



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska institutionen
Vårterminen 2019

Examensarbete i offentlig rätt, särskilt konstitutionell rätt
30 högskolepoäng

Social adekvans som grund för rättighetsbegränsande åtgärder inom ramen för det allmännas verksamhet?

En konstitutionell analys av NJA 1988 s. 586, NJA 2009 s. 776 och NJA 2018 s. 1051

Författare: Ina Ferrari Bourner
Handledare: Victoria Enkvist



Förkortningar

Bet.	Betänkande
BrB	Brottsbalk (1962:700)
Dir.	Kommittédirektiv
EKMR	Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen)
EU	Europeiska Unionen
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
HD	Högsta domstolen
JO	Justitieombudsmannen
JO-instruktionen	Lagen (1986:765) med instruktion för riksdagens ombudsmän
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
RÅ	Riksåklagaren
SOU	Statens offentliga utredningar

Sammanfattning

Uppsatsens syfte är att utreda utrymmet för social adekvans som grund för rättighetsbegränsande åtgärder inom ramen för det allmännas verksamhet i ljuset av NJA 1988 s. 586, NJA 2009 s. 776 och NJA 2018 s. 1051. I dessa avgöranden har HD slagit fast att det finns ett visst utrymme för det allmänna att utan lagstöd vidta kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden med hänvisning till oskrivna regler om social adekvans. Ett sådant utrymme förefaller svårt att förena med kravet i RF 2:20 på att rättighetsbegränsande åtgärder ska ha stöd i lag och motsvarande krav i Europakonventionen. Inom ramen för uppsatsens syfte behandlas två frågeställningar. Det handlar dels om var HD hämtar stöd för att det trots regleringen i regeringsformen finns ett utrymme för det allmänna att vidta kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden utan stöd i lag med hänvisning till social adekvans, dels om vilka konsekvenser detta medför ur ett konstitutionellt perspektiv.

Samtliga av dessa fall rör situationen att en företrädare för det allmänna stått åtalad för att mot en enskild ha vidtagit någon form av kroppsligt ingrepp eller frihetsberövande som uppfyller rekvisiten för en straffbar gärning. Å ena sidan aktualiseras det konstitutionella rättighetsskyddet, som syftar till att skydda enskilda mot ingripanden från det allmänna. Å andra sidan aktualiseras frågan om gärningarna kan anses tillåtna med hänvisning till den oskrivna ventil för ansvarsfrihet inom straffrätten som brukar kallas social adekvans. De möten mellan det konstitutionella rättighetsskyddet och det straffrättsliga fenomenet social adekvans som inträffar i dessa fall väcker svåra men intressanta frågor om grundlagstolkning, legalitetsprincipens ramar, folksuveränitet och likvärdighet.

Slutsatsen är att HD:s praxis innebär en öppning för att under vissa förutsättningar begränsa fri- och rättigheter utan stöd i lag men med hänvisning till social adekvans. Som stöd för att avvika från lagkravet i RF 2:20 anför domstolen ändamålsargument som bygger på att en ordning där det skulle krävas lagstöd när det allmänna vidtar åtgärder som skulle varit tillåtna för enskilda att vidta under jämförbara förhållanden, varken kan vara avsedd eller motiverad. Istället gör domstolen gällande att regleringen i regeringsformen ska läsas mot bakgrund av att det allmänna i princip har ett våldsmonopol. Detta avsteg från lagkravet är problematiskt ur konstitutionell synpunkt, dels i rättighetshänseende, men också i förhållande till folksuveränitetsprincipen.

Innehållsförteckning

1	INLEDNING	5
1.1	BAKGRUND – ETT STÄRKT SKYDD FÖR INDIVIDENS FRI- OCH RÄTTIGHETER?	5
1.2	SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR	8
1.3	DISPOSITION OCH AVGRÄNSNINGAR	9
1.4	METOD OCH MATERIAL	11
1.4.1	Om metoden	11
1.4.2	Material	13
2	RÄTTIGHETSSKYDD OCH RÄTTIGHETSBEGRÄNSNINGAR	15
2.1	ETT SKYDD FÖR ENSKILDA GENTEMOT DET ALLMÄNNA	15
2.2	KRAVET PÅ ATT RÄTTIGHETSBEGRÄNSNINGAR SKA HA STÖD I LAG.....	17
2.2.1	Lagkravet i regeringsformen – formellt eller materiellt?	17
2.2.2	Europakonventionens lagkrav – tillgänglighet och precision	23
2.2.3	Sammanfattning av kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag.....	25
2.3	OM TOLKNINGEN AV RÄTTIGHETSSKYDDET I REGERINGSFORMEN	26
2.3.1	Ska grundlag tolkas som vanlig lag?	27
2.3.2	Legalitetsprincipens betydelse för tolkningsramen.....	27
2.3.3	Diskussionen i doktrinen om tolkningen av regeringsformens rättighetsskydd	30
2.3.4	Några exempel från rättspraxis	35
2.3.5	Sammanfattning om tolkningen av rättighetsskyddet i regeringsformen	37
2.4	VAD UTGÖR EN RÄTTIGHETSBEGRÄNSNING ENLIGT REGERINGSFORMEN?	38
2.4.1	Skyddsområde.....	39
2.4.2	Sanktion eller fysiskt tvång	40
2.4.3	Syfte eller naturligt led	40
2.4.4	Effekt.....	42
2.4.5	Sammanfattning – rättighetsbegränsning enligt regeringsformen	42
2.5	SAMMANFATTANDE KOMMENTAR OM RÄTTIGHETER OCH RÄTTIGHETSBEGRÄNSNINGAR.....	44
3	SOCIAL ADEKVANS INOM STRAFFRÄTTEN	46
3.1	SOCIAL ADEKVANS ENLIGT FÖRARBEETENA	48
3.2	SOCIAL ADEKVANS I RÄTTSPRAXIS	50
3.2.1	Social adekvans vid religiöst eller kulturellt motiverad omskärelse	50
3.2.2	Social adekvans vid lärares användning av våld eller tvång mot elever i skolan.....	52
3.2.3	Social adekvans vid förtal inom ramen för utbildningsverksamhet	52
3.2.4	En lära om social adekvans och om social adekvans vid tacklingar och fysisk kontakt i samband med idrottsutövning	55
3.3	SAMMANFATTANDE KOMMENTAR OM SOCIAL ADEKVANS INOM STRAFFRÄTTEN.....	57
3.3.1	Vad menas med social adekvans?.....	57
3.3.2	En intressekonflikt som lagstiftaren inte har tagit ställning till?.....	58
3.3.3	Tillämpningen utfaller till förmån för den enskilde – för vilken enskild?.....	59
4	SOCIAL ADEKVANS SOM GRUND FÖR RÄTTIGHETSBEGRÄNSNINGAR?	61
4.1	DET ICKE-LAGREGLERADE UTRYMMET FÖR LÄRARE ATT INGRIPA FYSISKT MOT ELEVER	62
4.1.1	Bakgrund	62
4.1.2	Om utrymmet för lärare att utan stöd i lag ingripa fysiskt mot elever	63
4.1.3	Bedömningen i det specifika fallet	64
4.1.4	Kommentarer och slutsatser	64
4.2	UTRYMMET FÖR LÄRARE ATT UTAN STÖD I LAG VIDTA KROPPSLIGA INGREPP MOT ELEVER MED HÄNVISNING TILL SOCIAL ADEKVANS	65
4.2.1	Bakgrund	65
4.2.2	Om rättighetsskyddet i regeringsformen.....	65
4.2.3	Ansvarsfrihet – med eller utan lagstöd.....	66

4.2.4	<i>Bedömningen i det specifika fallet</i>	67
4.2.5	<i>Kommentarer och slutsatser</i>	67
4.3	SOCIAL ADEKVANS SOM GRUND FÖR KROPPSLIGA INGREPP OCH FRIHETSBERÖVANDEN INOM RAMEN FÖR DET ALLMÄNNAS VERKSAMHET	68
4.3.1	<i>Bakgrund</i>	68
4.3.2	<i>Olaga frihetsberövande enligt brottsbalken?</i>	69
4.3.3	<i>Om lagreglerade och oskrivna ansvarsfrihetsgrunder</i>	69
4.3.4	<i>Betydelsen av rättighetskyddet i regeringsformen och Europakonventionen</i>	70
4.3.5	<i>Bedömningen i det specifika fallet</i>	72
4.3.6	<i>Kommentarer och slutsatser</i>	72
5	VAR HÄMTAR HD STÖD FÖR SINA SLUTSATSER?	74
5.1	ÄR DET FRÅGA OM RÄTTIGHETSBEGRÄNSNINGAR?.....	75
5.2	SOCIALT ADEKVATA RÄTTIGHETSBEGRÄNSNINGAR...?.....	81
5.3	HUR MOTIVERAS AVVIKELSER FRÅN LAGKRAVET I RF 2:20?	83
5.4	SAMMANFATTANDE KOMMENTAR	88
6	VAD INNEBÄR ÖPPNINGEN FÖR SOCIAL ADEKVANS SOM GRUND FÖR RÄTTIGHETSBEGRÄNSNINGAR UR ETT KONSTITUTIONELLT PERSPEKTIV?.....	90
6.1	ETT AVSTEG FRÅN KRAVET PÅ ATT RÄTTIGHETSBEGRÄNSNINGAR SKA HA STÖD I LAG.....	91
6.2	FOLKSUVERÄNITETEN SÄTTTS UR SPEL NÄR SOCIAL ADEKVANS ERSÄTTER LAGSTÖD	93
6.3	SKULLE EN LAGREGEL OM SOCIAL ADEKVANS GÖRA RÄTTSLÄGET MER TILLFREDSSTÄLLANDE? 94	
6.4	ETT STÄRKT SKYDD FÖR INDIVIDENS FRI- OCH RÄTTIGHETER – FÖR VEM?	95
6.5	AVSLUTANDE REFLEKTIONER	97
KÄLLOR		100
OFFENTLIGT TRYCK		100
<i>Propositioner</i>		100
<i>Statens offentliga utredningar</i>		100
<i>Kommittédirektiv</i>		101
<i>Lagrådsyttranden</i>		101
<i>Rapporter</i>		101
LITTERATUR.....		101
TIDSKRIFTER		103
RÄTTSPRAXIS		104
<i>Högsta domstolen</i>		104
<i>Europadomstolen</i>		105
JUSTITIEOMBUDSMANNENS ÄMBETSBERÄTTELSE		105
TIDNINGSARTIKLAR		105
INTERNETKÄLLOR		105

”Vad har man lagat till, om inte ens den offentliga makten ska lyda dem?”¹

1 Inledning

1.1 Bakgrund – ett stärkt skydd för individens fri- och rättigheter?

Individens fri- och rättigheter har traditionellt sett spelat en undanskymd roll i det svenska rättslivet.² Det rådde tidigare en uppfattning om att regeringsformen, inklusive dess bestämmelser om fri- och rättigheter, främst var riktade till lagstiftaren och inte hade så stor betydelse för enskilda individer i rättstillämpningssituationer.³ Att det sett ut så kan möjligen ha sin förklaring i den starka ställning som folksuveränitetsprincipen har i svensk konstitutionell rätt.⁴ Ett rättighetsskydd⁵ som är rättsligt genomdrivbart inskränker i viss mån folksuveräniteten i och med att det begränsar vad majoriteten kan göra genom lagstiftning.⁶ Extra känsligt ur ett folksuveränitetsperspektiv är det därför när domstolar, vars representanter inte är folkvalda, ska tolka och utveckla fri- och rättighetsskyddet.⁷

De senaste åren har rättighetsskyddet kommit att få allt större genomslag, såväl i lagstiftningen som i rättstillämpningen.⁸ År 2018 uttalade HD i ett avgörande att utvecklingen har gått i riktning mot att grundlagsstadgade fri- och rättigheter ges en konkret inverkan på rättstillämpningen.⁹ Uttalandet torde ta sikte på att fri- och rättighetsregler ges en konkret tillämpning i enskilda fall där en rättighetsfråga aktualiseras. I det aktuella

¹ Sterzel s. 113, angående självklarheten i den legalitetsprincip som uttrycks i RF 1:1 st. 3.

² Nergelius, 1996, s. 836 och Sterzel s. 15.

³ Bull och Sterzel s. 33.

⁴ Derlén m.fl. s. 53.

⁵ Med rättighetsskydd avses i denna uppsats inte endast de regler i regeringsformen respektive Europakonventionen som är direkt formulerade som rättigheter. Även exempelvis kravet på att begränsningar av rättigheterna ska ha stöd i lag är en central del i rättighetsskyddet.

⁶ Derlén m.fl. s. 54.

⁷ A.a. s. 55.

⁸ Jfr SOU 1975:75 s. 91 f., Derlén m.fl. s. 253 och 257, Sterzel s. 132, Bull, 2017, s. 216 och Bull, 2013, s. 74.

⁹ NJA 2018 s. 753 punkt 21.

fallet tog detta sig uttryck i att HD tillämpade egendomsskyddet i RF 2:15 i ett mål om marköverföring enligt fastighetsbildningslagen (1970:988). Detta efter att domstolen bedömt att fastighetsbildningslagen inte fullt ut gav utrymme för en sådan proportionalitetsprövning som förutsätts i grundlagsregeln. Domstolen genomförde därför en fristående proportionalitetsbedömning med stöd av RF 2:15.¹⁰

Flera faktorer kan tänkas ha bidragit till denna utveckling. Enligt Bull kan en del av förklaringen ligga i de mentala förändringar som skedde i Europa under 1990-talet, bl.a. i kölvattnet av Sovjetunionens fall. Då skapades en övertygelse om att demokratiska och rättsstatliga värden utgör en naturlig slutstation i den historiska utvecklingen. Som en konsekvens av detta började ett rättsligt genomdrivbart rättighetsskydd ses som politiskt önskvärt och juridiskt möjligt.¹¹ En annan bidragande orsak synes vara europarättens inflytande, som blivit påtagligt efter EU-inträdet 1992 och inkorporeringen av Europakonventionen 1995. Såväl EU-rätten som Europakonventionen har bidragit till etableringen av tanken på att det finns överordnade normer som kan trumfa andra intressen och politiska mål.¹² Ytterligare en faktor som kan antas ha haft betydelse i sammanhanget är ett uttalande som gjordes i förarbetena i samband med 2011 års grundlagsreform, där betonade lagstiftaren nämligen vikten av att fri- och rättigheterna fullt ut får genomslag i rättstillämpningen.¹³ Uttalandet gjordes visserligen i relation till regeringsformens regler om normprövning, men kan förmodas ha haft inflytande på tolkningen av regeringsformens rättighetsskydd även utanför normprövningskontexten. Detta eftersom det ger uttryck för den hos lagstiftaren förändrade uppfattningen, att rättigheterna inte bara är riktade till lagstiftaren utan även är avsedda att tillämpas i domstol.¹⁴

Att rättighetsskyddet får större genomslag i rättstillämpningen innebär att domstolarna tolkar och tillämpar grundlagsreglerna i större utsträckning än tidigare. Detta leder i sin tur till att domstolarnas, i synnerhet prejudikatinstansernas, tolkningar av de regler som

¹⁰ NJA 2018 s. 753 punkt 20–25.

¹¹ Bull, 2013, s. 72.

¹² A.a. s 79.

¹³ SOU 2008:125 s. 380 och prop. 2009/10:80, s. 147.

¹⁴ Jfr Bull, 2013, s. 76.

skyddar individens fri-och rättigheter kan få avgörande betydelse för rättighetsskyddets omfattning.¹⁵ De senaste åren har HD i ett flertal fall visat prov på en tämligen generös tolkning och tillämpning av rättighetsskyddet i regeringsformen och Europakonventionen till förmån för enskilda.¹⁶ Detta har setts som ett tecken på att det pågår en utveckling mot att domstolarnas roll som övervakare av individens fri- och rättigheter stärks.¹⁷

I ljuset av denna utveckling finns ett område där HD:s praxis sticker ut, såtillvida att rättighetsskyddet inte verkar ha fått samma genomslag som på andra områden. Det handlar om fall där rättighetsfrågor har aktualiserats inom ramen för en straffprocess, där en företrädare för det allmänna stått åtalad för att ha använt våld- eller tvång mot en enskild. I NJA 1988 s. 586 ”*Äppelkastningen*” och NJA 2009 s. 776 ”*Läraren och elevassistenten*” har HD fastslagit att det finns ett visst utrymme för skolpersonal att trots avsaknad av lagstöd ingripa fysiskt mot elever med hänvisning till oskrivna regler om social adekvans. I målet NJA 2018 s. 1051 ”*Fåtöljen*” slog HD fast att det finns ett utrymme för det allmänna att, inom ramen för vissa verksamheter där det allmänna har någon form av tillsyns- eller omsorgsansvar, utan stöd i lag vidta kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden mot enskilda med hänvisning till oskrivna regler om social adekvans.

Det finns olika sätt att se på social adekvans, men sammanfattningsvis kan sägas att det rör sig om en slags oskriven ansvarsfrihetsgrund inom straffrätten. På samma sätt som de lagstadgade ansvarsfrihetsgrunderna, som exempelvis nödvärn i BrB 24:1, innebär social adekvans en möjlighet att anse en annars otillåten gärning tillåten. Det handlar om situationer då en gärning formellt sett ryms inom ett straffbud, men där det straffskyddade intresset kolliderar med ett annat intresse som av någon anledning bör ges företräde.¹⁸

Enligt RF 2:6 st. 1 och RF 2:8 ska enskilda gentemot det allmänna vara skyddade mot påtvingade kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden. Begränsningar i detta skydd förutsätter stöd i lag enligt RF 2:20. Den öppning som skett i rättspraxis för att kroppsliga

¹⁵ Jfr Nergelius, 1996, s. 836 angående att behovet av att diskutera lagtolkningsfrågor ökar i takt med att grundlagens praktiska rättsliga betydelse blir allt större.

¹⁶ Se t.ex. NJA 2005 s. 33, NJA 2005 s. 805, NJA 2012 s. 400, NJA 2014 s. 332 och NJA 2018 s. 753.

¹⁷ Se t.ex. Bergman, Dagens juridik 10/2018, *Så befäster HD sin roll som grundlagens väktare – stärker skyddet för enskildas fri- och rättigheter.*

¹⁸ Ågren m.fl. s. 85 f. Om social adekvans, se vidare nedan i avsnitt 3.

ingrepp och frihetsberövanden inom ramen för det allmännas verksamhet under vissa förutsättningar kan anses tillåtna med stöd av oskrivna regler om social adekvans förefaller svår att förena med kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag. Resonemangen som föregår HD:s slutsatser i de nyss nämnda avgörandena är inte helt övertygande ur ett konstitutionellt perspektiv. Det är oklart om HD ansett att det varit fråga om rättigheter och rättighetsbegränsningar överhuvudtaget. Var hämtar domstolen stöd för att kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden som vidtas av det allmänna kan anses tillåtna med hänvisning till oskrivna regler om social adekvans? Och vad innebär egentligen detta ur ett konstitutionellt perspektiv?

1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med denna uppsats är att utreda utrymmet för rättighetsbegränsande åtgärder inom ramen för det allmännas verksamhet med stöd av social adekvans i ljuset av NJA 1988 s. 586, NJA 2009 s. 776 och NJA 2018 s. 1051. Syftet konkretiseras genom följande frågeställningar:

1. Var hämtas stöd för att ett kroppsligt ingrepp eller frihetsberövande som vidtas av det allmänna utan stöd i lag kan anses tillåtet med hänvisning till oskrivna regler om social adekvans?

2. Vad innebär öppningen för social adekvans som grund för kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden inom ramen för det allmännas verksamhet ur ett konstitutionellt perspektiv?

Den första frågeställningen går ut på att analysera HD:s resonemang i de nyss nämnda avgörandena och utreda var domstolen hämtar stöd för slutsatsen att det finns ett utrymme för det allmänna att utan stöd i lag vidta kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden med hänvisning till oskrivna regler om social adekvans. Inom ramen för den andra frågeställningen diskuterar jag vad denna öppning för social adekvans som grund för kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden som vidtas i det allmännas verksamhet får för konsekvenser ur ett konstitutionellt perspektiv.

1.3 Disposition och avgränsningar

För att besvara de frågeställningar som beskrivits ovan krävs en analys av hur HD:s praxis förhåller sig till rättighetsskyddet. I den svenska grundlagen finns ett skydd för individens fri- och rättigheter i regeringsformens andra kapitel. Vid sidan av dessa regler finns ytterligare ett rättighetskomplex som är av betydelse i sammanhanget, nämligen Europakonventionen. Konventionen utgör svensk lag¹⁹ och har ett särskilt skydd genom RF 2:19, som stadgar att ingen föreskrift får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av konventionen. I den mån skyddet skiljer sig åt mellan de olika instrumenten bör i regel det starkaste skyddet tillämpas, enligt bästa skyddets princip.²⁰ Vidare ska den svenska lagstiftningen tolkas konventionskonformt, vilket innebär att den så långt som möjligt ska tolkas så att den överensstämmer med konventionens krav.²¹ När frågor om fri- och rättigheter aktualiseras behöver således, utöver rättighetsskyddet i regeringsformen, Europakonventionen beaktas.

Jag kommer inledningsvis att i avsnitt 2 redogöra för några rättsliga utgångspunkter avseende rättighetsskyddet i regeringsformen och Europakonventionen. Det handlar om vem som skyddas, mot vad och om hur skyddet kan begränsas. Med anledning av att uppsatsens syfte är att utreda utrymmet för rättighetsbegränsande åtgärder som vidtas med stöd av *oskrivna regler* är det främst kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag som är av intresse. Övriga förutsättningar för rättighetsbegränsningar berörs endast i den mån de har koppling till detta krav. Jag kommer främst att fokusera på regeringsformen, men inom ramen för en konventionskonform tolkning och med beaktande av bästa skyddets princip behandlar jag i viss utsträckning även Europakonventionen. Särskilt gäller detta kravet på lagstöd för rättighetsbegränsningar, då dess innebörd skiljer sig något åt mellan de olika rättighetskomplexen.

