, som i stor utsträckning använder EKMR som argument vid tolkning av gällande rätt. Även om EKMR ingalunda har betydelse i varenda fråga som aktualiseras har den relevans för vissa spörsmål, och då innebär frånvaron av EKMR att analysen inte är helt fullständig.<sup>53</sup>

Vad slutligen gäller *självständigheten i analysen* – som också är att hänföra till faktorn kvalitet på analys och argumentation – upptas naturligt nog en stor del av verken av referat med ett innehåll som står att finna i andra rättskällor.

<sup>53</sup> Jfr det exempel som anförs i avsnitt 5 nedan.

Samtliga verk innehåller dock även självständiga tolkningar av gällande rätt, vilket får ses som ett av de mest centrala kriterierna för att ett verk ska vara att betrakta som doktrin. Det som kan anses vara bekymmersamt är dock att vissa författare inte alltid har angivit (utvecklade) motiveringar till sina ställningstaganden, eftersom det då blir svårare för en rättstillämpare att se om det finns skäl att följa den tolkning som författaren rekommenderar;<sup>54</sup> det brukar ju också hävdas att det är i kraft av argumentens tyngd som doktrinen blir användbar som en rättskälla.<sup>55</sup>

Att försöka rangordna de fem verken med avseende på de tre inledningsvis formulerade kriterierna för doktrin låter sig svårligen göras – som exempel på detta kan nämnas att Bylund visserligen över huvud taget inte behandlar många av de tolkningsfrågor som kan aktualiseras i rättstillämpningen, men att de frågor som han behandlar innehåller ställningstaganden försedda med argument som kan vara till nytta för praktiker. En slutsats är dock att flera av de här undersökta verken har en förbättringspotential i doktrinhänseende som består i att införliva ett tydligare EKMR-perspektiv och att förse alla ställningstaganden med välutvecklade argument.<sup>56</sup>

Då det gäller *lämpligheten av att använda sig av de tre kriterierna* typ av publikation, författaren och dennes kompetens samt kvalitet på analys och argumentation är slutsatsen av denna undersökning att det sistnämnda kriteriet enligt artikelförfattarnas mening bör tillmätas störst vikt för frågan om vad som är doktrin eller inte. Även en artikel som har författats av en välmeriterad professor i en välrenommerad vetenskaplig tidskrift förtjänar att tillmätas liten betydelse som rättskälla om analysen och argumentationen är bristfällig. Detta ligger i linje med ställningstaganden som rättsvetare tidigare har argumenterat för.<sup>57</sup>

## 5 Juridisk litteratur om tvångsmedel i framtid

Hur framtidens doktrin om tvångsmedel kommer att se ut är förstås svårt att sia om, till exempel vilka av de här undersökta verken som kommer att leva kvar i uppdaterad form – att det är möjligt med en succession då det gäller

<sup>54</sup> Jfr dock resonemangen i Hellner, 1994, s. 116.

<sup>55</sup> Se Dahlberg, 2013, s. 53; Kleinman, 2013, s. 28.

<sup>56</sup> Angående tydligare EKMR-perspektiv, jfr Agell, Anders, ”Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen: Med en exkurs om rättsvetenskapen i Sverige”, *Svensk Juristidning*, 2002, s. 243–260 på s. 257–258.

<sup>57</sup> Se t.ex. Eck, Hilding, Grönfors, Kurt, Hellner, Jan, Thornstedt, Hans, Vahlén, Lennart & Welamson, Lars, *Juridikens källmaterial*, 9:e uppl., Akademitratur, Stockholm 1982, s. 176–177. Jfr Sandgren, 2005, s. 654.

tvångsmedelslitteratur illustreras av att såväl Ekelöfs bokserie som Fitgers kommentar har tagits över av senare generationers författare. I det följande avslutande avsnittet kommer två områden att lyftas fram, områden inom vilka artikelförfattarna anser att det finns luckor i den befintliga litteraturen och som morgondagens författare med fördel kan ta sig an.