¹⁹ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

²⁰ Prop. 1993/94:117 s. 39.

²¹ A. prop. s. 37.

De fri- och rättigheter som aktualiseras i den rättspraxis som analyseras i uppsatsen är främst skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp i RF 2:6 st. 1 samt skyddet mot frihetsberövanden och skyddet för rörelsefriheten i RF 2:8. Diskussionen om hur HD:s praxis förhåller sig till rättighetsskyddet är därför inriktad främst på dessa rättigheter. Jag vill dock framhålla att kravet på lagstöd är gemensamt för i princip alla rättighetsbegränsningar. Vad som sägs i uppsatsen om förhållandet mellan social adekvans som grund för rättighetsbegränsande åtgärder och lagkravet har därför relevans i förhållande även till andra fri- och rättigheter.

Vidare krävs, för att förstå hur ett utrymme för det allmänna att vidta rättighetsbegränsande åtgärder med hänvisning till social adekvans förhåller sig till kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag, viss kunskap om vad som menas med oskrivna regler social adekvans. Därför kommer avsnitt 3 ägnas åt att undersöka social adekvans ur ett straffrättsligt perspektiv. Jag utreder hur begreppet ska förstås och undersöker hur social adekvans har tillämpats i HD:s praxis. I uppsatsen anläggs dock ett konstitutionellt perspektiv på social adekvans, och jag kommer därför inte att behandla straffrättsliga aspekter i vidare utsträckning än vad som krävs med hänsyn till uppsatsens syfte.

Som redan framhållits är den bakgrund som ges i avsnitt 2 och 3 nödvändig för förståelsen av hur HD:s praxis förhåller sig till kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag. En relativt omfattande del av uppsatsen ägnas därför inledningsvis åt att utreda de rättsliga utgångspunkterna avseende rättigheter och rättighetsbegränsningar samt att förklara vad som menas med social adekvans, innan arbetets kärnfrågor behandlas från och med avsnitt 4 och framåt. NJA 1988 s. 586, NJA 2009 s. 776 samt NJA 2018 s. 1051 presenteras i avsnitt 4. I avsnitt 5 utreds och besvaras den första frågeställningen. I det 6:e och sista avsnittet besvaras den andra frågeställningen, vartefter jag ger några avslutande reflektioner.

1.4 Metod och material

1.4.1 Om metoden

Juridiska arbeten brukar ofta utgå från den s.k. rättsdogmatiska metoden.²² Många gånger förklaras inte innebörden av detta närmare, vilket tyder på att det skulle finnas en viss konsensus om vad metoden innebär. Vid en närmare granskning inser man dock att så inte verkar vara fallet utan att det tvärtom förefaller oklart vad som menas med rättsdogmatik.²³ Jag ska därför göra en ansats i det följande att förklara vad jag avser med begreppet rättsdogmatisk metod.

En sak som kännetecknar rättsdogmatiken är dess metod och material, att rättskällorna används och att de används enligt rättskälleläran. Begreppet rättskällelära kan avse olika saker.²⁴ I den här uppsatsen utgår jag från den hierarkiska rättskälleuppfattningen om lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin.²⁵ Rättsdogmatik kännetecknas vidare av den verksamhet som utövas, att rätten tolkas och systematiseras.²⁶ Något annat som karakteriserar rättsdogmatiken är dess syfte, som är att fastställa gällande rätt.²⁷ Att rättsdogmatiken skulle syfta till att fastställa gällande rätt kan problematiseras då det kan ifrågasättas om ”gällande rätt” ens existerar som ett oberoende fenomen.²⁸ Sandgren beskriver det hela som att det man menar när man talar om ”gällande rätt” inte är att gällande rätt existerar i sig, utan att den som följer allmänt accepterade regler för juridisk argumentation når fram till ett resultat som kan betecknas som gällande rätt.²⁹ Det hela kan också uttryckas så att det inte finns några givna lösningar på rättsliga problem, utan att det istället kan finnas flera tänkbara lösningar som alla kan sägas vara rättsligt korrekta.³⁰ Mot bakgrund av att det finns många faktorer som styr vilken lösning som i slutändan väljs, är det sällan

²² Sandgren, 2005, s. 648.

²³ A.a. s. 649.

²⁴ A.a. s. 651.

²⁵ A. st.

²⁶ A.a. s. 648 f.

²⁷ A.a. s. 648 f.

²⁸ A.a. s. 648 f. Jfr även Strömholm s. 51 f.

²⁹ A.a. s. 650 f.

³⁰ Westberg s. 433 f.

så att två författare med tillgång till exakt samma material skulle komma till samma slutsats.³¹ Styrkan i en föreslagen rättslig lösning är beroende av hur rationellt motiverad lösningen är.³²

Att ett arbete är dogmatiskt kan beskrivas som att det sker inom en viss bestämd ram.³³ Det är dock på intet sätt självklart att ”gällande rätt” sätter gränserna för rättsdogmatiken. Den praktik som brukar kallas rättsdogmatik talar snarare för motsatsen.³⁴ Jareborg skriver att rättsdogmatiken mycket väl kan gå utanför gällande rätt, att det är helt legitimt för rättsdogmatikern att söka efter ideala lösningar.³⁵ Kleineman beskriver något han kallar kritiskt inriktad rättsdogmatik, som går längre än att tolka och systematisera rätten i syfte att fastställa gällande rätt. Det som avses är då att utifrån de slutsatser man anser sig kunna dra om gällande rätt granska den rättsdogmatiska lösningens konsekvenser och vilka alternativ som hade stått till buds. Rättsdogmatiken kan användas för att påvisa rättsläget, men också för att kritisera det.³⁶ Sandgren använder begreppet rättsanalytisk metod som benämning på ett arbetssätt med något vidare ramar än den rättsdogmatiska metoden. Rättsanalytiskt arbete syftar enligt honom inte bara till att fastställa gällande rätt utan också till att analysera rätten.³⁷ Sammanfattningsvis verkar det finnas en hel del som talar för att rättsdogmatisk metod kan innefatta mer än själva fastställandet av en eller flera rättsliga lösningar som kan betecknas som gällande rätt.

Jag kommer att använda mig av rättsdogmatisk metod i den meningen att jag tolkar och systematiserar rätten utifrån rättskällorna i syfte att fastställa vad som är gällande rätt. I uppsatsen aktualiseras emellertid situationer där olika rättskällor förefaller ge olika svar på frågan om vad som är gällande rätt. Närmare bestämt är det den rättsliga lösning som HD:s praxis ger uttryck för som ser ut att vara svårförenlig med vissa rättsregler i regeringsformen. I ett sådant läge, när olika delar av gällande rätt inte verkar gå att förena

³¹ A.a. s. 434.

³² A.a. s. 433.

³³ Sandgren, 2005, s. 648 f.

³⁴ A.a. s. 650.

³⁵ Jareborg, 2004, s. 4.

³⁶ Kleineman, s. 35 f.

³⁷ Sandgren, 2015, s. 45 f.

med varandra, kan det ifrågasättas om fastställandet av gällande rätt är ett rimligt syfte att sträva efter. Det synes nämligen vara en svår uppgift att i en sådan situation utifrån rättskällorna fastställa en ”gällande rätt” som ger ett entydigt svar på hur en viss fråga ska lösas.³⁸ Det intressanta i sammanhanget är snarare att analysera hur de olika delarna av gällande rätt förhåller sig till varandra. Därför kommer jag att arbeta utifrån syftet att ta reda på vad de olika rättskällorna ger för besked om gällande rätt, och att sedan utifrån de alternativa rättsliga lösningar som står till buds analysera och utvärdera rättsläget.

Min analys av rättsläget kan sägas ske inom rättsdogmatikens ram i och med att den utgår från rättens interna logik. Med det menas att jag inom det rättsliga systemets gränser kommer att undersöka hur de svar olika rättskällor ger förhåller sig till varandra. En viktig aspekt kommer härvid vara att beakta normhierarkin, i vilken grundlag värderas högre än vanlig lag och andra normer, jfr RF 8:14-16 och 8:18 st. 2. En annan central aspekt är den roll som tolkningen spelar i sammanhanget. Vilken rättslig lösning som väljs när frågor om regeringsformens fri- och rättigheter aktualiseras beror i stor utsträckning på hur grundlagsreglerna tolkas. Därför kommer jag att ägna ett delavsnitt åt att diskutera tolkningen av reglerna i regeringsformens andra kapitel och utreda om det går att identifiera några särskilda regler eller principer som styr densamma.

1.4.2 Material

Det material jag använder mig av är lagar, förarbeten, rättspraxis från såväl HD som Europadomstolen, samt doktrin och JO-praxis. Om JO-beslut kan sägas att de visserligen inte är prejudicerande på samma sätt som de högsta domstolarnas avgöranden. Många myndigheter använder dock JO-fall som vägledning, och betydelsen av detta bör inte underskattas, särskilt på områden där rättsläget är oklart och det finns få prejudikat.³⁹ Enligt JO-instruktionen 3 § har JO till uppgift att se till att medborgarnas grundläggande fri- och rättigheter ej träds för när i den offentliga verksamheten. Enligt 6 § samma lag är en del i JO:s uppdrag att uttala sig om huruvida en åtgärd av myndighet eller befattningshavare strider mot lag eller annan författning. Vidare får JO enligt 6 § göra uttalanden för att främja en enhetlig och ändamålsenlig rättstillämpning. Eftersom dessa delar ingår i JO:s

³⁸ Jfr Westberg s. 433 f.

³⁹ Warnling-Nerep s. 299 f.

uppdrag, förekommer det att JO uttalar sig om huruvida en viss åtgärd som vidtas inom ramen för det allmännas verksamhet kan anses förenlig med rättighetsskyddet i regeringsformen. Med hänsyn till att JO:s uttalanden kan vara ägnade att främja en enhetlig rättstillämpning har jag beaktat vissa JO-beslut i argumentationen kring huruvida en viss åtgärd ska anses utgöra en tillåten rättighetsbegränsning eller inte.

Angående relevansen av Europadomstolens praxis kan sägas att konventionsstaterna enligt EKMR art. 1 är skyldiga att garantera var och en som befinner sig under deras jurisdiktion åtnjutandet av konventionsrättigheterna, vilket innebär att konventionsstaterna måste följa Europadomstolens avgöranden. Ett avgörande som riktar sig mot en viss stat är bindande för den staten enligt EKMR art. 46.1, men även avgöranden som riktar sig mot andra stater måste beaktas vid tolkningen av konventionen.⁴⁰ Eftersom jag kommer att beröra hur vissa begrepp i konventionen ska tolkas är det därför nödvändigt att ta hänsyn till Europadomstolens praxis i viss utsträckning.

Någonting ska här sägas om vilka tolkningsmetoder Europadomstolen använder sig av när den fastställer innebörden i viss konventionsbestämmelse. Cameron beskriver domstolens metoder som historiska, textuella och teleologisk/dynamiska. Den historiska kan jämföras med det som i svensk rätt kallas subjektiv tolkning, d.v.s. att man vänder sig till förarbeten för vägledning om hur en viss bestämmelse ska tolkas. Konventionens förarbeten är dock föga informativa och mot bakgrund av att majoriteten av de nuvarande konventionsstaterna inte var parter till konventionen vid förarbetenas tillkomst kan de inte längre sägas representera konventionsstaternas vilja och avsikter.⁴¹ Europadomstolen använder sig därför av förarbeten i mindre utsträckning än vad svenska domstolar gör.

Betydligt mer vanligt förekommande tolkningsgrepp i Europadomstolen är textuell och teleologisk-dynamisk tolkning. Dessa metoder hämtas analogt från Wienkonventionen om traktattolkning, som innehåller en allmän rättsgrundsats om hur en konventionsartikel om en medborgerlig rättighet ska tolkas.⁴² Tolkningen av en sådan ska enligt

⁴⁰ *Opuz mot Turkiet* (33401/02), 9 juni 2009, punkt 163.

⁴¹ Cameron s. 80.

⁴² A.a. s. 80 f. och Wennergren s. 119.

Wienkonventionen ske med god vilja och i överensstämmelse med den mening som vanligen inläggs i orden lästa i sitt sammanhang och i ljuset av konventionens uppgift och ändamål. Att tolkningen är teleologisk betyder att en konventionsbestämmelse tolkas mot bakgrund av dess ändamål. Med dynamisk tolkning menas att konventionen är ett levande instrument som ska tolkas i ljuset av dagens förhållanden.⁴³ Den dynamiska tolkningen illustreras av att Europadomstolen med tiden utvidgat rättigheterna i konventionen och tillämpat dem i situationer som inte kunde förutses vid konventionens tillkomst.⁴⁴

2 Rättighetsskydd och rättighetsbegränsningar

I detta avsnitt redogör jag för några rättsliga utgångspunkter i regeringsformens respektive Europakonventionens rättighetsskydd. Redogörelsen tar sikte på vem som skyddas, mot vad samt på förutsättningarna för att begränsa skyddet, varvid fokus som redan nämnts kommer att läggas vid kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag. Vidare utreder jag om det går att identifiera några särskilda regler eller principer för tolkningen av rättighetsskyddet i regeringsformen. Tolkningen får betydelse bland annat för frågan om vad som utgör en rättighetsbegränsning enligt RF 2:20, som utreds i slutet av detta avsnitt. Avsnittet avslutas med en sammanfattande kommentar.

2.1 Ett skydd för enskilda gentemot det allmänna

Rättighetsskyddet gäller gentemot det allmänna, vilket framgår av ordalydelsen i rättighetsreglerna i regeringsformens andra kapitel. För Europakonventionens del kan detta förhållande utläsas ur art. 33–34, som handlar om villkoren för att få till stånd en prövning. I dessa regler förutsätts nämligen att det endast är en stat som tillhör de fördragsslutande parterna som kan anklagas för att ha brutit mot konventionen.⁴⁵ Med det allmänna avses det allmännas normgivande och verkställande organ.⁴⁶ Staten i egenskap av lagstiftare är därmed bunden av rättighetsreglerna, men det allmänna binds också av reglerna i

⁴³ Cameron s. 81.

⁴⁴ Europadomstolen för mänskliga rättigheter, 50 frågor om Domstolen, s. 3 fråga 4.

⁴⁵ Derlén m.fl. s. 263.

⁴⁶ Prop. 1975/76:209 s. 86.

det praktiska agerandet.⁴⁷ Det sistnämnda innebär att enskilda ska vara skyddade från direkta åtgärder från det allmänna som innebär otillåtna rättighetsinskränkningar, så som frihetsberövanden eller påtvingade kroppsliga ingrepp som vidtas utan stöd i lag, se RF 2:8 respektive RF 2:6 st. 1 och jfr RF 2:20 punkt 2 och 3.

Med enskilda avses främst fysiska personer, men i förekommande fall även juridiska personer.⁴⁸ De flesta fri- och rättigheter i regeringsformen omfattar var och en som befinner sig här i landet. Vissa fri- och rättigheter gäller emellertid endast för svenska medborgare, så som skyddet mot landsförvisning och av naturliga skäl rätten att inte berövas sitt svenska medborgarskap i RF 2:7. Av EKMR art. 1 följer som redan nämnts att alla som befinner sig under en konventionsstats jurisdiktion ska omfattas av konventionens skydd.

Utgångspunkten är således att enskilda gentemot det allmänna är skyddade från ingrepp i de fri- och rättigheter som räknas upp regeringsformens andra kapitel samt i Europakonventionen. Detta skydd gäller emellertid inte undantagslöst, utan såväl regeringsformen som Europakonventionen medger att begränsningar görs i flera av rättigheterna. I regeringsformen räknas de rättigheter som kan begränsas genom lag upp i RF 2:20. Dessa kallas relativa rättigheter. Av bestämmelsen följer *e contrario* att de rättigheter som inte räknas upp där inte kan begränsas genom lag och således är absoluta. Begränsningar av absoluta rättigheter kräver grundlagsändring.⁴⁹ Vilka rättigheter som kan begränsas i Europakonventionen framgår av varje enskild artikel. Rättigheter som inte är försedda med uttryckliga begränsningsmöjligheter får inte begränsas, annat än genom ändringar i konventionstexten.⁵⁰ Bland de relativa rättigheterna finns skyddet mot frihetsberövanden och skyddet för rörelsefriheten, men också skyddet mot påtvingat kroppsligt ingrepp, RF 2:20 st. 1 punkt 2 och 3 samt EKMR art. 5.1 och 8.2 och EKMR tilläggsprotokoll 4 art. 2.3–4.

⁴⁷ A. prop. s. 140 f. och Bull och Sterzel s. 58.

⁴⁸ A. prop. s. 141, A.a. s. 58 och Derlén m.fl. s. 261. Se även EKMR art. 34.

⁴⁹ Nergelius, 2018, s. 140.

⁵⁰ Derlén m.fl. s. 259 och 269.

Gemensamt för i stort sett alla rättighetsbegränsningar är att de kräver stöd i lag.⁵¹ För regeringsformens del framgår detta av RF 2:20 medan det i Europakonventionen kan utläsas av de enskilda artiklarna. Vid sidan av lagkravet finns ytterligare krav som måste vara uppfyllda för att en rättighetsbegränsning ska anses tillåten. Dessa framgår av RF 2:21, och beträffande vissa, särskilt angivna rättigheter, i RF 2:23-24. Är lagkravet inte uppfyllt, saknar det betydelse om en rättighetsbegränsning uppfyller de övriga kraven, den är ändå otillåten eftersom det enda tillåtna sättet att begränsa rättigheter enligt RF 2:20 är genom lag. En av tankarna bakom lagkravet i RF 2:20 är att riksdagen inför att en rättighetsbegränsande lagstiftning beslutas tydligt ska redovisa de avvägningar som görs utifrån kraven i RF 2:21 och i förekommande fall RF 2:23-24.⁵² På så sätt kan lagkravet sägas hänga ihop med de övriga kraven för rättighetsbegränsningar.

2.2 Kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag

Kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag skiljer sig något åt mellan regeringsformen och Europakonventionen, och därför utreds kraven utifrån respektive regelkomplex nedan i separata delavsnitt. Därefter kommer jag med hjälp av en konventionskonform tolkning samt med beaktande av bästa skyddets princip sammanfatta mina slutsatser avseende lagkravets innebörd.

2.2.1 Lagkravet i regeringsformen – formellt eller materiellt?

Att all offentlig maktutövning ska ha stöd i någon form av föreskrift framgår redan av regeringsformens portalparagraf, RF 1:1 st. 3, som säger att den offentliga makten utövas under lagarna.⁵³ Skrivningen ger uttryck för att vårt land är en rättsstat, och därmed kännetecknas av att styrelse och förvaltning sker normmässigt och inte godtyckligt.⁵⁴ Utöver detta säger inte stadgandet så mycket. Man får gå vidare till andra regler i regeringsformen, så som i andra eller åttonde kapitlet, för att få hela bilden av denna statsrättsliga

⁵¹ Med några få, här ej relevanta, undantag då begränsningar få ske genom förordning. Dessa räknas upp i RF 2:20 st. 2.

⁵² Prop. 1975/76:209 s. 153 och prop. 2009/10:80 s. 177.

⁵³ Bull och Sterzel s. 49 och 177.

⁵⁴ A.a. s. 49.

legalitetsprincip.⁵⁵ Ett ställe där principen givits en betydligt mer konkret skepnad är RF 2:20, som innebär att tvångsåtgärder så som kroppsliga ingrepp eller frihetsberövanden inte får vidtas av det allmänna utan uttryckligt stöd i lag.⁵⁶

Kravet på lagstöd i RF 2:20 är formellt på så sätt att det endast är av riksdagen stiftad lag som avses, och inte någon annan författning som står lägre i normhierarkin, jfr RF 1:4 samt 8:1.⁵⁷ Stadgandet ger således uttryck för en mer kvalificerad legalitetsprincip än den som följer av RF 1:1 st. 3. Att lagkravet i RF 2:20 är formellt innebär att det har en tydlig koppling till folksuveränitetsprincipen, som i RF 1:1 st. 1 uttrycks så att all offentlig makt i Sverige utgår från folket. Skrivningen tar sikte på att allt som av medborgarna kan uppfattas som maktutövning på något sätt ska kunna härledas från folket.⁵⁸ Folksuveräniteten garanteras enligt RF 1:1 st. 2 genom ett parlamentariskt styrelseskick där riksdagen i egenskap av folkets främsta företrädare är det lagstiftande organet, RF 1:4. Genom att kravet på lagstöd innebär att det endast är riksdagen som får besluta om rättighetsbegränsningar bidrar det till att upprätthålla den demokratiska legitimiteten avseende begränsningar i fri- och rättigheterna.⁵⁹

I förarbetena framhålls att lagkravet är viktigt och att det innebär att alla ifrågasatta rättighetsbegränsningar kommer att bli föremål för den grundliga genomlysning och debatt inom och utom riksdagen som är en del av lagstiftningsprocessen.⁶⁰ När en rättighetsbegränsning ska göras måste riksdagen följa de krav som ställs på rättighetsbegränsningar i RF 2:21, samt i förekommande fall RF 2:23-24. Som redan nämnts är tanken att lagstiftaren under lagstiftningsprocessen ska tvingas att tydligt redovisa de avvägningar som görs utifrån dessa krav.⁶¹ Gör riksdagen inte det kommer förhoppningsvis eventuella brister i det avseendet att lyftas av remissinstanser, lagrådet eller i den allmänna opinionen under processens gång. På så vis bidrar lagkravet till att avvägningarna bakom en rättighetsbegränsning kan antas bli belysta och tröskade i större utsträckning än de annars

⁵⁵ Sterzel s. 118.

⁵⁶ Prop. 2016/17:165 s. 9.

⁵⁷ Derlén m.fl. s. 282 och Bull och Sterzel s. 92.

⁵⁸ Bull och Sterzel s. 44.

⁵⁹ Derlén m.fl. s. 283.

⁶⁰ Prop. 1975/76:209 s. 84.

⁶¹ A. prop. s. 153 och prop. 2009/10:80 s. 177.

skulle ha blivit. En av lagkravets funktioner kan därmed sägas vara att garantera att de övriga krav som ställs på rättighetsbegränsningar faktiskt efterlevs.

Förutom att utgöra ett formellt krav på lagstöd kan RF 2:20 sedd i ljuset av legalitetsprincipen också innefatta materiella krav på innehållet i rättighetsbegränsande lagstiftning. I förarbetena bakom polislagen (1984:387) gavs kravet en sådan tolkning. Efter införandet av lagkravet i regeringsformen uppstod ett behov av att ändra regleringen av polisens verksamhet, då rådande ordning bedömdes vara konstitutionellt otillfredsställande eftersom det saknades lagstöd för ett flertal åtgärder som förekom i polisverksamheten.⁶² Under flera år fram till att polislagen instiftades år 1984, grundades polisingripanden istället ofta på regler och sedvanor som ansågs svårförenliga med regeringsformen efter lagkravets ikraftträdande.⁶³ I polisutredningens principbetänkande uttalades att regeringsformens rättighetsskydd innebär att företrädare för det allmänna måste respektera rättigheterna i den utsträckning dessa inte har begränsats genom föreskrifter som meddelats på tillåtet sätt. I betänkandet diskuterades om en slags generalklausul i lag som skulle ge polisen befogenheter att inskränka enskildas rättigheter skulle vara förenlig med RF 2:20 och räcka som lagstöd för olika rättighetsbegränsningar som skulle kunna förekomma inom polisverksamheten.⁶⁴

Utredarna anförde att lagkravet realiserar vad som brukar kallas den statsrättsliga legalitetsprincipen, genom att det i princip utesluter att rättighetsbegränsande ingripanden grundas endast på sedvanerätt, rättspraxis, allmänna rättsgrundsatser eller liknande. Mot bakgrund härav ansåg utredarna att en lagregel som för ett allmänt angivet syfte ger en myndighet mandat att vidta ”de åtgärder som behövs” eller liknande, inte kan utgöra ett självständigt stöd för ingrepp i grundlagsskyddade fri- och rättigheter. Motsatt ståndpunkt skulle enligt utredarna leda till att lagstiftaren i praktiken överlämnade åt myndigheterna att dra gränserna kring rättighetsskyddet. Det betonades att det är tydligt att lagkravets

⁶² Bull, 2013, s. 78.

⁶³ A.a. s. 78 samt Munck och Berggren s. 20.

⁶⁴ SOU 1979:6.

syfte sätter en gräns för vilka rättighetsinskränkande befogenheter som kan tillåtas härledas ur en lagregel. Rättighetsbegränsande föreskrifter måste vara tillräckligt tydliga och klara för att motverka missbruk och för att förebygga risken för att praxis kommer på avvägar.⁶⁵

En annan aspekt som lyftes i utredningen är att det bör finnas sådan transparens avseende en föreslagen rättighetsbegränsning att riksdagsledamöter, massmedia och allmänhet utan större hinder kan uppmärksamma den under lagstiftningsprocessen. Annars skulle incitament saknas till den diskussion i och utanför riksdagen som i grundlagen har ansetts vara ett huvudmotiv för kravet på att riksdagen ska godkänna rättighetsinskränkningar. Mot bakgrund av det ovan sagda landade utredarna i att en sådan generalklausul för polisens befogenheter som föreslagits, inte bör kunna åberopas som självständigt stöd för polisen att göra ingrepp i individens fri- och rättigheter. En sådan form av indirekt lagstöd som grund för rättighetsbegränsningar ansågs inte förenligt med RF 2:20, mot bakgrund av dess syfte, som är att realisera legalitetsprincipen.⁶⁶

Efter polisutredningens betänkande beslutade riksdagen 1981 att en polislag skulle utarbetas och uppdraget lämnades åt 1981 års polisberedning.⁶⁷ Polisberedningen anslöt sig till polisutredningens uppfattning om att den statsrättsliga legalitetsprincipen utesluter rättighetsinskränkningar som endast grundas på oskrivna regler så som sedvanerätt eller rättspraxis. Dock tillades att grundlagsförarbetena ger vid handen att ett indirekt lagstöd, d.v.s. ett stöd som tolkningsvis kan utläsas ur en lagbestämmelse, kan godtas som grund för rättighetsbegränsningar.⁶⁸ Uttalandet om indirekt lagstöd kommenterades inte i den efterföljande propositionen.⁶⁹ Det skulle kunna tala för att polisutredningens uppfattning om indirekt lagstöd godtogs, vilket i så fall talar emot att lagkravet i regeringsformen ska anses innefatta materiella krav på tydlighet i rättighetsbegränsande lagstiftning.

Att den legalitetsprincip som kommer till uttryck i RF 2:20 innefattar materiella aspekter och innebär ett krav på direkt, eller uttryckligt, lagstöd går det dock att finna stöd

⁶⁵ A. bet. s. 293.

⁶⁶ A. st.

⁶⁷ SOU 1982:63, Munck och Berggren s. 18.

⁶⁸ SOU 1982:63 s. 45.

⁶⁹ Prop. 1983/84:111 s. 25.

för även i rättspraxis. Ett exempel på det är NJA 2005 s. 33. Avgörandet handlade om ett s.k. blankettstraffstadgande, en straffbestämmelse i lag där fängelsestraff är föreskrivet för ett visst brott, men där lagregeln hänvisar vidare till myndighetsföreskrifter för beskrivningen av den straffbara gärningen. Eftersom ett fängelsestraff utgör ett frihetsberövande anses en bestämmelse som föreskriver fängelse utgöra en inskränkning av skyddet i RF 2:8, och därmed aktualiserades kravet på lagstöd i RF 2:20. Frågan i HD var om fängelse kunde följa på ett sådant blankettstraffstadgande, där den straffbara gärningen fanns beskriven i en föreskrift på lägre nivå än lag.

Frågan besvarades nekande. HD fastslog med hänvisning till bl.a. RF 2:20 att beskrivningen av den straffbelagda gärningen ingår i det som måste regleras på lagnivå. En långtgående möjlighet för myndigheter att fylla ut blankettstraffstadganden där fängelse finns i straffskalan skulle enligt HD innebära ett för stort avsteg från kravet på att frihetsberövanden ska ha stöd i lag. För att kunna godtas måste enligt domstolen ett sådant avsteg vara tydligt accepterat i grundlagen, mot bakgrund av att rättighetsskyddet bör tillämpas generöst till förmån för den enskilde. Dessutom framhölls att grundlagen i det aktuella hänseendet av rättssäkerhetsskäl bör tolkas restriktivt.

Fallet ger stöd för uppfattningen att indirekt lagstöd inte räcker för att uppfylla lagkravet i RF 2:20. Det ska enligt HD kunna utläsas direkt av den rättighetsbegränsande lagregeln under vilka förutsättningar en rättighetsbegränsning kan komma att ske. Att överlämna åt en myndighet att ange de närmare förutsättningarna för den rättighetsbegränsning som en viss lagregel syftar till att ge stöd för, innebär enligt HD ett avsteg från kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag. Domstolen ger uttryck för att regler i regeringsformen som möjliggör rättighetsbegränsningar bör tolkas restriktivt. Då regeringsformen inte uttryckligen tillåter att myndigheter ges mandat att bestämma förutsättningarna för en rättighetsbegränsning, kunde ett sådant förfarande inte godtas. Eftersom det inte framgick av grundlagen att det gick att delegera ut delar av det som enligt RF 2:20 måste regleras på lagnivå till en myndighet på så sätt som skett, blev HD:s slutsats att fängelse inte följa på ett blankettstraffstadgande, då det skulle innebära en otillåten rättighetsbegränsning.

Ytterligare ett fall som kan anses ge stöd för att lagkravet i RF 2:20 är mer än bara ett formellt krav är NJA 2016 s. 1165. Bakgrunden var att en person som åtalats för stöld

hävdade att han var fjorton år och därför inte straffmyndig, vartefter åklagaren begärde en kroppsbesiktning av honom i syfte att fastställa hans ålder. Frågan i målet var om RB 28:11 och 28:12 kunde anses ge stöd för att vidta en kroppsbesiktning i syfte att fastställa den tilltalades ålder. Enligt den dåvarande lydelsen i RB 28:12 jämförd med RB 28:11 fick en kroppsbesiktning såvitt här är av intresse genomföras i syfte att utröna omständigheter som kan antas vara av betydelse för utredning om brottet.

Föredraganden, vars betänkande lades till grund för HD:s beslut, inledde med att konstatera att rättegångsbalkens regler om kroppsbesiktning utgör en inskränkning av skyddet mot påtvingat kroppsligt ingrepp i RF 2:6 st. 1 och att en sådan inskränkning enligt RF 2:20 kräver stöd i lag. En hänvisning till EKMR art. 8 gjordes också. Innebörden av uttrycket ”utredning om brottet” analyserades sedan och föredraganden landade i att uttrycket närmast får förstås så att de omständigheter som ska utrönas genom kroppsbesiktningen ska kunna få betydelse som bevisning eller på annat sätt bidra till utredningen av gärningen eller vem som begått den. Då den tilltalades ålder bedömdes utgöra en straffbarhetsbetingelse, något som är att hänföra till påföljdsfrågan och inte till frågan om brott har begåtts, ansågs den inte rymmas under sådana omständigheter som en kroppsbesiktning får syfta till att utröna enligt de aktuella reglerna i RB. Föredraganden framhöll att det faktum att bestämmelsen om kroppsbesiktning inskränker en grundlagsskyddad rättighet medför att den bör tolkas restriktivt. Vidare menade hon att den ändamålsprincip som härleds ur RF 2:21 delvis sammanfaller med legalitetsprincipen och innebär att ett tvångsmedel bara får användas för de i lag angivna ändamålen. Mot bakgrund av de krav som legalitetsprincipen sålunda ställer på rättighetsbegränsande lagstiftning drog föredraganden slutsatsen att de aktuella reglerna i rättegångsbalken inte kunde anses ge stöd för att vidta en kroppsbesiktning i syfte att fastställa den tilltalades ålder.

Fallet ger stöd för att det krävs enligt RF 2:20 att en lagregel som ger myndigheter befogenheter att vidta rättighetsbegränsande åtgärder tydligt anger under vilka förutsättningar och för vilka ändamål en rättighetsbegränsning får göras. En rättighetsbegränsande lagregel kan inte åberopas som stöd för att vidta en rättighetsbegränsande åtgärd för något

annat ändamål än det avsedda. På så sätt kan det sägas krävas direkt, eller m.a.o. uttryckligt, lagstöd för att en begränsning ska anses tillåten.⁷⁰ Det synsätt som avgörandet ger uttryck för stämmer väl överens med vad som sägs i motiven om att tanken är att lagstiftaren under lagstiftningsprocessen tydligt ska redovisa de avvägningar som görs utifrån kraven i RF 2:21, samt i förekommande fall 2:23-24.⁷¹ Om indirekt lagstöd skulle godtas, skulle rättighetsbegränsningar i efterhand kunna vidtas av en myndighet med stöd av en lag i syfte att uppnå ett ändamål som lagen i fråga inte varit avsedd för, och utan att lagstiftaren gjort de avvägningar som RF 2:21 och 2:23-24 kräver.

Sammanfattningsvis kan sägas att lagkravet i RF 2:20 i första hand är formellt, på så sätt att det endast är av riksdagen stiftad lag som avses. Kravet har dock kommit att tolkas så att det även innebär att den rättighetsbegränsande lagstiftningen måste vara tydlig i fråga om förutsättningarna för rättighetsbegränsningen. Det är därmed inte tillräckligt att i lag föreskriva en mer generell befogenhet att för ett allmänt angivet syfte begränsa en viss rättighet och sedan överlämna åt myndigheter att genom föreskrifter eller i det praktiska agerandet avgöra under vilka närmare förutsättningar en rättighetsbegränsning får ske. Ett sådant förfarande skulle nämligen i praktiken innebära att det överlämnades åt myndigheter att göra avvägningarna bakom en rättighetsbegränsning, en befogenhet som enligt regeringsformen och dess förarbeten tillkommer riksdagen. Mycket talar alltså för att regeringsformens lagkrav innefattar såväl en formell som en materiell sida.

2.2.2 Europakonventionens lagkrav – tillgänglighet och precision

Europakonventionens krav på lagstöd skiljer sig från lagkravet i RF 2:20 genom att det inte innebär ett formellt krav på lag från den högsta lagstiftande församlingen, utan snarare tar sikte på att en rättighetsinskränkning ska ha någon form av stöd i den nationella rättsordningen.⁷² I målet *Sunday Times mot Förenade konungariket* fastslog Europadom-

⁷⁰ Jfr Lebeck s. 117 f.

⁷¹ Prop. 1975/76:209 s. 153 och prop. 2009/10:80 s. 177.

⁷² Derlén s. 282 och *Sunday Times mot Förenade konungariket* (6538/74), 26 april 1979, punkt 86.

stolen att ordet ”lag” i konventionens mening ska tolkas så att det inte bara omfattar skri-
ven rätt utan också oskrivna regler, såsom domarskapad rätt och sedvanor.⁷³ Europadom-
stolen har istället lagt in vissa kvalitetsmått i lagkravet, som kan hänföras till rättsstatliga
krav på förutsebarhet och hinder mot maktmissbruk och godtycke.⁷⁴ Det rör sig dels om
ett krav på tillgänglighet, dels ett krav på precision.

Kravet på tillgänglighet innebär att den ”lag” d.v.s. rättsregel, samling av rättsregler,
praxis eller traditioner som rättighetsbegränsningen grundas på, ska vara publicerad och
tillgänglig för allmänheten.⁷⁵ I precisionskravet ligger att den ”lag” som rättighetsbe-
gränsningen grundas på ska vara så pass tydlig att den ger enskilda en adekvat indikation
om under vilka förutsättningar en rättighetsbegränsning kan komma att ske.⁷⁶ En regel
som ger myndigheterna beslutsbefogenheter måste tydligt ange gränserna för dessa befo-
genheter, dels av hänsyn till förutsebarheten för individen, men också för att sätta ramar
för myndigheternas skönsmässiga bedömningsutrymme i syfte att motverka godtycke och
maktmissbruk.⁷⁷ Regeln måste vara så pass tydlig att den enskilde, om så behövs med
stöd av juridisk expertis, i en mot bakgrund av omständigheterna rimlig grad kan förutse
vilka konsekvenser ett visst handlande kan komma att utlösa.⁷⁸ Vilken grad av precision
som krävs beror på vilken typ av regel är fråga om.⁷⁹ Som exempel på en regel som kräver
lägre grad av precision kan nämnas en föreskrift som ger en myndighet befogenhet att

⁷³ *Sunday Times mot Förenade konungariket* (6538/74), 26 april 1979, punkt 47.

⁷⁴ *Silver m.fl. mot Förenade konungariket* (5947/62), 25 mars 1983, punkt 90 och *Malone mot Före-
nade konungariket* (8691/79), 2 augusti 1984, punkt 67. Se även Derlén m.fl. s. 282.

⁷⁵ *Sunday Times mot Förenade konungariket* (6538/74), 26 april 1979, punkt 49 och *Silver m.fl. mot
Förenade konungariket* (5947/62), 25 mars 1983, punkt 87–88.

⁷⁶ *Malone mot Förenade konungariket* (8691/79), 2 augusti 1984, punkt 67.

⁷⁷ *Silver m.fl. mot Förenade konungariket* (5947/62), 25 mars 1983, punkt 88, *Malone mot Förenade
konungariket* (8691/79), 2 augusti 1984, punkt 67–68 och *Leander mot Sverige* (9248/81), 26 mars
1987, punkt 51.

⁷⁸ *Sunday Times mot Förenade konungariket* (6538/74), 26 april 1979, punkt 49 och *Silver m.fl. mot
Förenade konungariket* (5947/62), 25 mars 1983, punkt 87–88.

⁷⁹ *Sunday Times mot Förenade konungariket* (6538/74), 26 april 1979, punkt 49.

använda hemlig avlyssning i brottsutredande syfte, detta eftersom hela syftet med avlyssningen skulle förfelas om den enskilde på förhand kunde veta när avlyssning skulle komma att ske och anpassa sitt beteende efter det.⁸⁰

2.2.3 Sammanfattning av kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag

Regeringsformens krav på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag kan förutom det formella kravet på av riksdagen stiftad lag, åtminstone vid en konventionskonform tolkning och med beaktande av bästa skyddets princip, sägas ha en materiell sida.⁸¹ Kravets materiella sida motiveras av de rättsstatliga krav som bär upp legalitetsprincipen och kan formuleras som ett krav på direkt, alltså uttryckligt, lagstöd för rättighetsbegränsningar.

Vid sidan om direkt lagstöd kan man tala om indirekt lagstöd. Med indirekt lagstöd avses när stöd för en rättighetsbegränsning endast tolkningsvis kan utläsas ur en lagbestämmelse. Det kan exempelvis röra sig om lagar som öppnar för rättighetsbegränsningar men som inte tydligt anger ramarna för myndigheternas beslutsbefogenheter avseende dessa. Ett exempel på indirekt lagstöd är en sådan generalklausul för polisens befogenheter som utreddes i förarbetena till polislagen. Ett annat exempel är när en lagbestämmelse endast med en tämligen extensiv tolkning kan anses ge stöd för en viss rättighetsbegränsning, så som var fallet med rättegångsbalkens regler om kroppsbesiktning i NJA 2016 s. 1165. Ett tredje exempel skulle kunna vara en generell utformad lagregel som hänvisar till en föreskrift på lägre nivå i vilken de närmare förutsättningarna för att få begränsa en rättighet framgår, som var fallet med det blankettstraffstadgande som prövades i NJA 2005 s. 33. Indirekt lagstöd har i regel inte godtagits varken i förarbeten eller rättspraxis, eftersom det inte anses uppfylla tillräckliga krav på förutsebarhet och hinder mot godtycklig maktutövning.

Om indirekt lagstöd rör sig på eller till och med bortom gränsen för vad som kan godtas som grund för en rättighetsbegränsning enligt RF 2:20, framstår det som självklart att oskrivna regler som helt saknar stöd i lag aldrig kan utgöra stöd för en rättighetsbegränsning. Som exempel kan nämnas sådana sedvanor som polisingripanden i stor utsträckning grundades på före polislagens tillkomst. Ett annat exempel på regler som varken direkt

⁸⁰ *Malone mot Förenade konungariket* (8691/79), 2 augusti 1984, punkt 67.

⁸¹ Derlén m.fl. s. 282. Jfr även Lebeck s. 117 f.

eller indirekt bygger på någon lag, är sådana oskrivna regler som går under benämningen social adekvans. Det borde med hänsyn till kravet på lagstöd vara uteslutet att hämta stöd för att en rättighetsbegränsning ska anses tillåten i oskrivna regler. Ändå finns det enligt HD:s praxis ett visst utrymme för det allmänna att vidta påtvingade kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden utan stöd i lag med hänvisning till social adekvans. Rent lagtekniskt kan ett sådant utrymme endast förenas med rättighetsskyddet i regeringsformen om utrymmet i fråga är begränsat till kroppsliga ingrepp eller frihetsberövanden som av någon anledning inte kan anses utgöra rättighetsbegränsningar. För att avgöra vad som är en rättighetsbegränsning, krävs en tolkning av relevanta regler i regeringsformen. I nästa avsnitt utreder jag om det finns några särskilda regler eller principer som styr tolkningen av reglerna i regeringsformens andra kapitel.

2.3 Om tolkningen av rättighetsskyddet i regeringsformen

Som redan framhållits får prejudikatinstansernas tolkningar av de regler som skyddar individens fri- och rättigheter stor betydelse för rättighetsskyddets omfattning. Av betydelse i sammanhanget är att rättighetsskyddet i regeringsformens andra kapitel är resultatet av kompromisser mellan de politiska partierna. Det fanns å ena sidan en oro för att fri- och rättigheterna skulle komma att inskränka folksuveräniteten, medan det å andra sidan fanns de som menade att ett rättighetsskydd är nödvändigt för att skydda minoriteter i ett system med majoritetsstyre.⁸² Att rättighetsskyddet är sprunget ur politiska kompromisser har resulterat i att bestämmelserna är vaga och öppna för olika tolkningar.⁸³

Valet av tolkningsgrepp kan få betydelse för rättighetsskyddets omfattning på olika sätt. För det första spelar tolkningen roll för bedömningen av om någonting ska anses utgöra en rättighetsbegränsning eller inte. En snäv tolkning av en rättighetsskyddet kan leda till att ett förfarande som enligt en rättighetsregels ordalydelse verkar falla inom skyddet inte ska anses utgöra en rättighetsbegränsning enligt RF 2:20. En tolkning som är mer generös till förmån för den enskilde kan ge vid handen att ett förfarande som faller

⁸² SOU 1972:15 s. 106 ff. Se även Sterzel s. 21.

⁸³ Petrén och Ragnemalm s. 69, Vängby s. 896, Enkvist och Gustafsson s. 17 f. och Bengtsson, 1996, s. 19.

inom en rättighetsregels ordalydelse också ska anses utgöra en rättighetsbegränsning. För det andra får valet av tolkningsgrepp betydelse för frågan om förutsättningarna för en tillåten rättighetsbegränsning ska anses uppfyllda eller inte. En strikt tolkning av de krav som ställs på rättighetsbegränsningar utifrån RF 2:20-21 samt 23–24 innebär naturligtvis ett större skydd mot inskränkningar än en tolkning som ger det allmänna stor frihet såvitt avser begränsningsmöjligheterna. Mot bakgrund av att fri- och rättighetsreglerna lämnar öppet för olika tolkningar är det därför angeläget att ta reda på om det finns några särskilda principer som styr tolkningen.