Det första området – som redan har berörts ovan – är *tvångsmedel och internationella konventioner*. I och med att tvångsmedelsanvändning för det mesta innebär ett intrång i de rättigheter eller friheter som skyddas av EKMR uppstår givetvis många tänkbara konflikter med den interna svenska rätten. Det är också tänkbart att andra internationella regleringar än EKMR – t.ex. Europeiska unionens rättighetsstadga och barnkonventionen – i framtiden kommer att få större betydelse på tvångsmedelsområdet. Som ett exempel på vikten av internationella konventioner kan frågan om utformning av husrannsaksbeslut nämnas. Några regler om detta finns inte i svensk rätt annat än i de – sällsynta – fall som rätten fattar beslut om husrannsakan. Däremot har Europadomstolen i sin praxis tillmätt utformningen av beslutet – på så sätt att beslutet måste vara tillräckligt preciserat – stor betydelse för frågan huruvida husrannsakingar utgör en kränkning av artikel 8 (rätten till privatliv).<sup>58</sup> Av denna praxis kan exempelvis nämnas att Europadomstolen i ett fall underkänt en husrannsakan som syftade till att eftersöka sådana handlingar som var nödvändiga för utredningen,<sup>59</sup> medan domstolen i ett annat fall godtagit en husrannsakan som begränsats till en eftersökning av affärshandlingar som innehöll uppgift om något av vissa angivna företag eller någon av de misstänkta i utredningen.<sup>60</sup> Även om den interna svenska rätten inte innehåller något krav på precisering bör en framställning som behandlar utformning av husrannsaksbeslut behandla dessa krav som har formulerats av Europadomstolen – av de här undersökta verken är det endast Fitgers kommentar som behandlar betydelsen av Europadomstolens praxis för denna fråga.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Se vidare analysen i Hjertstedt, 2011, s. 150–151, 312–314 och 553–555.

<sup>59</sup> Se Europadomstolens dom Yuditskaya m.fl. mot Ryssland (5678/06), 12 februari 2015, pp. 22, 29 och 32. Jfr även Europadomstolens domar Ernst m.fl. mot Belgien (33400/96), 15 juli 2003 (pressmeddelande); van Rossem mot Belgien (41872/98), 9 december 2004 (pressmeddelande); Smirnov mot Ryssland (71362/01), 7 juni 2007, pp. 47–49; Aleksanyan mot Ryssland (46468/06), 22 december 2008, pp. 216–218.

<sup>60</sup> Se Europadomstolens dom Wieser och Bicos Beteiligung GmbH mot Österrike (74336/01), 16 oktober 2007, p. 59.

<sup>61</sup> Se Fitger m.fl. (2017-06-20, Zeteo), kommentaren till 28 kap. 4 §. Värt att notera är dock att frågan om husrannsaksbesluts utformning över huvud taget inte berörs av Bylund eller Westerlund.



Det andra området som morgondagens tvångsmedelsförfattare med fördel kan ta sig an i större utsträckning är *probleminventering och förslag de lege ferenda*, det vill säga att inte enbart kartlägga den närmare innebörden av gällande rätt utan att även kritiskt granska vilka problem som finns med gällande rätt och ge förslag till lösningar på dessa problem. Det kan hävdas att detta faller utanför ramen för vad doktrin – som ju i första hand ger rättstillämpningen förslag på tolkning av gällande rätt – ska sysselsätta sig med. Med tanke på att gällande rätt i viss mån kan förändras av rättstillämparna – till exempel är det ju oomstritt att HD i vart fall i viss mån har en rättsskapande funktion – har emellertid även sådan litteratur som tillhandahåller probleminventering och förslag på lösningar betydelse i doktrinhänseende.<sup>62</sup> Som framgått innehåller de ovan nämnda verken endast sporadiska analyser av de problem och förbättringsmöjligheter som föreligger med gällande rätt. Önskvärt vore att morgondagens tvångsmedelslitteratur i större utsträckning behandlade sådana frågor.

<sup>62</sup> Angående domstolarnas rättsskapande funktion, se t.ex. Lindblom, Per Henrik, ”Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?”, *Svensk Juristtidning*, 2004, s. 229–262, t.ex. på s. 240 och 249.