Jag kommer att ta avstamp i vad som sägs om grundlagstolkning i förarbetena till regeringsformen, för att sedan diskutera legalitetsprincipens betydelse för tolkningsramen. Därefter går jag in på den diskussion som har förts i doktrinen om tolkningen av fri- och rättigheter och tar slutligen upp några exempel från rättspraxis.

2.3.1 Ska grundlag tolkas som vanlig lag?

Tolkningen av grundlagsbestämmelser har historiskt sett inte varit ett omdebatterat ämne i svensk rätt, vilket kan ha sin förklaring i den tidigare rådande uppfattningen om att grundlagen riktades till lagstiftaren och inte var avsedd att kunna tillämpas i domstolar.⁸⁴ I 1809 års regeringsform fanns en särskild bestämmelse i 84 § enligt vilken grundlagen skulle tillämpas efter dess ordalydelse. Någon motsvarande bestämmelse togs inte in i 1974 års regeringsform, men i förarbetena sas det att grundlag ska tolkas enligt samma principer som gäller för lagtolkning i allmänhet.⁸⁵ Detta uttalande är enligt min mening föga vägledande för tolkningen av regeringsformens rättighetsskydd, då ramarna för lagtolkning i allmänhet torde variera beroende på vilken typ av regel det är som ska tolkas.⁸⁶

2.3.2 Legalitetsprincipens betydelse för tolkningsramen

En utgångspunkt för all lagtolkning är att domstolar och andra myndigheter, är bundna av legalitetsprincipen.⁸⁷ Principen framgår som redan nämnts av RF 1:1 st. 3. Det finns

⁸⁴ Derlén m.fl. s. 499.

⁸⁵ SOU 1963:17 s. 513, SOU 1972:15 s. 319. Jfr även prop. 1978/79:195 s. 78.

⁸⁶ Jfr Åhman s. 19.

⁸⁷ Samuelsson och Melander s. 145.

vidare ett samband mellan legalitetsprincipens betydelse för tolkningen och folksuveränitetsprincipen i RF 1:1 st. 1, på så sätt att en lagregels demokratiska legitimitet förutsätter en viss förutsebarhet i tillämpningen för att inte kopplingen mellan folkviljan och rättstillämpningen ska gå förlorad.⁸⁸

Sterzel framhåller att den som vill hävda legalitetsprincipen måste förorda en strikt lagtolkning på de områden där den aktualiseras.⁸⁹ Hänsyn till legalitetsprincipen talar för att det främst är en tolkning av lagens ordalydelse som ska göras.⁹⁰ Att det främst är den skrivna lagen som ska tolkas är också en följd av rättskällehierarkin, där lag värderas högst.⁹¹ Tolkningen får inte leda till ett åsidosättande av det lagkrav som ryms inom legalitetsprincipen, utan innehållet av en regel ska gå att utläsa av lagtexten.⁹²

Legalitetsprincipens styrka varierar mellan olika rättsområden.⁹³ Allmänt kan sägas att dess styrka på ett visst område är beroende av hur ingripande konsekvenser rättstillämpningen kan få för enskilda på området i fråga. Ju tydligare det allmännas makt över enskilda kommer till uttryck i den regel som ska tolkas, desto starkare är skälen att tolka lagtexten med tyngdpunkt på ordalydelsen.⁹⁴ Ett exempel på ett område där legalitetsprincipen anses särskilt viktig är straffrätten, där ges principen en snävare innebörd än på vissa andra områden i den meningen att det krävs en viss form av lagstöd.⁹⁵ Ett annat är inom förvaltningsrätten, på områden där enskilda kan utsättas för tvångsåtgärder.⁹⁶ Den straffrättsliga legalitetsprincipen innefattar bland annat ett förbud mot analogisk lagtolkning. Dessutom innebär den att sekundära rättskällor, så som förarbeten och rättspraxis, tillmäts mindre betydelse till förmån för lagtextens ordalydelse.⁹⁷ Inom andra områden,

⁸⁸ Derlén m.fl. s. 283 f.

⁸⁹ Sterzel s. 131 f.

⁹⁰ Bull, 1997, s. 319.

⁹¹ Enkvist, s. 23. Angående rättskällehierarkin se ovan i avsnitt 1.4.1.

⁹² Sterzel s. 131 f. och Enkvist s. 23.

⁹³ Lebeck s. 91 f.

⁹⁴ Åhman s. 19 och Samuelsson och Melander s. 145.

⁹⁵ Samuelsson och Melander s. 145. Jfr även Reichel s. 352.

⁹⁶ Åhman s. 19 och Samuelsson och Melander s. 145.

⁹⁷ Samuelsson och Melander s. 145.

som exempelvis civilrätten, är det vanligare att analogisk lagtolkning och ändamålstolkningsmetoder tillåts.⁹⁸

Det finns enligt min mening få områden där det allmännas makt över enskilda kommer till så tydligt uttryck som i regeringsformens andra kapitel, som reglerar de grundläggande förutsättningarna för det allmänna att överhuvudtaget få ingripa i enskildas fri- och rättigheter. En central fråga är därför vilka ramar legalitetsprincipen kan anses sätta för tolkningen av fri- och rättighetsregleringen. Mot bakgrund av vad som nyss sagts finns det skäl för att i första hand tolka rättighetsreglerna strikt utifrån deras ordalydelse. Samtidigt innebär det faktum att rättighetsreglerna är vaga och öppnar upp för skiftande tolkningar att det kan vara svårt att göra en ren ordalydelsestolkning.⁹⁹ För att fastställa ordalydelsens innebörd måste rättstillämparen ibland ta till andra tolkningsmetoder.¹⁰⁰ Förarbetena kan bidra till att klargöra syftena bakom en viss regel och säga någonting om hur den ska förstås.¹⁰¹ Därtill kan den skepnad en rättighetsregel givits i praktiken genom lagstiftning och rättspraxis ha betydelse.¹⁰² Även doktrin kan bidra till att komplettera bilden av hur en rättighetsregel ska förstås, och därutöver vägledning hämtas från särskilda förarbeten som rör viss lagstiftning.¹⁰³ Vidare kan en systematisk tolkning bidra med tolkningsdata. Härvid bör det främst vara fråga om en tolkning i ljuset av grundlagens systematik, men även regler på lägre hierarkisk nivå kan vara av betydelse.¹⁰⁴

Även om de rättskällor och metoder som nu beskrivits kan bidra till förståelsen av reglernas ordalydelse anser jag att legalitetsprincipen får betydelse för vilka tolkningsmetoder och argument som kan anses godtagbara vid tolkningen av regeringsformens fri- och rättigheter. Hur långt kan man egentligen gå i tolkningsapparaten innan man hamnar utanför legalitetsprincipens ramar? Det finns olika uppfattningar om legalitetsprincipens

⁹⁸ Åhman s. 19.

⁹⁹ Petré och Ragnemalm s. 69, Vängby s. 896, Enkvist och Gustafsson s. 17 f. och Bengtsson, 1996, s. 19.

¹⁰⁰ Bull, 1997, s. 319. Och Persson s. 61 f.

¹⁰¹ Bull, 1996, s. 319, Enkvist s. 23, Åhman s. 75 och Åhman SvJT 100 år s. 446 f.

¹⁰² Åhman, SvJT 100 år s. 466 f.

¹⁰³ A. st. och Enkvist s. 23.

¹⁰⁴ Bull, 1997, s. 319 f. Se vidare nedan i avsnitt 2.3.3 angående systematisk tolkning av fri- och rättigheter i grundlag.

roll som tolkningsprincip.¹⁰⁵ Lebeck anför att det är rimligt att se legalitetsprincipen som en tolkningsprincip eftersom de krav på dels formellt lagstöd, dels tydlighet och precision, i praktiken bara kan upprätthållas genom domstolars tolkningar av dem.¹⁰⁶ Bull och Sterzel menar däremot att legalitetsprincipen minskar i praktisk betydelse som en följd av generellt utformade lagregler, särskilt om dessa tolkas och tillämpas extensivt.¹⁰⁷ Såvitt avser rättighetsskyddet ansluter jag mig till Lebecks uppfattning om att legalitetsprincipen bör ses som en tolkningsprincip, mot bakgrund av det starka krav på såväl formellt som materiellt lagstöd som gäller för begränsningar i fri- och rättigheterna. Om tolkningsutrymmet vore alltför stort avseende fri- och rättigheterna skulle rättighetsbegränsningar i praktiken kunna åstadkommas genom snäva tolkningar av fri- och rättigheterna, till nackdel för den enskilde. Sådana tolkningar skulle i praktiken innebära ett åsidosättande av lagkravet i RF 2:20.¹⁰⁸ Om legalitetsprincipen ska upprätthållas i praktiken, måste den återspeglas i tolkningen. På ett område där legalitetsprincipen ges en sådan snäv innebörd som i RF 2:20, där det krävs en viss form av lagstöd, måste följaktligen tolkningsramen vara något snävare än på ett område där legalitetsprincipen inte gör sig lika starkt gällande.

Frågan om hur rättighetsskyddet i regeringsformens andra kapitel bör tolkas har varit föremål viss diskussion i doktrinen. De flesta synes förespråka en generös tolkning av rättigheterna med tyngdpunkt på ordalydelsen och till förmån för den enskilde, men den uppfattningen har inte stått helt oemotsagd. I det följande redogör jag för och kommenterar olika uppfattningar som framförts i doktrinen beträffande tolkningsramen för regeringsformens fri- och rättigheter.

2.3.3 Diskussionen i doktrinen om tolkningen av regeringsformens rättighetsskydd

Holmberg och Stjernquist m.fl. skriver att bestämmelser om grundläggande fri- och rättigheter i allmänhet torde tolkas frikostigt och att möjligheten att göra inskränkningar i

¹⁰⁵ Lebeck s. 98.

¹⁰⁶ A. st.

¹⁰⁷ Bull och Sterzel s. 49.

¹⁰⁸ Detta utvecklas nedan i avsnitt 2.4. Se även Sterzel 131 f.

enskildas intressen därmed bör utövas med försiktighet.¹⁰⁹ Wittrock anser att grundlagsregler om fri- och rättigheter ska tolkas med hänsyn till de enskildas intressen, att de ska tolkas extensivt.¹¹⁰ En grundlagsregel som behandlar normgivningsmakt avseende ingrepp i enskildas rättsförhållanden ska dock tolkas restriktivt.¹¹¹ Rynning delar uppfattningen om att rättighetsreglerna i regeringsformen bör tolkas frikostigt till förmån för den enskilde och att möjligheter att göra inskränkningar i enskildas rättigheter bör utövas med försiktighet. Om det är tveksamt huruvida ett visst förfarande ska anses utgöra en rättighetsbegränsning eller inte bör man enligt henne låta bedömningen utfalla till den enskildes förmån så att dennes frihet ges ett så stort utrymme som möjligt.¹¹² Även Åhman ger uttryck för uppfattningen att regler om fri- och rättigheter allmänt bör tolkas generöst till förmån för den enskilde. Hon synes liksom Rynning förespråka en vidsträckt syn på vad som utgör en begränsning, och som därmed omfattas av rättighetsskyddet. Hon anför att det snäva syn på vad som utgör en rättighetsbegränsning som kommer till uttryck i förarbetena leder till en restriktiv tolkning som är omodern ur ett rättighetsperspektiv.¹¹³

Bengtsson, Michanek och Vängby har diskuterat tolkningen av egendomsskyddet i dess tidigare lydelse, dåvarande RF 2:18 (numera RF 2:15). Även om diskussionen specifikt rörde egendomsskyddet, framfördes argument i den som är principiellt intressanta för frågan om tolkningen av rättighetsskyddet på ett generellt plan. Av ordalydelsen i RF 2:18 följde att den enskilde var tillförsäkrad en rätt till ersättning vid rådighetsinskränkningar, men att grunderna för ersättningen närmare skulle anges i lag. Av förarbetena framgick dock att lagstiftarens avsikt varit att vissa former av rådighetsinskränkningar inte skulle grunda någon rätt till ersättning överhuvudtaget. Avsikten synes ha varit att det skulle anges i vanlig lag i vilka fall det fanns en rätt till ersättning och inte.¹¹⁴

Vängby framhåller att grundlagarna utgör vår demokratis främsta dokument och att rättstillämparen därför måste respektera den demokratiska ordning i vilken de tillkommit

¹⁰⁹ Holmberg och Stjernquist m.fl. s. 41.

¹¹⁰ Wittrock s. 199.

¹¹¹ A.a. s. 201.

¹¹² Rynning s. 99.

¹¹³ Åhman, SvJT 100 år s. 470. Se vidare nedan i avsnitt 2.4 angående rättighetsbegränsningar.

¹¹⁴ Se prop. 1993/94:117 s. 17 f. och 49 f.

genom att tillmäta förarbetena stor vikt. En annan ordning skulle enligt honom innebära att en del av den politiska makten överförs från riksdagen till de rättstillämpande myndigheterna. De relativa rättigheterna har enligt Vängby sällan den konkretion som krävs för att rättstvister ska kunna avgöras enbart utifrån deras ordalydelse, han menar att de snarare är riktade till lagstiftaren än till rättstillämparen. Enligt Vängby utformar lagstiftaren mer preciserade bestämmelser i vanlig lag som kan tillämpas av myndigheterna, vilket ytterligare talar för att förarbetena behöver beaktas vid tolkningen av rättigheterna.¹¹⁵

Bengtsson ställer sig kritisk till Vängbys resonemang och anför att det vore olyckligt att betrakta det som en numera vedertagen metod för grundlagstolkning. Han anför att om man mer allmänt skulle godta att förarbeten ges företräde framför ordalydelsen skulle det innebära en juridisk nedvärdering av regeringsformen som är svår att acceptera.¹¹⁶ Han anser att om förarbetena skulle ges företräde i en situation då förarbetsuttalanden om en rättighetsregels innebörd tydligt strider mot regelns ordalydelse, så skulle det inte längre handla om tolkning utan närmast vara fråga om att göra ett reduktionsslut på rättigheten, till nackdel för den enskilde. Enligt honom kan en sådan restriktiv tillämpning av grundlagens rättighetsskydd av principiella skäl svårligen accepteras, även om den i vissa fall skulle leda till rimligare resultat än en strikt ordalydelsestolkning.¹¹⁷

Michanek delar Bengtssons synsätt såtillvida att han anser att lagtexten måste ges företräde framför förarbetena om de två är oförenliga.¹¹⁸ Han verkar dock inte ha varit överens med Bengtsson om att förarbetena och ordalydelsen var oförenliga såvitt gällde RF 2:18 i dess dåvarande lydelse.¹¹⁹ Michanek ansåg att förarbetenas koppling till lagstiftningen var tillräckligt tydlig.¹²⁰ Detta synes dock bero på att han utgår från en systematisk tolkning där grundlagsbestämmelsen läses i ljuset av annan lagstiftning rörande

¹¹⁵ Vängby s. 896.

¹¹⁶ Bengtsson, 1994, s. 898

¹¹⁷ Bengtsson, 1996, s. 19 och 95.

¹¹⁸ Michanek s. 167.

¹¹⁹ Bengtsson, 1996, s. 94 f.

¹²⁰ Michanek s. 169.

ersättningsrätt vid rådighetsinskränkningar, exempelvis miljölagstiftningen.¹²¹ Han menar att en sådan kontextuell tolkning accepteras såvitt gäller vanlig lagtolkning, och att Bengtsson inte framfört något rimligt argument mot att kontexten på samma sätt skulle kunna beaktas även vid grundlagstolkning.¹²² Här anser jag att Michanek förbiser en viktig faktor i sammanhanget, nämligen grundlagens hierarkiska förhållande till vanlig lagstiftning. Att grundlag står över lag i normhierarkin medför enligt min mening att det är orimligt att låta innebörden i en grundlagsregel styras av innehållet i vanlig lagstiftning.¹²³

Även Bengtsson ställer sig kritisk till Michaneks systematiska tolkning. Han ställer frågan om en viss regel i regeringsformen ska anses behandla två likartade situationer olika bara på grund av att situationerna regleras i olika lagstiftning.¹²⁴ Annorlunda uttryckt kan en sådan tolkning som Michanek förespråkar, som innebär att en rättighetsregel i grundlagen tolkas mot bakgrund av andra delar av rättsordningen, i ett enskilt fall leda till att grundlagsskyddet tillämpas olika i likartade situationer. Exempelvis skulle rätt till ersättning kunna föreligga vid en form av rådighetsinskränkningar, som regleras i viss lagstiftning, men inte vid en annan form, som regleras i annan lagstiftning. Så som Bengtsson framhåller måste rimligtvis en grundlagsskyddad rättighet kunna åberopas i en viss situation, vare sig den ena eller den andra lagen gäller för situationen i fråga. En grundlagsbestämmelse kan inte gärna vara begränsad till att styra tillämpningen av en viss eller vissa lagar.¹²⁵

Michanek uppmärksammar att en möjlig invändning mot hans egen tolkning är att grundlagsregeln syftar till att skydda enskilda och därför i tveksamma fall bör tolkas till förmån för den enskilde. Med det menar han antagligen att egendomsskyddet i dess tidigare lydelse i så fall skulle ha tolkats så att den gav en rätt till ersättning vid alla former

¹²¹ A.a. s. 167.

¹²² A.a. s. 167 f.

¹²³ För liknande uppfattning, jfr Bull, 1997, s. 320. Han anser visserligen att lagstiftning på lägre nivå än grundlag kan beaktas vid och ge viktig vägledning för tolkningen av grundlagsregler, men att dessa hänsynstaganden inte gärna kan få vara *avgörande* för tolkningen av grundlag.

¹²⁴ Bengtsson, 1996, s. 96.

¹²⁵ A.a. s. 95 f.

av rådighetsinskränkningar. Michanek ansåg dock att en sådan invändning saknade relevans avseende den dåvarande RF 2:18, återigen mot bakgrund av den rättsliga kontexten. Syftet med grundlagsregeln var enligt Michanek inte att skydda privat äganderätt utan att dra en gräns mellan i vilka fall det ska finnas rätt till ersättning och inte.¹²⁶ Jag anser att det framstår som egendomligt att bygga en argumentation för tolkningen av en regel som ingår i regeringsformens fri- och rättighetskapitel på att regeln inte skulle syfta till att bereda enskilda skydd. Därför kan jag inte ansluta mig till Michaneks uppfattning, även om det i och för sig kan vara riktigt att *ett* av syftena bakom RF 2:18 kan ha varit att dra en gräns för ersättningsrätten. Utgångspunkten måste dock rimligen vara att det primära syftet med alla fri- och rättigheter i regeringsformens andra kapitel är att bereda enskilda ett skydd från olika former av ingripanden från det allmänna.

Sammanfattningsvis kan sägas att det tycks råda viss konsensus i litteraturen om att rättighetsskyddet i regeringsformen bör tolkas med tyngdpunkt på ordalydelsen och generöst till förmån för den enskilde. Detta synsätt innebär att begränsningsmöjligheter bör utövas med försiktighet, så att den enskildes frihet ges största möjliga utrymme. Det här kan förklaras så att det som påbjuds är en tolkning med utgångspunkt i ordalydelsen, som i tveksamma fall bör göras generös till förmån för den enskildes rättighetsskydd. Regler som ger det allmänna möjlighet att göra begränsningar i den enskildes skydd bör tolkas snävt, till undvikande av att begränsningsmöjligheter som inte framgår uttryckligen av lagtexten åstadkoms genom en extensiv tolkning.

En sådan metod som Michanek förespråkat för tolkningen av egendomsskyddet i dess tidigare lydelse finns det på ett principiellt plan fog att vara kritisk mot. En systematisk tolkning där grundlagsregeln läses i ljuset av vanlig lagstiftning är problematisk med hänsyn till grundlagens ställning i normhierarkin, samt på grund av att den riskerar att leda till inkonsekvens avseende tillämpningen av grundlagsreglerna.

Som redan framhållits, bör enligt min mening legalitetsprincipen sätta en gräns för långt ifrån reglernas ordalydelse man kan komma genom olika tolkningsmetoder. Självklart kan förarbeten, rättspraxis, doktrin eller den rättsliga kontexten bidra till förståelsen

¹²⁶ Michanek s. 169.

av ordalydelsens innebörd. Men om tolkningen leder till alltför stora avvikelser från grundlagsregelns ordalydelse, innebär det mer eller mindre ett avsteg från legalitetsprincipen. Därför finns det goda skäl att exempelvis inte ge förarbetsuttalanden företräde framför lagtexten om de två är oförenliga.

2.3.4 Några exempel från rättspraxis...

HD har i ett flertal fall på senare år tillämpat rättighetsskyddet i regeringsformen generöst till förmån för individens fri- och rättigheter.¹²⁷ Av utrymmesskäl kan här inte bli fråga om någon fullständig praxisgenomgång, utan jag avser ta upp några belysande exempel på hur HD tolkat regeringsformens fri- och rättigheter. I NJA 2005 s. 33 och NJA 2016 s. 1165, har HD gett uttryck för att rättighetsskyddet bör tillämpas generöst till förmån för den enskilde, och att begränsningsmöjligheter sålunda bör tolkas restriktivt.¹²⁸

I NJA 2014 s. 332 gav HD ett svar på den fråga som diskuterats av Bengtsson, Vängby och Michanek. Som nämnts ovan tillförsäkrades den enskilde enligt RF 2:18 i dess dåvarande lydelse en rätt till ersättning vid rådighetsinskränkningar, och av bestämmelsen framgick att grunderna för ersättningen skulle anges i lag. Den i målet aktuella rådighetsinskränkningen, som hade gjorts av miljöskyddsskäl, träffades inte av någon sådan lag. Statens inställning var att ersättning inte skulle utgå eftersom det framgick av förarbetena att lagstiftaren avsett att det inte skulle finnas någon rätt till ersättning vid rådighetsinskränkningar som gjorts av miljöskyddsskäl.

HD konstaterade att lagstiftaren i propositionen till miljöbalken (1998:808) redovisat uppfattningen att det inte borde vara möjligt att fullt ut hävda en strikt bokstavstolkning av stadgandet i RF 2:18 mot bakgrund av att det råde delade meningar om dess innebörd. Enligt lagstiftaren skulle ändamålssynpunkter ges möjlighet att inverka vid tolkningen.¹²⁹ HD uttalade att RF 2:18 inte verkade var utformad för att kunna tillämpas direkt i domstol utan att den främst var riktad till lagstiftaren. Domstolen anförde det var tydligt att lagtexten inte fullt ut återspeglade lagstiftarens intentioner, som var att ett antal förbehåll

¹²⁷ Se exempelvis NJA 2005 s. 33, NJA 2016 s. 1165, NJA 2012 s. 400, NJA 2014 s. 332.

¹²⁸ Se ovan i avsnitt 2.2.1.

¹²⁹ NJA 2014 s. 332 punkt 14 och däri gjord hänvisning till prop. 1997/98:45, del 1 s. 563 f.

skulle gälla för statens ersättningsskyldighet vid rådighetsinskränkningar.¹³⁰ Dock ansåg HD att bestämmelsen i RF 2:18 var utformad så att den gav anvisningar för tolkning av oklara lagregler och att den gav uttryck för en allmän rättsgrundsats om rätt till ersättning.¹³¹ Eftersom bestämmelsen saknade uttryckliga begränsningar bortsåg domstolen från vad som sagts i förarbetena och fastslog att en rätt till ersättning vid rådighetsinskränkningar kunde grundas direkt på RF 2:18.

HD accepterade således inte statens invändning om att ändamålssynpunkter skulle tillåtas inverka på tolkningen av RF 2:18, utan gjorde istället en strikt ordalydelsestolkning av bestämmelsen till förmån för den enskilde, som tillerkändes en rätt till ersättning. Domstolen har därmed även i detta fall gett uttryck för att rättighetsskyddet ska tolkas med tyngdpunkt på ordalydelsen och att eventuella begränsningar i det skydd som följer av ordalydelsen tydligt måste framgå av grundlagstexten. Ändamålsargument eller förarbetsuttalanden godtas inte som stöd för att tolka in underförstådda begränsningar i en rättighetsregel.

NJA 2012 s. 400 kom att handla om huruvida det skulle strida mot yttrandefriheten i RF 2:1 att döma den tilltalade i målet för barnpornografibrott med anledning av hans innehav av tecknade bilder, s.k. mangateckningar, med barnpornografiskt innehåll. I förarbetena till barnpornografibestämmelsen hade lagstiftaren gett uttryck för avsikten att även tecknade bilder skulle omfattas av straffbudet samt gjort bedömningen att en sådan kriminalisering inte stred mot yttrandefriheten. När HD tolkade barnpornografibestämmelsen i BrB 16:10a i ljuset av yttrandefriheten i RF 2:1 fann den emellertid, i motsats till lagstiftaren, att det skulle strida mot yttrandefriheten att fälla den tilltalade till ansvar för innehav av de aktuella teckningarna och han frikändes. Således gavs rättighetsskyddet en mer vidsträckt tolkning än den lagstiftaren gjort och effekten blev en gräns för hur långt en kriminalisering av barnpornografi kan sträcka sig givet den grundlagsskyddade yttrandefriheten.

¹³⁰ NJA 2014 s. 332 punkt 16.

¹³¹ NJA 2014 s. 332 punkt 17–18.

2.3.5 *Sammanfattning om tolkningen av rättighetskyddet i regeringsformen*

Vad som uttalas i förarbetena om att grundlag ska tolkas som vanlig lag säger inte så mycket om hur fri- och rättigheterna i regeringsformen ska tolkas, eftersom lagtolkning i allmänhet torde utgå från olika principer beroende på vilken lag det är fråga om.¹³² Sammanfattningsvis kan sägas att såväl rättspraxis som doktrin ger stöd för att rättighetskyddet som utgångspunkt bör tolkas med tyngdpunkt på ordalydelsen, generöst till förmån för den enskilde och att begränsningsmöjligheter bör utövas restriktivt. Vid en tydlig konflikt mellan lagtextens ordalydelse och någon annan rättskälla bör ordalydelsen ges företräde. Mer fristående ändamålsargument bör inte godtas som stöd för att snäva in rättighetskyddet. Att tolka grundlagens fri- och rättighetsreglering mot bakgrund av andra delar av rättsordningen på så sätt som Michanek förespråkar riskerar att äventyra normhierarkin samt kan leda till en inkonsekvent rättstillämpning där en och samma grundlagsregel ges olika betydelser i likartade situationer. Det finns av hänsyn till legalitetsprincipen goda skäl bakom att hålla sig till en relativt snäv tolkningsram på fri- och rättighetsområdet, som sätter gränser för vilka tolkningsargument och metoder som accepteras. Mot bakgrund av rättighetsreglernas huvudsakliga syfte, som är att bereda enskilda skydd, är det rimligt att tolkningen i möjligaste mån och inom ordalydelsen görs till förmån för den enskilde.

Eftersom reglerna i regeringsformens andra kapitel är vaga och öppnar för olika tolkningar kan det som redan framhållits vara svårt att göra en ren ordalydelse-tolkning av dem. Exempelvis är det inte allt som enligt rättigheternas ordalydelse framstår som en rättighetsbegränsning enligt RF 2:20 som faktiskt ska anses vara det.¹³³ I den rättspraxis som analyseras senare i uppsatsen är det som redan nämnts oklart om HD ansett att det varit fråga om rättighetsbegränsningar överhuvudtaget.¹³⁴ För att kunna utreda hur HD:s praxis förhåller sig till lagkravet i RF 2:20, som endast är tillämpligt på rättighetsbegränsningar, är det centralt att veta vad som avses med begränsning enligt RF 2:20.

¹³² Se ovan i avsnitt 2.3.1 och 2.3.2.

¹³³ Se Bull och Sterzel s. 91.

¹³⁴ NJA 1988 s. 586, NJA 2009 s. 776 och NJA 2018 s. 1051.

2.4 Vad utgör en rättighetsbegränsning enligt regeringsformen?

I förarbetena till regeringsformen gjordes försök att ange vad som utgör en rättighetsbegränsning. Lagstiftaren ville säga något om arten av de ingrepp i fri- och rättigheterna som är avsedda att träffas av de förbud som stadgas i regeringsformens andra kapitel.¹³⁵ Av förarbetena kan utläsas att det i huvudsak finns tre kriterier som har betydelse för bedömningen av huruvida en någonting utgör en rättighetsbegränsning. Dessa är skyddsområdet, syftet och sanktionen. På senare tid har ett annat kriterium kommit att utvecklas med stöd av modernare förarbeten, doktrin och JO-praxis. Det är kriteriet begränsningens effekt.¹³⁶ Samtliga av dessa kriterier förklaras närmare nedan i respektive delavsnitt.

Innan jag går in på de olika kriteriernas innebörd ska påpekas att de synes ha utvecklats och diskuterats främst med avseende på föreskrifter, vilket framstår som naturligt mot bakgrund av att tanken enligt RF 2:20 är att rättigheterna endast ska kunna begränsas genom lag. En rättighetsbegränsning kan emellertid ta olika former. Man kan tala om rättighetsbegränsande föreskrifter, men en rättighetsbegränsning kan också ske genom praktiskt handlande från myndigheter eller andra offentliga aktörer.¹³⁷ Det som är intressant för den här uppsatsen är främst förutsättningarna för att en åtgärd inom ramen för det allmännas praktiska agerande ska anses utgöra en rättighetsbegränsning.¹³⁸ Detta eftersom den rättspraxis som ska analyseras rör bedömningen av huruvida ett kroppsligt ingrepp eller frihetsberövande som vidtagits av en företrädare för det allmänna ska anses tillåtet eller inte. Om ett en sådan åtgärd utgör en rättighetsbegränsning är en förutsättning, för att den ska anses tillåten enligt regeringsformen, att åtgärden haft stöd i lag enligt RF 2:20. Min genomgång av kriterierna kommer med hänsyn till det nu sagda vara inriktad på hur de kan tillämpas när det är en åtgärd som ska bedömas och inte en föreskrift, vilket påverkar hur jag ser på kriterierna.

¹³⁵ SOU 1972:15 s. 104 och prop. 1975/76:209 s. 153.

¹³⁶ Bull och Sterzel s. 91 f. Beträffande effekten se även prop. 2005/06:11 s. 28 f.f. och JO 2007/08 s. 140–148, särskilt s. 148.

¹³⁷ Derlén m.fl. s. 279.

¹³⁸ Med åtgärd avses i detta avsnitt en åtgärd inom ramen för det allmännas praktiska agerande.

2.4.1 Skyddsområde

Med rättighetens skyddsområde menas de företeelser som anses falla inom dess betydelseområde, d.v.s. vad den skyddar.¹³⁹ Det krävs en tolkning av rättigheten för att avgöra dess skyddsområde.¹⁴⁰ Utgångspunkten får som framgått i föregående avsnitt anses vara att rättigheten bör tolkas generöst till förmån för den enskilde och med tyngdpunkt på ordalydelsen. Detta torde i regel innebära att en åtgärd som utifrån allmänt språkbruk ryms inom en rättighets ordalydelse också ska anses falla inom dess skyddsområde. I och med att rättighetsreglerna är vaga till sin utformning är det dock som redan framhållits inte alltid så enkelt att avgöra en rättighets skyddsområde enbart utifrån dess ordalydelse. Begrepp som frihetsberövande eller kroppsligt ingrepp kan avse olika saker.¹⁴¹

I propositionen till regeringsformens fri- och rättighetskapitel uttryckte justitieministern att en föreskrift som inte överhuvudtaget inte avser det område som skyddas av regeringsformens rättighetsreglering aldrig kan ses som en rättighetsbegränsning, även om den skulle ha betydelse för möjligheterna att faktiskt utnyttja någon av de grundlagsfästa fri- och rättigheterna.¹⁴² Det kan i vissa fall vara uppenbart att ett någonting faller utanför en rättighets skyddsområde, även om det i och för sig kan ha betydelse för utövandet av rättigheten i praktiken. Exempelvis anses inte regeln om högertrafik utgöra en begränsning av rörelsefriheten i RF 2:8 st. 2, trots att den faktiskt i viss utsträckning förhindrar möjligheten att röra sig fritt.¹⁴³ Utöver sådana mer eller mindre uppenbara exempel på sådant som faller utanför en rättighets skyddsområde finns det anledning att, särskilt när det gäller de relativa rättigheterna som ju är försedda med explicita begränsningsmöjligheter, vara försiktig med att tolka in implicita begränsningar.¹⁴⁴ Wennergren

¹³⁹ Bull och Sterzel, s. 91 och Enkvist och Gustafsson s. 18. Jfr dock Derlén m.fl. s. 260, som gör en uppdelning mellan en rättighets skyddsområde och dess tillämpningsområde. Utifrån denna uppdelning tar begreppet skyddsområde sikte på rättighetens icke- begränsningsbara kärna medan tillämpningsområdet inkluderar såväl kärnan som den del av rättigheten som kan begränsas.

¹⁴⁰ Enkvist och Gustafsson s. 18.

¹⁴¹ Jfr Enkvist s. 23.

¹⁴² Prop. 1975/76:209 s. 153.

¹⁴³ Bull och Sterzel s. 91.

¹⁴⁴ Cameron och Jonsson Cornell s. 731 och Wennergren s. 123. Jfr även vad som sagts ovan i avsnitt 2.3 om att tolkningsvis föra in begränsningar i en rättighetsregel i strid med dess ordalydelse.

framhåller att tolkningen vid bedömningen av om något är att anse som en tillåten begränsning bör ske till förmån för rättigheten. Det är enligt honom orimligt att med otydliga ändamålstolkningsmetoder begränsa en rättighets tillämpningsområde. Han anför att det inte bör vara möjligt att ta bort en rättighets legaldefinition för att få ett fungerande rättighetsbegrepp ur ett begränsningsperspektiv, då ett sådant förfaringsätt leder till att man kapar bort en viktig rättssäkerhetsgaranti i begränsningssammanhanget.¹⁴⁵ En sådan underförstådd begränsning där begränsningen åstadkoms genom en snäv tolkning av rättighetens skyddsområde som leder till att ett visst förfarande inte ska anses utgöra en begränsning, behöver ju inte följa de i RF 2:20-24 uppställda mekanismerna, som utgör viktiga garantier för att inte rättighetsskyddet ska bli illusoriskt.

2.4.2 Sanktion eller fysiskt tvång

Med sanktion avses kriminalisering av ett visst beteende.¹⁴⁶ Detta kriterium torde ta sikte på föreskrifter, eftersom en kriminalisering svårligen kan åstadkommas genom praktiskt agerande från det allmännas sida. Härav anser jag att sanktionskriteriet inte kan tillmätas någon avgörande betydelse såvitt gäller åtgärder i det allmännas praktiska verksamhet.

Sanktionskriteriet härleds från ett uttalande i förarbetena där det framhålls att grundlagsskyddet i första hand riktas mot förfaranden som innebär faktiskt fysiskt tvång eller kriminalisering.¹⁴⁷ När det gäller åtgärder istället för föreskrifter så skulle sanktionskriteriet därför kanske, med stöd av detta förarbetsuttalande, kunna översättas till ett tvångskriterium med innebörden att det faktum att en åtgärd innefattar fysiskt tvång får anses tala för att det är fråga om en rättighetsbegränsning.

2.4.3 Syfte eller naturligt led

I motiven till regeringsformens fri- och rättighetskapitel uttalade justitieministern att en föreskrift innebär en rättighetsbegränsning endast om det av föreskriften framgår uttryckligen eller underförstått att en rättighetsbegränsning är åsyftad eller ingår som ett naturligt

¹⁴⁵ Wennergren s. 123.

¹⁴⁶ Enkvist s. 90.

¹⁴⁷ SOU 1972:15 s. 104 och prop. 1975/76:209 s. 140.

led i regleringen.¹⁴⁸ Uttalandet har kritiserats i litteraturen.¹⁴⁹ Enkvist anser det är tveksamt om syftet bör kunna vara avgörande för huruvida någonting utgör en begränsning eller inte. Att låta syftet styra skulle nämligen innebära att man genom motiveringen till en lag skulle kunna kringgå rättighetsskyddet.¹⁵⁰ Åhman anser syftet med att ha ett grundlagsskydd för fri- och rättigheter förfelas om lagstiftaren hela tiden kan avgöra vad som är en begränsning. Hon anför också att grundlagens ordalydelse inte ger utrymme för en sådan snäv tolkning där hänsyn endast tas till förekomsten av sanktioner eller syftet bakom en regel.¹⁵¹

Det nyss nämnda förarbetsuttalandet tar uttryckligen sikte på föreskrifter men skulle även kunna appliceras på en åtgärd, vilket kan illustreras med följande exempel: om en lärare ingriper fysiskt mot en elev som han eller hon upplever som stökig, så skulle ingripandet kunna motiveras med att läraren inom ramen för sin tillsynsplikt velat upprätthålla ordningen i klassrummet. Lärarens syfte med ingripandet skulle alltså inte vara att inskränka elevens skydd mot påtvingade kroppsliga ingrepp enligt RF 2:6 st. 1, utan att utöva sin tillsynsplikt för att upprätthålla ordningen i klassrummet. Likväl kan ingripandet *de facto* innebära en inskränkning i elevens kroppsliga integritet.

Beträffande naturligt led kan sägas att det framstår som uppenbart att exempelvis ett frihetsberövande ingår som ett naturligt led i en åtgärd som innefattar ett frihetsberövande. Men ett sådant synsätt leder till ett cirkelresonemang där man måste gå till kriteriet skyddsområde för att avgöra vilken typ av åtgärder som omfattas av skyddet mot frihetsberövanden i RF 2:8. Utifrån det nu sagda är min uppfattning att kriteriet naturligt led får anses spela en begränsad roll när det handlar om ingrepp i de kroppsliga fri- och rättigheterna som sker genom det allmännas praktiska agerande. Oavsett hur man väljer att se på den saken står det klart att såväl en föreskrift som en åtgärd, oavsett vad dess syfte är,

¹⁴⁸ Prop. 1975/76:209 s. 154.

¹⁴⁹ Enkvist s. 91, Derlén m.fl. s. 279, särskilt not 91, Nergelius, 2018 s. 170 och Åhman, SvJT 100 år s. 470.

¹⁵⁰ Enkvist s. 91.

¹⁵¹ Åhman, SvJT 100 år s. 470.

kan ha en rättighetsbegränsande effekt. Detta leder oss in på det fjärde och sista kriteriet, åtgärdens effekt.

2.4.4 *Effekt*

Rättsläget idag kan beskrivas som så att den faktiska effekten på möjligheterna att utöva en grundlagsskyddad rättighet är en faktor som, utöver de kriterier som redogjorts för ovan, ska beaktas vid bedömningen av om någonting ska anses utgöra en rättighetsbegränsning eller inte.¹⁵²

I en proposition om införande av maskeringsförbud vid demonstrationer diskuterades vilken betydelse som kan tillmätas en bestämmelses syfte vid bedömningen av om den utgör en rättighetsbegränsning. I propositionen uttalades att syftet med det föreslagna maskeringsförbudet inte var att inskränka demonstrations- och mötesfriheterna, utan att upprätthålla ordning och säkerhet. Dock anfördes att förbudet var riktat just mot demonstrationer och möten på allmän plats, och att följden härav är att den som inte tar av sig sin maskering förvägras rätten att delta i mötet eller demonstrationen. Detta skulle i praktiken kunna innebära att förbudet blir rättighetsbegränsande. Regeringen landade därför i att förbudet skulle betraktas som en begränsning av mötes- och demonstrationsfriheten, även om syftet med den föreslagna regleringen inte var att begränsa dessa friheter.¹⁵³

Effektkriteriet innebär att en företeelse som vid en bedömning utifrån skyddsområdet, sanktionen och syftet inte anses utgöra en begränsning ändå kan anses vara rättighetsbegränsande med hänsyn till effekten.¹⁵⁴

2.4.5 *Sammanfattning – rättighetsbegränsning enligt regeringsformen*

Sammanfattningsvis kan sägas att de faktorer som ska beaktas vid bedömningen av om en åtgärd utgör en rättighetsbegränsning enligt regeringsformen är huruvida åtgärden ryms inom rättighetens skyddsområde, huruvida den innefattar fysiskt tvång, om dess syfte är att åstadkomma en rättighetsbegränsning alternativt om en rättighetsbegränsning

¹⁵² Bull och Sterzel s. 91 f. Jfr även prop. 2005/06:11 s. 28 ff. och JO 2007/08 s. 140 ff. särskilt s. 148. Se även Åhman, SvJT 100 år s. 470 och däri gjord hänvisning till prop. 2009/10:80 s. 250.

¹⁵³ Prop. 2005/06:11 s. 28 ff.

¹⁵⁴ Bull och Sterzel s. 92.

ingår som ett naturligt led i åtgärden. Hänsyn skall även tas till om åtgärden har en rättighetsbegränsande effekt. Även om utfallet vid en bedömning utifrån de tre första kriterierna blir att en viss åtgärd inte ska anses utgöra en rättighetsbegränsning kan åtgärdens rättighetsbegränsande effekt innebära att den ändå ska ses som en begränsning.¹⁵⁵

Kriterierna diskuteras i såväl förarbeten som doktrin främst med avseende på föreskrifter, och vilken betydelse de kan anses ha vid en bedömning av en åtgärd inom ramen för det allmännas praktiska handlande kan som redan antytts variera. Jag anser att skyddsområdet, huruvida åtgärden innefattat fysiskt tvång samt åtgärdens effekt är de kriterier som är de mest centrala när det är en åtgärd som ska bedömas. Särskilt om det är fråga om kroppsliga fri- och rättigheter så som skyddet mot påtvingat kroppsligt ingrepp i RF 2:6 st. 1 eller rörelsefriheten och skyddet mot frihetsberövanden i RF 2:8

Beträffande skyddsområdet förtjänar det att understrykas att det faktum vissa av rättigheterna har försetts med begränsningsmöjligheter i RF 2:20 kan anses tala för att man bör vara försiktig med att tolkningsvis föra in implicita begränsningar i skyddsområdet för dessa fri- och rättigheter. Ett huvudmotiv bakom lagkravet i RF 2:20 är som framhållits i det föregående att avvägningarna bakom en inskränkning i någon av fri- och rättigheterna ska tröskas genom en lagstiftningsprocess. Det är mot bakgrund härav orimligt att s.a.s. gå en genväg i rättstillämpningen och utifrån mer fristående ändamålsöverväganden snäva in en rättighets tillämpningsområde genom att tolka in underförstådda begränsningar.¹⁵⁶ Som redan framhållits är ett sådant förfarande svårförenligt med legalitetsprincipen, som RF 2:20 syftar till att realisera.¹⁵⁷

Kriteriet sanktion kan som redan nämnts svårligen appliceras på en åtgärd i det allmännas praktiska agerande. Syfteskriteriet bör enligt min mening inte tillmätas någon avgörande vikt. Detta eftersom det svårligen, efter att det väl konstaterats att en åtgärd ryms inom skyddsområdet för någon av rättigheterna, kan sägas att det inte är fråga om en inskränkning endast med hänsyn till åtgärdens syfte.

¹⁵⁵ Bull och Sterzel s. 92.

¹⁵⁶ Jfr Cameron och Jonsson Cornell s. 731 och Wennergren s. 123.

¹⁵⁷ Se ovan i avsnitt 2.3.2.

2.5 Sammanfattande kommentar om rättigheter och rättighetsbegränsningar

Huvudregeln är att enskilda gentemot det allmänna är skyddade mot ingrepp i de olika fri- och rättigheter som räknas upp i regeringsformens andra kapitel och i Europakonventionen. Flera av dessa rättigheter får inskränkas genom lag och enligt vissa andra särskilt angivna förutsättningar. Vid bedömningen av om en viss åtgärd som vidtagits inom ramen för det allmännas praktiska handlande utgör en tillåten rättighetsbegränsning enligt regeringsformen måste det först och främst fastställas om rättigheten överhuvudtaget får begränsas enligt RF 2:20. Nästa fråga som bör ställas är om åtgärden har stöd i lag. Är inte denna grundläggande förutsättning uppfylld är begränsningen otillåten.

Kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag får i allmänhet anses innebära dels ett krav på formellt stöd i lag stiftad av riksdagen, dels ett krav på att den lagen är tydlig och förutsebar avseende förutsättningarna rättighetsbegränsningen i fråga. Det sistnämnda är ett uttryck för kravets materiella sida, och härleds framförallt från Europakonventionen, men får av hänsyn till hur RF 2:20 kommit att tolkas i förarbeten och rättspraxis i huvudsak anses gälla även enligt regeringsformen.¹⁵⁸ Vidare innebär bästa skyddets princip att Europakonventionens lagkrav ska tillämpas i den mån det ger ett mer långtgående skydd mot rättighetsinskränkningar. Dessutom ska rättighetsskyddet i regeringsformen tolkas konventionskonformt. Av det följer att konventionens materiella krav måste vara uppfyllda vid begränsning av en rättighet som skyddas av både regeringsformen och Europakonventionen.

Lagkravet kan alltså sammanfattas så att det som i regel krävs för att begränsa en rättighet är ett direkt stöd i en av riksdagen stiftad lag. Indirekt lagstöd accepterats i princip inte som grund för rättighetsbegränsningar, främst av det skälet att det inte anses uppfylla tillräckliga krav på förutsebarhet och hinder mot godtycke. Om indirekt lagstöd godtogs som grund för rättighetsbegränsningar skulle det dessutom innebära att en del av de avvägningar som enligt RF 2:20 ska göras av riksdagen inom ramen för en lagstiftningsprocess lämpas över på en myndighet.

¹⁵⁸ Se ovan i avsnitt 2.2.1 angående SOU 1979:6, NJA 2005 s. 33 samt NJA 2016 s. 1165. Jfr även Derlén m.fl. s. 282.

En förutsättning för att lagkravet i RF 2:20 överhuvudtaget ska vara tillämpligt är det är fråga om en rättighetsbegränsning. Att avgöra vad som är en rättighetsbegränsning är dock inte alltid helt enkelt, det krävs en tolkning av relevanta regler i regeringsformen. Angående tolkningen kan sägas att det verkar råda viss enighet om att fri- och rättigheterna främst bör tolkas utifrån deras ordalydelse, och generöst till förmån för den enskilde. Begränsningsmöjligheter bör tolkas restriktivt. Ordalydelsen bör av hänsyn till legalitetsprincipen ges företräde vid en eventuell konflikt med någon annan rättskälla. Att låta innehållet i vanlig lagstiftning styra tillämpningen av en grundlagsregel är orimligt med hänsyn till normhierarkin. Reduktionsslut på en rättighetsregel till nackdel för den enskilde kan svårligen accepteras, det bör inte vara möjligt att alltför lättvindigt komma bort från rättighetsskyddet genom att tolkningsvis lägga in underförstådda begränsningar i en rättighets skyddsområde. Mycket tyder också på att det är så rättighetsreglerna har tolkats i rättspraxis på senare år, men detta verkar som vi ska se inte gälla helt undantagslöst.

Samtidigt som utgångspunkten synes vara en generös tolkning till den enskildes förmån är rättigheterna, till följd av att de är resultatet av politiska kompromisser, vaga till sin utformning. Därför är de ofta öppna för olika tolkningar vilket medför att det är tveksamt om det ens går att göra en ren bokstavstolkning av en rättighetsregel. Begrepp som ”kroppsligt ingrepp” och ”rörelsefrihet” eller för den delen ”begränsning” kan betyda olika saker, och tolkning krävs för att fastställa innebörden. Även om tolkningen som utgångspunkt göras till förmån för den enskilde, är det kanske oundvikligt att tolkningen ibland leder till att en företeelse som synes falla inom en rättighets skyddsområde ändå inte ska anses utgöra en begränsning. Vid bedömningen av om en åtgärd utgör en rättighetsbegränsning ska kriterierna skyddsområde, fysiskt tvång, syfte samt effekt beaktas.

Trots att RF 2:20 innebär att åtgärder som kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden inte får vidtas av det allmänna utan stöd i lag har HD öppnat upp för att sådana ingripanden kan anses tillåtna med hänvisning till *oskrivna regler* om social adekvans.¹⁵⁹ Förståelsen av hur tillämpningen av social adekvans som grund för kroppsliga ingrepp och

¹⁵⁹ NJA 1988 s. 586, NJA 2009 s. 776 samt NJA 2018 s. 1051.

frihetsberövanden inom det allmännas verksamhet förhåller sig till rättighetsskyddet, behövs en redogörelse för vad som menas med oskrivna regler om social adekvans. I nästa avsnitt lämnar jag därför den konstitutionella rättens arena för en stund och utreder begreppet social adekvans ur ett straffrättsligt perspektiv.

3 Social adekvans inom straffrätten

Åtgärder som vidtas av det allmänna och som innefattar kroppsliga ingrepp eller frihetsberövanden kan som framgått i det föregående utgöra rättighetsbegränsningar, men de kan samtidigt utgöra straffbelagda gärningar. Straffrätten kan sägas ha en viss koppling till rättighetsskyddet, såtillvida att vissa straffbestämmelser fungerar som en garanti för upprätthållandet av den enskildes grundlagsskyddade fri- och rättigheter. Exempelvis fungerar bestämmelsen i BrB 4:2 om olaga frihetsberövande som ett skydd för den enskilde mot godtyckliga frihetsberövanden från det allmännas sida.¹⁶⁰ BrB 4:2 utgör dock ett straffrättsligt skydd mot frihetsberövanden, till skillnad från RF 2:8 som är ett konstitutionellt skydd. För att ett frihetsberövande som utgör en rättighetsbegränsning ska anses tillåtet enligt regeringsformen, krävs enligt RF 2:20 att frihetsberövandet haft stöd i lag. Bedömningen av om en rättighetsbegränsning är tillåten enligt regeringsformen skiljer sig dock åt från bedömningen av om en gärning är straffrättsligt tillåten.

Straffrättsligt gäller att en gärning som i och för sig uppfyller rekvisiten i ett straffbud kan anses tillåten med hänvisning till någon s.k. ansvarsfrihetsgrund. Inom straffrätten finns såväl skrivna som oskrivna ansvarsfrihetsgrunder. De skrivna framgår ibland direkt av enskilda straffbestämmelser, så är fallet exempelvis när det gäller förtal enligt BrB 5:1. Andra ansvarsfrihetsgrunder finns i BrB 24 kap. där bl.a. ansvarsfrihet vid nöd- och nödvärn regleras. Gemensamt för dessa ansvarsfrihetsgrunder är att de gör en annars straffbelagd, eller med andra ord otillåten, gärning tillåten.¹⁶¹ Vid sidan av de skrivna ansvarsfrihetsgrunderna finns oskrivna ansvarsfrihetsgrunder, som brukar gå under benämningen

¹⁶⁰ Nilsson, Lexino, Kommentar till BrB 4:2, avsnitt 2.3.

¹⁶¹ Ågren m.fl. s. 85.

social adekvans. Likt de lagstadgade ansvarsfrihetsgrunderna innebär social adekvans en möjlighet att anse att en annars otillåten gärning är tillåten.¹⁶²

Det finns olika sätt att se på social adekvans. Som vi ska se i detta avsnitt i benämns fenomenet stundom som en lära, stundom som en princip, ibland kallas det oskriven regel och ibland talas det om flera oskrivna regler. Kortfattat kan social adekvans sägas innebära en möjlighet för domstolen att frikänna från ansvar, trots att gärningen tekniskt sett ryms inom ett straffbud och utan att någon lagstadgad ansvarsfrihetsgrund är tillämplig. Det handlar alltså om ett avsteg från lagen till förmån för oskrivna regler. I doktrinen har det påståtts att tillämpningen av social adekvans inte strider mot legalitetsprincipen eftersom resultatet av tillämpningen inte utfaller till nackdel för den enskilde.¹⁶³ Med det menas att den individ som begått gärningen undgår ett straffrättsligt ingripande.

I den straffrättsliga litteraturen verkar det råda enighet om att social adekvans är en benämning för slutsatsen att en gärning är tillåten av vissa skäl, trots att den formellt sett träffas av ett straffbud. Annorlunda uttryckt kan en gärning betecknas som socialadekvat, om den är tillåten därför att en oskriven undantagsregel är tillämplig.¹⁶⁴ Det handlar om situationer då det uppstår en konflikt mellan det straffskyddade intresset och något annat intresse, och där det andra intresset bör ges företräde. När det gäller hur tillämpningen av social adekvans ska gå till är det svårare att hitta en rak linje i doktrinen. Det har hävdats att ansvarsfrihet på grund av social adekvans vissa fall kan åstadkommas vid gärningsculpabedömningen eller genom en tolkning som resulterar i ett reduktionsslut på straffbestämmelsen, medan det i andra fall anses krävas en uttrycklig hänvisning till oskrivna undantagsregler.¹⁶⁵

Jag är mot bakgrund av uppsatsens syfte främst intresserad av att undersöka hur social adekvans fungerar i situationer där straffskyddet så att säga sammanfaller med det konstitutionella rättighetsskyddet. Problematiskt i sammanhanget är att såväl de förarbeten som den rättspraxis och litteratur som behandlar social adekvans främst är inriktade på

¹⁶² Ågren m.fl. s. 85 f.

¹⁶³ A.a. s. 86.

¹⁶⁴ Jareborg, 2001, s. 290 f.

¹⁶⁵ Se Jareborg, 1984, s. 248 och 290 samt kap. 10, Jareborg, 2001, s. 290 f., Strahl s. 407 f., Svensson s. 404 ff., Ågren m.fl. s. 85 ff.

straffrätten. Inom ramen för denna framställning finns inte utrymme för en fullständig utredning av social adekvans ur ett straffrättsligt perspektiv, men för att förstå hur tillämpningen av social adekvans i NJA 1988 s. 586, NJA 2009 s. 776 och NJA 2018 s. 1051 förhåller sig till det konstitutionella regelverket krävs viss kunskap om vad som menas med social adekvans. I detta avsnitt utreder jag därför hur fenomenet har hanterats rent straffrättsligt i förarbeten och rättspraxis.

3.1 Social adekvans enligt förarbetena

Utrymmet för oskrivna ansvarsfrihetsgrunder i straffrättstillämpningen har behandlats i en statlig utredning som rörde de straffrättsliga ansvarsfrihetsgrundernas förhållande till legalitetsprincipen.¹⁶⁶ I direktiven till utredarna anförde justitieministern att det är oundvikligt att det uppstår situationer där ett handlande uppfyller rekvisiten i ett straffbud, men där det skulle framstå som uppenbart opåkallat eller direkt olämpligt att döma till ansvar. Ministern framhöll att det därför inte går att komma ifrån att man måste överlämna åt rättstillämpningen att utveckla en praxis som innebär att ansvarsfrihet medges i sådana fall. Han gav dock uttryck för uppfattningen att det med hänsyn till legalitetsprincipen vore fördelaktigt om det fanns lagstöd för denna form av ansvarsfrihet.¹⁶⁷

Utredarna anförde i likhet med justitieministern att det är ofrånkomligt att man måste överlåta åt rättstillämpningen att i vissa fall medge ansvarsfrihet utan stöd i lag. Detta eftersom alla situationer omöjlig kan förutses av lagstiftaren samtidigt som sociala värderingar kan medföra att ej tidigare förutsedda intressekollisioner uppstår som kräver att ansvarsfrihetsgrunderna justeras eller utvidgas. Utredarna framhöll att det i huvudsak rör sig om fall där det uppstår en intressekonflikt mellan det straffskyddade intresset och något annat intresse, och där det andra intresset av någon anledning bör ges företräde. Det handlar om gärningar som täcks av ett straffbud men som inte rimligen kan vara avsedda att träffas av straffbudet i fråga.¹⁶⁸ Den form av oskrivna grunder för ansvarsfrihet som

¹⁶⁶ SOU 1988:7.

¹⁶⁷ A. bet. s. 33 samt däri gjord hänvisning till dir. 1983:43.

¹⁶⁸ A. bet. s. 33 och 128 f.

diskuterades i utredningen synes ha innefattat sådana situationer som i den straffrättsliga litteraturen gått under benämningen social adekvans.¹⁶⁹

Utredarna betonade att det inte kan anses förenligt med de tankar som ligger bakom legalitetsprincipen att överlåta åt domstolar att utan stöd i lag göra intresseavvägningar av detta slag och utifrån en sådan avvägning medge ansvarsfrihet när det i det enskilda fallet förefaller lämpligt. Mot bakgrund av detta landade de i att det vore bra om det fanns lagstöd för sådana undantagssituationer, och utredde därför om dessa situationer kunde kodifieras i en lagstadgad ansvarsfrihetsgrund. Det skulle i sådant fall bli fråga om en slags generalklausul för ansvarsfrihet vid intressekonflikter. Det visade sig dock svårt att hitta någon bra utformning för en sådan regel. Risker är stor att man hamnar i cirkelresonemang som gör lagtexten innehållslös, och en generalklausul av det aktuella slaget skulle dessutom riskera att öppna upp för missbruk. Utredarna avstod därför från att lägga fram ett förslag till kodifiering, men framhöll att det även fortsättningsvis kommer finnas situationer i rättstillämpningen då intressekollisioner uppstår där ansvarsfrihet ska gälla.¹⁷⁰ Av hänsyn legalitetsprincipen underströk utredarna att domstolarna bör iaktta största försiktighet när det gäller att tillämpa oskrivna ansvarsfrihetsgrunder.¹⁷¹

Mot bakgrund av det ovan sagda kan lagstiftaren sägas ha överlämnat åt rättstillämpningen att under vissa förutsättningar fria från ansvar trots att ett frikännande skulle strida mot lagtexten.¹⁷² Detta eftersom alla situationer där det kan uppstå en intressekollision i vilken något annat intresse än det straffskyddade bör ges företräde omöjligt kan förutses av lagstiftaren. Om så hade varit fallet hade lagstiftaren kunnat införa en lagstadgad ansvarsfrihetsgrund för varje sådan intressekollision, och i sådant fall hade det saknats anledning att överlämna åt rättstillämpningen att ibland medge ansvarsfrihet utan stöd i lag.

¹⁶⁹ Jfr a. bet. s. 131.

¹⁷⁰ A. bet. s. 128 ff.

¹⁷¹ A. bet. s. 129.

¹⁷² Jfr justitieministern, om att det är ofrånkomligt att man måste överlämna åt rättstillämpningen att ibland medge ansvarsfrihet även när ett handlande uppfyller rekvisiten i ett straffbud. Se även utredarnas slutsats om att det i fortsättningen kommer finnas situationer då intressekollisioner uppstår där ansvarsfrihet ska gälla trots att det saknas en lagstadgad ansvarsfrihetsgrund. A. bet. s. 130 samt s. 33 och däri gjord hänvisning till dir. 1983:43.

Utifrån vad som sägs i utredningen och dess direktiv bör tillämpningen av oskrivna ansvarsfrihetsgrunder komma i fråga i situationer där det framstår som opåkallat eller direkt olämpligt att döma till ansvar, eller annorlunda uttryckt där en gärning som formellt sett täcks av ett straffbud inte rimligen kan vara avsedd att träffas av straffbudet i fråga.

3.2 Social adekvans i rättspraxis

Det har tidigare inte varit så frekvent förekommande att HD hänvisar till social adekvans i sina avgöranden.¹⁷³ Detta kan kanske förklaras med att domstolarna historiskt sett har varit försiktiga med att tillämpa sådana principer som inte har direkt stöd i lag.¹⁷⁴ På senare tid har emellertid HD i ett flertal fall gjort uttryckliga hänvisningar till social adekvans.¹⁷⁵ Rättspraxis är dock ganska svår att tolka, eftersom begreppet inte används helt konsekvent. Social adekvans benämns i HD:s praxis om vartannat som ”oskrivna regler” eller ”en princip”, det har även kallats ”en lära” och ”en allmän undantagsregel”. 2018 kom emellertid två avgöranden där HD utvecklade det principiella resonemanget kring social adekvans, vilket har bidragit till att tydliggöra hur HD ser på begreppet. I det följande analyserar HD:s praxis i syfte att ta reda på vad som avses med social adekvans. Eftersom jag är intresserad av hur HD resonerar kring social adekvans i de olika målen presenteras och kommenteras de vart och ett för sig i respektive delavsnitt.

3.2.1 Social adekvans vid religiöst eller kulturellt motiverad omskärelse

I NJA 1997 s. 636 stod en person åtalad för att ha omskurit flera pojkar utan att använda bedövning, ett förfarande som enligt HD uppfyllde rekvisiten för misshandel i BrB 3:5. Barnens föräldrar hade samtyckt till åtgärderna i fråga. HD diskuterade det faktum att giltigt samtycke kan befria från ansvar enligt den lagstadgade ansvarsfrihetsgrunden för samtycke i BrB 24:7. I förhållande till misshandel anses regeln dock normalt bara kunna grunda ansvarsfrihet om misshandeln varit av sådan grad att den, om inte samtycke hade funnits, skulle ha varit att betrakta som ringa. I det aktuella fallet ansågs de skador som

¹⁷³ Svensson s. 398.

¹⁷⁴ Jfr a. bet. s. 33.

¹⁷⁵ NJA 1997 s. 636, NJA 2009 s. 776, NJA 2014 s. 808, NJA 2015 s. 45, NJA 2018 s. 591 och NJA 2018 s. 1051. 2015 års fall kommer inte att beröras i det följande. I avgörandet konstaterade HD kortfattat att ansvarsfrihet med hänvisning till social adekvans inte kunde medges i det aktuella fallet.

pojkbarn åsamkats genom omskärelserna för allvarliga för att ansvarsfrihet skulle kunna medges med stöd av BrB 24:7.

HD diskuterade även om den tilltalade kunde gå fri från ansvar på någon annan grund. Domstolen konstaterade med hänvisning till bl.a. SOU 1988:7, att det kan finnas ett utrymme för ansvarsfrihet med stöd av oskrivna regler när det föreligger en intressekollision mellan ett straffskyddat intresse och något annat intresse som bör sättas före. HD anförde att omskärelse förekommer av religiösa, hygieniska eller medicinska skäl, att religiöst motiverad omskärelse förekommit länge i Sverige samt att antalet muslimer ökat i Sverige på senare år vilket innebär att det måste antas ha blivit vanligare med religiöst motiverad omskärelse. HD framhöll att det ofta krävs samtycke för att en gärning ska anses socialadekvat och fastslog sedan att det får ”anses att omskärelse av religiösa skäl i och för sig uppfyller kriteriet social adekvans och därför, om samtycke föreligger, bör kunna medföra frihet från ansvar trots att handlandet annars skulle vara att bedöma som misshandel”.¹⁷⁶

Att ställa upp en princip med innebörden att det endast är omskärelse under bedövning som kan anses tillåten torde enligt HD leda till att ingreppen i praktiken endast kan utföras av hälso- och sjukvårdspersonal. Detta skulle enligt domstolen skulle kunna innebära ett brott mot ”hittillsvarande traditioner bland såväl judar som muslimer”, och mot bakgrund härav fastslog HD att det inte kunde krävas att ingreppet skett under bedövning för att en omskärelse ska anses socialt adekvat. Dock ansågs att en förutsättning för social adekvans vid omskärelse av pojkar utan bedövning vara att pojkbarn inte får utsättas för alltför stor smärta vid ingreppet. Domstolen uttryckte att det i kravet på social adekvans måste läggas in ett villkor med innebörden att ingreppet ska utföras på sådant sätt att barnet inte utsätts för onödigt smärta eller hälsorisker på grund av förhållandena vid omskärelsen. Villkoret ”alltför stor smärta” torde alltså avse onödigt smärta eller hälsorisker. I det aktuella fallet var det inte bevisat att ingreppen hade orsakat barnen sådan smärta och åtalet ogillades.¹⁷⁷

Resonemanget som föregår HD:s slutsats, att gärningen är socialadekvat, bygger på att det enligt HD finns ett intresse med hänvisning till bl.a. religiösa traditioner, av att tillåta

¹⁷⁶ NJA 1997 s. 636 s. 6.

¹⁷⁷ NJA 1997 s. 636 s. 6 f.

gärningen. Under vissa förutsättningar bör detta intresse sättas före det straffskyddade intresset. Att gärningen anses socialadekvat synes således vara en slutsats utifrån den intresseavvägning som utfaller till förmån för intresset av att tillåta gärningen. HD formulerar en slags regel som under vissa förutsättningar kan grunda ansvarsfrihet vid just omskärelse av pojkar som sker utan bedövning. Det verkar alltså vara fråga om en specifik oskriven regel vars tillämpning är begränsad till en viss falltyp.

3.2.2 Social adekvans vid lärares användning av våld eller tvång mot elever i skolan
I NJA 2009 s. 776, som behandlas utförligt nedan i avsnitt 4, fastslog HD under rubriken ”Ansvarsfrihet utan lagstöd (social adekvans)” att det finns ett utrymme för ansvarsfrihet när lärare vidtar kroppsliga ingrepp i form av lindrigare våld eller tvång mot elever, som uppfyller rekvisiten i en straffbestämmelse. Gränsen för vad som härvid kan anses tillåtet måste enligt domstolen dras med hänsyn till närmare omständigheter i det enskilda fallet.¹⁷⁸ HD hänvisar som stöd för att ett sådant utrymme skulle finnas till ett tidigare avgörande, NJA 1988 s. 586, där social adekvans inte nämns överhuvudtaget.

Några uttalanden om vad som menas med social adekvans görs inte heller i 2009 års fall och begreppet förekommer inte i domskälen förutom i den nyss nämnda rubriken. HD ger dock i båda fallen uttryck för att det finns ett intresse av att lärare inom ramen för tillsynsplikten ska kunna tillgripa ett visst mått av våld eller tvång mot en elev, och att detta intresse ibland kan sättas före vissa straffskyddade intressen. Det verkar följaktligen även i dessa fall röra sig om uppställandet av en oskriven regel för ansvarsfrihet i en viss falltyp, som grundas på utfallet i en specifik intressekonflikt.

3.2.3 Social adekvans vid förtal inom ramen för utbildningsverksamhet
I målet NJA 2014 s. 808 stod två studenter åtalade för förtal efter att i en uppsats ha lämnat vissa nedsättande uppgifter om en person. HD bedömde att några av uppgifterna utgjorde förtal i teknisk mening, men ställde sig frågan om de tilltalade ändå kunde undgå ansvar på någon grund. Domstolen redogjorde för den ansvarsfrihetsgrund som finns inbyggd i BrB 5:1 st. 2 och som innebär att en uppgift som utgör förtal enligt BrB 5:1 st. 1 inte ska leda till straffansvar om lämnandet av uppgiften var försvarligt och uppgiften var sann

¹⁷⁸ NJA 2009 s. 776 s. 14 f.

eller uppgiftslämnaren hade skälig grund för den. Därtill framhöll HD att det framgår av förarbetena att uppgifter som lämnats till en mindre krets av närstående ska kunna bedömas som tillåtna även om det saknas skälig grund för dem.¹⁷⁹

Domstolen anförde därtill att den ”oskrivna undantagsregel som i den straffrättsliga litteraturen behandlas under rubriken social adekvans” bör beaktas när det gäller gränsen för vad som utgör en straffbar gärning.¹⁸⁰ Vidare uttalades att ”[a]nsvarsfrihet enligt principen om social adekvans kan aktualiseras beträffande situationer där det framstår som orimligt eller oavsiktligt att ett straffrättsligt ingripande sker”.¹⁸¹ HD anförde med hänvisning till straffrättslig doktrin att det utöver de nyss nämnda ansvarsfrihetsgrunderna finns ett utrymme för att tillämpa en oskriven ansvarsfrihetsgrund med hänvisning till social adekvans avseende gärningar som utgör förtal.¹⁸² I den doktrin HD hänvisar till framhålls att ansvarsfrihetsgrundande undantag kan tänkas föreligga vid förtal trots att uppgiftslämnaren saknat skälig grund för uppgiften, förutsatt att uppgiften lämnats i ett visst syfte. Som exempel på sådana syften anges härvid att motverka ryktesspridning, framställa en dementi, påtala missförhållanden m.m.¹⁸³ HD konstaterade att uppgifterna i det förevarande fallet inte lämnats i något sådant syfte, men att det ändå kunde finnas skäl för ansvarsfrihet med hänvisning till att det måste finnas utrymme för misstag i utbildningssituationer. I det aktuella fallet ansåg domstolen dock att ”undantagsregeln om ansvarsfrihet till följd av social adekvans” inte kunde leda till ansvarsfrihet.¹⁸⁴

Två justitieråd var skiljaktiga ville frikänna de tilltalade trots att det saknades skälig grund för vissa av uppgifterna. Som stöd för detta anförde justitieråden att felaktigheten i uppgifterna var av mindre betydelse för den bild av målsäganden som målades upp i uppsatsen samt att en sådan felaktighet får tolereras mot bakgrund av det sammanhang

¹⁷⁹ Jfr prop. 1962:10 del B s. 144 f.

¹⁸⁰ NJA 2014 s. 808 punkt 24.

¹⁸¹ A. st.

¹⁸² NJA 2014 s. 808 punkt 22–24. och däri gjorda hänvisningar till Asp m.fl., 2010, s. 280 f. samt Jareborg och Friberg s. 77.

¹⁸³ Jareborg och Friberg s. 77.

¹⁸⁴ NJA 2014 s. 808 punkt 25–26.

vari den lämnats.¹⁸⁵ Majoriteten och minoriteten förefaller ha varit överens om att det under vissa förutsättningar *kan* bli aktuellt att medge ansvarsfrihet utan lagstöd vid förtal, med hänvisning till att det bör finnas utrymme för misstag inom ramen för en utbildningssituation. Mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet ansåg dock majoriteten att ansvarsfrihet inte kunde komma i fråga.¹⁸⁶

I tidigare fall där HD hänvisat till social adekvans verkar som framgått i det föregående ansvarsfriheten ha byggts på att domstolen identifierat en specifik intressekonflikt, bedömt att något annat intresse bör sättas före det straffskyddade intresset och att gärningen därmed kan anses socialadekvat. Därefter har domstolen diskuterat de närmare förutsättningarna för ansvarsfrihet vid den aktuella falltypen. I förevarande fall talar HD istället om *en oskriven regel* eller *princip* om social adekvans. Domstolens formuleringar tyder i det närmaste på att social adekvans betraktas som en allmän princip.¹⁸⁷

Värt att notera i sammanhanget är att lagstiftaren i förarbetena till förtalsbestämmelsen uppmärksammade att det är särskilt vanligt att intressekollisioner uppstår i förhållande till förtal som brottstyp. Därför infördes den uttryckliga ansvarsfrihetsgrunden i förtalsbestämmelsen, som är avsedd ta sikte på uppgifter som lämnats för att tillgodose ett berättigat allmänt eller enskilt intresse.¹⁸⁸ Utöver de situationer som täcks in av denna ansvarsfrihetsgrund menade lagstiftaren att ansvarsfrihet ofta bör gälla även för uppgifter som uppgiftslämnaren saknat skälig grund för, förutsatt att uppgifterna endast lämnats till familj eller andra närstående med liten risk för spridning.¹⁸⁹ Lagstiftaren kan således sägas ha beaktat att olika intressekonflikter kan komma att uppstå mellan skyddet mot förtal och andra allmänna eller enskilda intressen, och dragit en gräns mellan vad som med hänsyn till detta bör anses tillåtet respektive straffbart. Som framgått i det föregående synes det vara förutsatt i förarbetena att de fall där domstolar måste frikänna utan stöd i

¹⁸⁵ NJA 2014 s. 808 s. 22.

¹⁸⁶ NJA 2014 s. 808 punkt 25–26.

¹⁸⁷ NJA 2014 s. 808 punkt 24.

¹⁸⁸ Prop. 1962:10 del B s. 144.

¹⁸⁹ Prop. 1962:10 del B s. 144 f.

lag rör intressekonflikter som lagstiftaren inte har förutsett. Dessutom betonas att domstolarna bör iakttäta stor försiktighet med att tillämpa oskrivna ansvarsfrihetsgrunder.¹⁹⁰ I förarbetena till brottsbalken framgår att lagstiftaren förutsett potentiella intressekonflikter mellan kriminaliseringen av förtal och det faktum att uppgifter kan ha lämnats för att tillgodose olika allmänna eller enskilda intressen. Lagstiftaren får sägas ha tagit ställning till hur dessa potentiella intressekonflikter ska hanteras, genom att etablera dels en skreven ansvarsfrihetsgrund i BrB 5:1 st. 2, dels en oskriven, som kan utläsas av förarbetena. Det kan mot bakgrund av det nu sagda ifrågasättas om det kan anses motiverat att en domstol etablerar en ny ansvarsfrihetsgrund i förhållande till förtal.

3.2.4 En lära om social adekvans och om social adekvans vid tacklingar och fysisk kontakt i samband med idrottsutövning

Förra året utvecklade HD i NJA 2018 s. 591 och NJA 2018 s. 1051 resonemanget kring social adekvans. Domstolen förde i båda fallen samma principiella resonemang kring social adekvans på ett straffrättsligt plan, och jag nöjer mig därför här med att redogöra för det förstnämnda fallet. Det senare presenteras nedan i avsnitt 4.

Bakgrunden till NJA 2018 s. 591 var att en hockeyspelare åtalats för misshandel enligt BrB 3:5 efter att ha utdelat ett kraftigt slag med klubban, en s.k. cross-checking, som träffade nacken på en motspelare varvid denne åsamkades smärta. Rekvisiten för misshandel bedömdes vara uppfyllda och frågan i målet kom att bli huruvida cross-checkingen skulle anses tillåten med stöd av allmänna regler om samtycke och social adekvans.¹⁹¹ HD konstaterade att det vid sidan av de uttryckliga ansvarsfrihetsgrunderna i BrB 24 kap. finns ett utrymme för att bedöma en gärning som tillåten med stöd av oskrivna regler om social adekvans.¹⁹² Sambandet mellan social adekvans och ansvarsfrihetsgrunden samtycke i BrB 24:7 berördes, HD uttalade att samtycke från den utsatte inte sällan är en förutsättning för att viss typ av gärning ska kunna bedömas som socialadekvat.¹⁹³

Att en gärning är socialadekvat kan enligt HD anses innebära att den är tillåten även när tillåtligheten inte låter sig förklaras med vedertagna tolkningsmetoder eller skrivna

¹⁹⁰ Se ovan i avsnitt 3.1.

¹⁹¹ NJA 2018 s. 591 punkt 1–2 och 27.

¹⁹² NJA 2018 s. 591 punkt 9.

¹⁹³ NJA 2018 s. 591 punkt 16.

undantagsregler. Det handlar om en grupp av icke-lagreglerade undantagsfall, och social adekvans är i den meningen snarare en slutsats (att gärningen är tillåten) än ett skäl för denna slutsats. Domstolen ansåg att dessa undantagsfall har så mycket gemensamt att det går att tala om en lära om social adekvans. De har gemensamt att det på något sätt finns ett samhällseligt intresse av att gärningen ska vara tillåten.¹⁹⁴ Läran om social adekvans bygger på vad som från samhällselig synpunkt kan anses önskvärt eller tolerabelt. Det rör sig, till skillnad från de i lag reglerade och typiserade ansvarsfrihetsgrunderna i t.ex. BrB 24 kap., om intressekollisioner som lagstiftaren inte tagit ställning till hur de ska hanteras. På grund av risken för att det straffrättsliga systemet blir godtyckligt bör läran tillämpas med viss återhållsamhet.¹⁹⁵

HD framhöll att en lära om social adekvans bara behövs för de fall då ansvarsfriheten inte kan förklaras på annat sätt. Därmed saknar social adekvans betydelse när uttryckliga undantagsregler kan grunda ansvarsfrihet eller då rättstillämparen med hjälp av vedertagna tolkningsmetoder kan komma fram till att en viss straffbestämmelse inte ska tillämpas i ett fall som i och för sig omfattas av dess ordalydelse.¹⁹⁶ I nästa punkt hävdade domstolen emellertid, något motsägelsefullt, att det i vissa fall är mer naturligt att se social adekvans som ett sätt att reducera tillämpningsområdet för en straffbestämmelse, men att det oftast går att se social adekvans som en allmän undantagsregel vid sidan om de enskilda straffbestämmelserna. Det sistnämnda innebär som jag förstår det att straffbestämmelsen i och för sig bedöms vara tillämplig men att domstolen uttryckligen tillämpar en slags oskriven undantagsregel för ansvarsfrihet, medan det förstnämnda synes avse en tolkning av straffbestämmelsen som leder fram till ett reduktionsslut. Vilket synsätt som anläggs saknar enligt HD praktisk betydelse eftersom utfallet blir detsamma, att gärningen är tillåten.¹⁹⁷

Domstolen diskuterade sedan uppställandet av en regel om ansvarsfrihet för vissa straffbelagda gärningar som begås inom ramen för idrottsutövning. Slutsatsen blev härvid

¹⁹⁴ NJA 2018 s. 591 punkt 10.

¹⁹⁵ NJA 2018 s. 591 punkt 11.

¹⁹⁶ NJA 2018 s. 591 punkt 12.

¹⁹⁷ NJA 2018 s. 591 punkt 13.

att tillåtligheten av sådana gärningar ska kunna grundas på en ”särskild för idrotten tillskapad undantagsregel, som ytterst bygger på det samhälleliga intresset av idrottsutövning”.¹⁹⁸ HD formulerade sedan en regel om social adekvans vid tacklingar och annan fysisk kontakt inom ishockey och liknande idrotter, och försökte då ange några utgångspunkter för gränsdragningen mellan vad som inom ramen för denna falltyp kan anses tillåtet och inte.¹⁹⁹ Cross-checkingen i det aktuella fallet ansågs, utifrån den undantagsregel som domstolen sålunda ställt upp, ha gått utöver vad som kan anses tillåtet med hänvisning social adekvans och den tilltalade dömdes.²⁰⁰

I det här målet uttalade HD för första gången att det går att tala om en lära om social adekvans. Läran bygger enligt domstolen på att det finns en intressekonflikt som lagstiftaren inte har tagit ställning till hur den ska lösas, där att intresset av att tillåta gärningen måste sättas före det straffskyddade intresset. Intresset av att tillåta gärningen bygger på vad som kan anses önskvärt eller tolerabelt från samhällelig synpunkt. Liksom i vissa av de tidigare fallen argumenterade domstolen för varför intresset av att tillåta den aktuella gärningen ibland måste ges företräde framför det straffskyddade intresset. Därefter formulerades en regel med de närmare förutsättningarna för att en gärning ska kunna anses socialadekvat och därmed tillåten inom ramen för den aktuella falltypen.

3.3 Sammanfattande kommentar om social adekvans inom straffrätten

3.3.1 Vad menas med social adekvans?

Som framgått i det föregående finns det olika sätt att se på social adekvans. Men även om social adekvans kan framstå som ett otydligt begrepp, finns det som HD framhåller i NJA 2018 s. 591, vissa saker som de fall som går under benämningen social adekvans har gemensamt. Utifrån förarbeten och rättspraxis har jag identifierat att social adekvans bygger på följande faktorer:

- Det finns en intressekollision mellan det straffskyddade intresset och ett samhälleligt intresse av att gärningen ska anses tillåten, där det senare bör ges företräde.

¹⁹⁸ NJA 2018 s. 591 punkt 17–19.

¹⁹⁹ NJA 2018 s. 591 punkt 20–26.

²⁰⁰ NJA 2018 s. 591 punkt 29.

- Intresset av att tillåta gärningen bygger på att den från samhällelig synpunkt kan anses önskvärd eller tolerabel. Detta kan även uttryckas så att gärningen inte rimligen kan vara avsedd att träffas av ett straffbud.
- Lagstiftaren har inte förutsett och/eller tagit ställning till hur intressekollisionen i fråga ska hanteras.
- Tillåtligheten kan inte förklaras på annat sätt, exempelvis genom en hänvisning till uttryckliga undantagsregler eller genom att rättstillämparen med hjälp av vedertagna tolkningsmetoder kommer fram till att en viss straffbestämmelse inte ska tillämpas i ett fall som i och för sig omfattas av dess ordalydelse.
- Inte sällan förutsätts samtycke för att en gärning ska anses socialadekvat.
- Läran om social adekvans bör tillämpas med viss återhållsamhet.

I rättspraxis synes tillämpningen av social adekvans i huvudsak ha gått till så att domstolen identifierat en viss intressekonflikt och angett skälen för att den aktuella gärningstypen ibland måste anses tillåten. Därefter har domstolen formulerat en slags undantagsregel för den aktuella falltypen, innehållandes de närmare förutsättningarna för att gärningen ska anses socialadekvat och därmed tillåten. Denna regel har därefter applicerats i det specifika fallet, och bedömningen har antingen kunnat utfalla i att gärningen ska anses tillåten, eller att den gått utöver gränsen för vad som kan anses tillåtet.

3.3.2 *En intressekonflikt som lagstiftaren inte har tagit ställning till?*

Utifrån såväl förarbeten som rättspraxis förefaller en förutsättning för att social adekvans överhuvudtaget ska aktualiseras vara att det uppstår en intressekonflikt som lagstiftaren inte har förutsett och/eller tagit ställning hur den ska hanteras. Av förarbetena framgår att själva anledningen till att det anses ofrånkomligt att överlämna åt rättstillämpningen att ibland fria med hänvisning till oskrivna ansvarsfrihetsgrunder, är att alla situationer omöjligt kan förutses av lagstiftaren.

Exakt vad som krävs för att lagstiftaren ska anses ha gjort ett ställningstagande i detta avseende framstår som oklart. Klart är emellertid att det faktum att tillämpningen av

oskrivna ansvarsfrihetsgrunder inte kan anses förenlig med tankarna bakom legalitetsprincipen medför att restriktivitet är påkallad.²⁰¹ Noteras kan att detta i förarbetena uttrycks så att domstolar bör iaktta *största försiktighet* när det gäller att tillämpa oskrivna ansvarsfrihetsgrunder, medan HD uttalade i NJA 2018 s. 591 att social adekvans bör tillämpas med en *viss återhållsamhet*. I NJA 2018 s. 1051, som behandlas nedan i avsnitt 4.3, uttryckte HD att social adekvans bör tillämpas med en *viss återhållsamhet*, mot bakgrund av att det rör sig om en intressekonflikt som lagstiftaren inte har tagit ställning till hur den ska hanteras.²⁰²

Hänsyn till legalitetsprincipen medför således att oskrivna ansvarsfrihetsgrunder bör tillämpas restriktivt. Detta talar enligt min mening för att social adekvans bara bör tillgripas i fall där det framstår som tämligen klart att lagstiftaren inte gjort något ställningstagande i förhållande till den intressekonflikt som aktualiseras. Ytterst handlar det om att uttolka vad lagstiftaren kan anses ha förutsett eller tagit ställning till, en tolkningsoperation som försvåras av det faktum att det rör sig om områden där det saknas lagstiftning. Kan frånvaro av lagstiftning kring en viss företeelse tolkas som att lagstiftaren inte tagit ställning till hur en eventuell konflikt mellan ett visst straffskyddat intresse och intresset av att tillåta företeelsen i fråga ska lösas? Som framgått i avsnitt 3.2.3 verkar det faktum att lagstiftaren förutsett och tagit ställning i potentiella konflikter mellan en viss straffbestämmelse och olika allmänna eller enskilda intressen, inte anses tillräckligt för att utesluta en tillämpning av social adekvans²⁰³

3.3.3 Tillämpningen utfaller till förmån för den enskilde – för vilken enskild?

Som redan nämnts har det påståtts i doktrinen att tillämpningen av social adekvans inte strider mot legalitetsprincipen eftersom den inte utfaller till nackdel för den enskilde.²⁰⁴ Jag skulle snarare vilja formulera det som att tillämpningen av social adekvans inte ses som så problematisk utifrån de rättssäkerhetstankar som bär upp legalitetsprincipen, i och

²⁰¹ A. bet. s. 129, NJA 2018 s. 591 punkt 11 och NJA 2018 s. 1051 punkt 14.

²⁰² Se föregående not.

²⁰³ Jfr NJA 2014 s. 808 och vad som sagts ovan i avsnitt 3.2.3 angående ställningstagande från lagstiftaren avseende potentiella intressekonflikter i förhållande till kriminaliseringen av förtal.

²⁰⁴ Ågren m.fl. s. 86.

med att den utfaller till förmån för den enskilde. Annorlunda uttryckt är det lättare att acceptera avsteg från legalitetsprincipen när det inte är till nackdel för den individ som maktutövningen riktas mot. Även ett sådant synsätt kan dock problematiseras.

När en domstol dömer i ett enskilt fall utövar den offentlig makt, även om dömandet resulterar i en frikännande dom.²⁰⁵ Att den tilltalade frikänns innebär att maktutövningen utfaller till förmån för denne. På andra sidan finns dock, åtminstone vid vissa brottstyper, en eller flera målsägande som ofta kan antas ha ett intresse av att gärningen inte ska anses tillåten. I NJA 1997 s. 636 var det fråga om barn som utsatts för smärtsamma ingrepp. Att barn eventuellt skulle ha ett skyddsvärt intresse av att inte utsättas för sådana ingrepp är ingenting som ägnas någon större uppmärksamhet i domskälen. Fokus ligger istället på argumenten bakom intresset av att tillåta gärningen. Det är alltså värt att ha i åtanke att eventuella målsägande också är enskilda som i någon mån blir föremål för offentlig maktutövning genom rättskipning och att en tillämpning av social adekvans som leder till att den tilltalade går fri svårligen kan ses som förmånlig för dem.

I situationer där den straffbelagda gärningen förutom att vara otillåten rent straffrättsligt också utgör en rättighetsbegränsning, tillkommer en ytterligare dimension till den nu beskrivna problematiken. Det kan exempelvis handla om ett frihetsberövande som vidtas av en företrädare för det allmänna gentemot en enskild. I en sådan situation aktualiseras, utöver frågan om åtgärden kan anses tillåten rent straffrättsligt, också frågan om åtgärden utgör en tillåten rättighetsbegränsning enligt regeringsformen och Europakonventionen. Det kan svårligen sägas att tillämpningen av social adekvans utfaller till förmån för den enskilde om den som frias från ansvar på grund av social adekvans har begått gärningen inom ramen för sin roll som företrädare för det allmänna, samtidigt som det på andra sidan av intressekonflikten står en enskild individ som fått någon av sina grundlagsskyddade rättigheter kränkta. För att en rättighetsbegränsande åtgärd som vidtagits av det allmänna ska anses tillåten enligt regeringsformen och Europakonventionen krävs dessutom att åtgärden haft stöd i lag. Trots detta har HD slagit fast att det finns ett visst utrymme

²⁰⁵ Jfr Derlén m.fl. s. 78.

för tillämpning av social adekvans som grund för ansvarsfrihet vid frihetsberövanden eller kroppsliga ingrepp som vidtagits inom ramen för det allmännas verksamhet.²⁰⁶

Den situation som nu beskrivits är komplex eftersom den spänner över två rättsområden där olika aktörers intressen hanteras på olika sätt. Vid en jämförelse mellan förutsättningarna för att en rättighetsbegränsning ska anses tillåten och de förutsättningar för ansvarsfrihet med hänvisning till social adekvans som diskuterats i detta avsnitt, blir det tydligt att bedömningen av om en företeelse är tillåten rent straffrättsligt ser annorlunda ut än bedömningen av om en rättighetsbegränsning är tillåten.²⁰⁷ Dessa två bedömningar kan dock inte separeras helt.²⁰⁸ Grundlagsfrågor aktualiseras ofta på detta sätt i situationer som har sin grund i en ”vanlig” rättsregel.²⁰⁹ På i princip vilket rättsområde som helst kan till synes oskyldiga frågor innehålla konstitutionella aspekter, så som frågor om fri- och rättigheter.²¹⁰ Därför behöver rättstillämparen i förekommande fall ta hänsyn till hur olika frågeställningar förhåller sig till rättighetsskyddet, och utifrån detta ta ställning till hur situationen ska lösas. I nästa avsnitt presenterar jag tre fall där HD ställts inför att hantera förhållandet mellan det konstitutionella rättighetsskyddet och tillämpningen av social adekvans inom ramen för en straffprocess.

4 Social adekvans som grund för rättighetsbegränsningar?

HD har i tre avgöranden ställts inför att hantera förhållandet mellan det konstitutionella rättighetsskyddet och tillämpningen av straffrättsliga ansvarsfrihetsgrunder som saknar stöd i lag. I NJA 1988 s. 586 fastslog HD att finns ett utrymme för lärare att utan stöd i lag ingripa fysiskt mot skolelever inom ramen för lärares tillsynsplikt. I NJA 2009 s. 776 bekräftade HD att existensen av detta utrymme men lade till etiketten ”social adekvans”. I slutet av 2018 kom avgörandet NJA 2018 s. 1051, som rörde situationen att en sjukskö-

²⁰⁶ NJA 1988 s. 586, NJA 2009 s. 776 samt NJA 2018 s. 1051.

²⁰⁷ Se ovan i avsnitt 2 angående förutsättningarna för att begränsa en rättighet.

²⁰⁸ Vilket HD uppmärksammar i NJA 2018 s. 1051 punkt 17. Jfr även vad som anfördes i inledningen till detta avsnitt om att vissa straffbestämmelser fungerar som ett skydd för rättighetsinskränkningar i praktiken.

²⁰⁹ Derlén m.fl. s. 38.

²¹⁰ A. st.

terska vid ett kommunalt vård- och omsorgsboende låst in en av de boende i dennes bostadsrum genom att blockera dörren med en fåtölj. I målet fastslog HD att det trots avsaknad av lagstöd måste finnas ett visst utrymme för att anse att ett frihetsberövande eller kroppsligt ingrepp som sker inom ramen för det allmännas verksamhet är tillåtet med hänvisning till oskrivna regler om social adekvans.

Liksom i föregående avsnitt behandlas fallen vart och ett för sig under respektive delavsnitt, eftersom jag är intresserad av hur HD resonerar kring rättighetsskydd och social adekvans i de olika målen. Jag vill dock erinra om att fallen har vissa saker gemensamt som är värda att notera. De som utsatts för gärningarna i samtliga av fallen är barn respektive en äldre, demenssjuk person. De åtalade gärningarna har ägt rum i skolor respektive på ett vård- och omsorgsboende, som samtliga bedrivits i det allmännas regi. De tilltalade i målen är företrädare för det allmänna och har vid gärningstillfället agerat inom ramen för denna roll. Värt att lyfta fram i sammanhanget är att social adekvans skyddar den som utför en viss gärning från ett straffingripande, medan rättighetsskyddet syftar till att skydda enskilda mot vissa former av ingripanden från det allmännas sida.

4.1 Det icke-lagreglerade utrymmet för lärare att ingripa fysiskt mot elever

4.1.1 Bakgrund

Målet NJA 1988 s. 586 handlade om en lärares ingripande mot en elev i samband med att några elever kastat äpplen i skolans kapprum. Läraren upplevde eleven i fråga som stökig och uppmanade honom därför att följa med till rektorsexpeditionen. När eleven inte efterkom uppmaningen tog läraren tag om hans nacke och föste honom mot expeditionen. Läraren åtalades på grund av nackgreppet för misshandel enligt BrB 3:5 och frågan i HD kom att bli om ingripandet kunde godtas med hänvisning till lärares tillsynsplikt eller om läraren skulle fällas till ansvar för misshandel.

Vid tidpunkten för avgörandet reglerades lärares tillsynsplikt inte i lag, utan framgick av den dåvarande skolförordningen (1971:235) 14:10. Där föreskrevs att lärare hade till uppgift att vaka över elevernas uppförande och ordning under lektioner och raster. Det fanns ingen lagregel, vid sidan om ansvarsfrihetsgrunderna för nöd- och nödvärn, som gav lärare rätt att ingripa fysiskt mot elever.

4.1.2 Om utrymmet för lärare att utan stöd i lag ingripa fysiskt mot elever

RÅ anförde i HD att regeringsformens skydd mot påtvingat kroppsligt ingrepp, RF 2:6, måste beaktas i en situation som den förevarande. Han anförde att kravet på lagstöd för rättighetsbegränsningar i RF 2:12 (numera RF 2:20) innebär att det måste vara uteslutet för en lärare att utan stöd i lag vidta en åtgärd som omfattas av skyddet mot påtvingat kroppsligt ingrepp.²¹¹ RÅ hänvisade härvid till polisutredningens betänkande, där lagkravet ansetts innebära att inskränkningar på annan grund än lag i princip inte godtas.²¹² Mot bakgrund av det sagda menade RÅ att lärare inte har någon större rätt att tillgripa våld än medborgare i allmänhet, och att en rätt att vidta kroppsliga ingrepp därför inte kunde stödjas på lärares tillsynsplikt. Istället hävdade han att utrymmet för en lärare att utöva våld mot elever är begränsat till sådant som BrBs regler om nöd- och nödvärn ger stöd för, och att alla former av våld från en lärares sida utöver sådant som är tillåtet enligt dessa regler i princip är förbjudna.²¹³

HD nämnde överhuvudtaget inte regeringsformen i sitt avgörande. Domstolen konstaterade att lärarens ingripande skett i en situation då ordningen i skolan var påtagligt störd. Ingripandet som sådant ansågs inte ha varit obefogat utan hade enligt HD stått väl i överensstämmelse med lärares tillsynsplikt enligt skolförordningen 14:10. Betydelsen av att aga varit förbjudet i skolan sedan 1958 berördes, men domstolens slutsats blev att det trots förbudet mot aga måste finnas ett visst utrymme för en lärare att vidta ett kroppsligt ingrepp mot en elev även utanför nöd- och nödvärnssituationer. Detta utrymme formulerades av domstolen på följande sätt:

”[d]et får förutsättas att en lärare vid utövning av sin tillsynsplikt inte kan vara avskuren från varje möjlighet till kroppsligt ingrepp mot en elev även då det inte är fråga om en nödvärns- eller nödsituation. Var gränsen för det tillåtna i så fall skall dras är osäkert och måste ytterst bli föremål för en bedömning med hänsyn till samtliga närmare omständigheter i det enskilda fallet.”²¹⁴

²¹¹ NJA 1988 s. 586 s. 3 f.

²¹² NJA 1988 s. 586 s. 3 f. och däri gjord hänvisning till SOU 1979:6 s. 293.

²¹³ NJA 1988 s. 586 s. 4.

²¹⁴ NJA 1988 s. 586 s. 6.

4.1.3 *Bedömningen i det specifika fallet*

HD ansåg att lärarens agerande uppfyllde rekvisiten för misshandel enligt BrB 3:5 och bedömde att det inte varit fråga om en nöd- eller nödvärnssituation. Domstolen anförde att ett agerande från en lärare mot en elev som utgör misshandel mot bakgrund av lagstiftarens inställning till äga aldrig anses försvarligt. Läraren kunde därför inte gå fri från ansvar. Domstolen uttalade dock att det inte synes uteslutet att vissa lindrigare förfaranden som i och för sig skulle kunna betecknas som ”våld” enligt bestämmelsen om olaga tvång i BrB 4:4 eller ”handgripligen antastar” enligt bestämmelsen om ofredande i BrB 4:7, ibland kan anses befogade.²¹⁵

4.1.4 *Kommentarer och slutsatser*

I fallet fastslår HD att det trots avsaknad av lagstöd finns ett utrymme för en lärare att ingripa fysiskt mot en elev inom ramen för sin tillsynsplikt. Gränsen för vad som är tillåtet måste dras med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet. Vad domstolen hade för inställning i frågan om hur lärarens ingripande förhöll sig till skyddet mot kroppsligt ingrepp i regeringsformen, framgår inte av domskälen eftersom rättighetsskyddet inte berördes överhuvudtaget. Det får sägas vara något anmärkningsvärt att HD, trots RÅ:s anförande om betydelsen av lagkravet i regeringsformen, inte ens diskuterade frågan.

Möjligen kan det faktum att domstolen inte resonerade kring rättighetsskyddet tolkas som att domstolen ansåg att det var uppenbart att det inte var fråga om någon rättighetsbegränsning.²¹⁶ En alternativ förklaring till frånvaron av resonemang kring rättighetsskyddet kan möjligen vara att rättighetsskyddet vid tidpunkten för avgörandet fortfarande hade en något undanskymd roll i rättstillämpningen. I ljuset av att rättsutvecklingen på senare tid gått mot att rättigheter ges konkret genomslag i rättstillämpningen kan det ifrågasättas vilket prejudikatvärde avgörandet egentligen bör tillmätas idag.²¹⁷

²¹⁵ NJA 1988 s. 586 s. 6.

²¹⁶ Jfr Enkvist och Gustafsson s. 32.

²¹⁷ Se ovan i avsnitt 1.1. Jfr även NJA 2018 s. 753 punkt 22. I fallet fastslog HD att en slutsats som dragits i tidigare rättspraxis, om att egendomsskyddet RF 2:15 inte skulle ha någon inverkan vid tillämpningen av fastighetsbildningslagen, fick anses överspelad mot bakgrund av att utvecklingen gått mot att RF 2:15 ges ett konkret genomslag i rättstillämpningen.

Social adekvans nämns inte i avgörandet, men HD kan ändå sägas ge uttryck för uppfattningen att det kan uppkomma en intressekollision mellan lärares tillsynsplikt och vissa straffbestämmelser som förbjuder lindrigare våld eller tvång, samt att intresset av att läraren ska kunna utöva sin tillsynsplikt ibland måste ges företräde i en sådan situation. Fallet har kommit att få betydelse för frågor om social adekvans genom HD:s hänvisningar till det i senare praxis, bland annat i de två avgöranden som presenteras härnäst.

4.2 Utrymmet för lärare att utan stöd i lag vidta kroppsliga ingrepp mot elever med hänvisning till social adekvans

4.2.1 Bakgrund

I NJA 2009 s. 776 stod en lärare och en elevassistent vid en kommunal skola åtalade för olaga frihetsberövande och misshandel efter att ha gjort vissa ingripanden mot elever. Enligt den första åtalspunkten hade läraren bitt en elev som varit i bråk med en annan elev i skolkorridoren under en rast att gå ut. När eleven inte gjorde som han blivit tillsagd fördes han av läraren till en toalett och stängdes in, varefter han trycktes upp i ett hörn, lades eller drogs ned på golvet medan elevassistenten och läraren satt grensle över respektive bredvid honom. Eleven fick sina armar fasthållna och elevassistenten ska samtidigt ha uppmanat honom att lyda och sagt att han inte skulle släppas ut förrän han löd. Enligt den andra åtalspunkten hade elevassistenten gjort sig skyldig till misshandel då han kastat eller tryckt in snö i ansiktet på en elev som en reaktion på att denne kastat en snöboll på honom. Som en motreaktion mot denna ”mulning” ska eleven ha gått till angrepp mot elevassistenten varpå elevassistenten lade ner honom på marken två gånger.²¹⁸

4.2.2 Om rättighetskyddet i regeringsformen

HD inledde med att nämna förbudet mot kroppsstraff i RF 2:5 och skyddet mot påtvingat kroppsligt ingrepp i RF 2:6 samt konstaterade att det senare får begränsas genom lag enligt RF 2:12 (numera 2:20), medan det förra är absolut. Huruvida någon av de åtgärder som lärarna vidtagit skulle anses utgöra begränsningar av någon av dessa rättigheter ut-

²¹⁸ NJA 2009 s. 776 s. 13

reddes inte närmare. Domstolen anförde dock att det är angeläget att lagstiftaren i samband med regleringen av allmänna verksamheter, så som skolan, tar klar ställning till frågan om tillåtligheten av kroppsliga ingrepp och vid behov inför uttryckliga regler om detta. Därefter konstaterades att det inte fanns något lagstöd som, varken direkt eller tolkningsvis, kunde anses ge stöd för att använda våld och tvång på så sätt som skett.²¹⁹

4.2.3 Ansvarsfrihet – med eller utan lagstöd

Efter dessa korta påpekanden kring rättighetsskyddet i regeringsformen gick HD över till att diskutera huruvida lärarna kunde hållas straffrättsligt ansvariga för sina gärningar. HD ansåg att gärningarna under den första åtalspunkten uppfyllde rekvisiten för olaga frihetsberövande respektive misshandel, BrB 4:2 och 3:5. Mulningen under den andra åtalspunkten bedömdes uppfylla rekvisiten för ringa misshandel enligt BrB 3:5. När elevassistenten lagt ner en elev på marken två gånger i samband med att eleven gått till angrepp mot honom efter den s.k. mulningen, ansågs han ha befunnit sig i en nödvärnssituation och därmed haft rätt att försvara sig. De övriga situationer som var föremål för prövning i målet ansågs däremot inte falla in under någon lagstadgad ansvarsfrihetsgrund och domstolen gick därför vidare till att diskutera oskrivna ansvarsfrihetsgrunder.²²⁰

Under rubriken ”Ansvarsfrihet utan lagstöd (social adekvans)” utreddes utrymmet för lärare att utanför nöd- och nödvärnssituationer tillgripa våld eller tvång mot elever.²²¹ Domstolen framhöll att det före att den nuvarande regeringsformen trädde i kraft ansågs finnas ett utrymme för att i en del situationer vid myndighetsutövning använda ett visst mått av våld eller tvång utan lagstöd. Det uppmärksammades att det har hävdats att regeringsformens andra kapitel innebär att påtvingade kroppsliga ingrepp numera alltid skulle kräva stöd i lag.²²² Trots detta nöjde sig HD med att hänvisa till NJA 1988 s. 586 och vad som sagts där om att en lärare inom ramen för tillsynsplikten inte kan anses avskuren från varje möjlighet till kroppsligt ingrepp. Domstolen anförde att en lärares ingripande mot

²¹⁹ NJA 2009 s. 776 s. 13 f.

²²⁰ NJA 2009 s. 776 s. 14 f.

²²¹ NJA 2009 s. 776 s. 14.

²²² NJA 2009 s. 776 s. 15.

elever inom det icke-lagreglerade utrymmet, i likhet med alla ingripanden från det allmänna, måste begränsas genom behovs- och proportionalitetsprinciperna. Dessutom måste, mot bakgrund av bristen på uttryckligt lagstöd, utrymmet för lärare att vidta kroppsliga ingrepp mot elever anses klart begränsat.²²³

4.2.4 *Bedömningen i det specifika fallet*

Efter att ha fastslagit de utgångspunkter som redogjorts för ovan förefaller HD ha gjort en prövning av de tilltalades gärningar mot behovs- och proportionalitetsprinciperna. Gällande den första åtalpunkten landade domstolen i att det på grund av ordningsskäl i och för sig får anses ha varit befogat för skolpersonalen att ingripa. Mulningen däremot framstod som en ren bestraffning, men domstolen menade att elevassistentens uppgifter möjligen kunde tolkas så att hans avsikt med ingripandet varit att få eleven att följa skolans ordningsregler. Slutligen konstaterades dock att samtliga av ingripandena stått i missförhållande till deras syften, och att de tilltalade kunde därmed inte gå fria från ansvar.²²⁴ Det hela föll således på att ingripandena inte ansågs proportionerliga, och inte på att det saknats lagstöd för dem.

4.2.5 *Kommentarer och slutsatser*

HD bekräftar här sin tidigare praxis om att det finns ett utrymme för lärare att utan lagstöd vidta kroppsliga ingrepp inom ramen för tillsynsplikten. Det faktum att lagstöd saknas beaktas dock av domstolen på så sätt att den uttalar att utrymmet för kroppsliga ingrepp med stöd av lärares tillsynsplikt får anses vara klart begränsat mot bakgrund av bristen på lagstöd. Begreppet social adekvans förekommer inte i domskälens löptext. Mot eftersom det nämns i rubriken till det avsnitt där HD slår fast att det finns ett utrymme för ansvarsfrihet utan lagstöd ligger det dock nära till hands att tolka det som att HD menar att detta utrymme utgör ett sådant oskrivet undantag som kan sorteras in under benämningen social adekvans.

I och med att frågan om *vad* som utgör en rättighetsbegränsning inte berörs i domskälen är det inte helt klart om HD kanske menar att det icke-lagreglerade utrymmet för lärare

²²³ NJA 2009 s. 776 s. 15.

²²⁴ NJA 2009 s. 776 s. 15.

att vidta kroppsliga ingrepp mot elever inte omfattar kroppsliga ingrepp som utgör rättighetsbegränsningar. Alternativet är annars att tolka avgörandet som att HD anser att det finns ett utrymme för lärare att vidta ett kroppsligt ingrepp som utgör en rättighetsbegränsning, vilket i så fall skulle innebära ett avsteg från kravet på lagstöd i RF 2:20. Hur det förhåller sig med den saken utreds närmare nedan i avsnitt 5.1.

Slutligen kan det noteras att Europakonventionen överhuvudtaget inte nämns i avgörandet. I konventionen skyddas den kroppsliga integriteten under art. 8.²²⁵ Det hade enligt min mening varit önskvärt att domstolen åtminstone inom ramen för en konventionskonform tolkning av regeringsformen, hade diskuterat konventionen och innebörden av dess krav på att rättighetsinskränkningar ska ha stöd i lag, men så skedde alltså inte.

4.3 Social adekvans som grund för kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden inom ramen för det allmännas verksamhet

4.3.1 Bakgrund

I målet NJA 2018 s. 1051 stod en sjuksköterska vid ett kommunalt vård- och omsorgsboende åtalad för att ha låst in en kvinna som bodde på boendet i hennes bostadsrum. Kvinnan led av demenssjukdom och ska vid tillfället ha varit utåtagerande och orolig.²²⁶ Sjuksköterskan blockerade dörren till hennes rum genom att sätta en fåtölj framför den och sedan sätta sig i fåtöljen under en viss tid. Kvinnan ska under tiden hon varit instängd ha sagt flera gånger att hon ville komma ut, bankat på insidan av dörren samt försökt ta sig ut med våld.²²⁷ Frågorna i HD var dels om frihetsberövandet skulle anses tillåtet med stöd av oskrivna regler om social adekvans, dels om den tilltalade haft erforderligt uppsåt.²²⁸ Det är främst den förstnämnda frågan som har relevans i förhållande till syftet med denna uppsats. Uppsåtsbedömningen är visserligen intressant, inte minst ur ett straffrättsligt perspektiv, men kommer av utrymmesskäl endast att beröras kortfattat i det följande.

²²⁵ Derlén m.fl. s. 310.

²²⁶ NJA 2018 s. 1051 punkt 2 och 30.

²²⁷ NJA 2018 s. 1051 punkt 3.

²²⁸ NJA 2018 s. 1051 punkt 1.

4.3.2 *Olaga frihetsberövande enligt brottsbalken?*

HD konstaterade inledningsvis att ett typexempel på ett frihetsberövande enligt BrB 4:2 är att någon låses in i ett rum, och ansåg därmed att det stod klart att den åtalade gärningen utgjorde ett frihetsberövande.²²⁹ Domstolen diskuterade sedan de straffrättsliga förutsättningarna för att ett frihetsberövande ska anses tillåtet. Enligt förarbetena är det förutsatt att ansvar för olaga frihetsberövande inte ska komma i fråga när det finns laga stöd för ett frihetsberövande. Ett sådant stöd kan finnas i straffprocessuell lagstiftning eller i reglerna om t.ex. nöd i BrB 24 kap., men också för frihetsberövanden som måste anses tillåtna med hänvisning till läran om social adekvans.²³⁰

Att ett frihetsberövande på detta sätt kan vara tillåtet framgår inte av något särskilt brottsrekvisit utan återspeglas i själva brottsrubriceringen ("olaga").²³¹ HD ansåg att det saknar betydelse från praktisk synpunkt om man anlägger synsättet att frihetsberövanden som sker "med stöd av rättsordningen" överhuvudtaget inte omfattas av tillämpningsområdet för BrB 4:2 eller om man anser att de i och för sig omfattas av straffbudet men undantas genom vid sidan av detta uppställda grunder för tillåtlighet.²³²

4.3.3 *Om lagreglerade och oskrivna ansvarsfrihetsgrunder*

HD ställde sig därefter frågan om det fanns några författningsreglerade ansvarsfrihetsgrunder för den aktuella typen av frihetsberövanden, men konstaterade att det saknas särskilda regler om frihetsberövanden vid vård- och omsorgsboenden. Domstolen noterade att förslag har lämnats som inte har lett till någon lagstiftning.²³³

HD betonade att de allmänna ansvarsfrihetsgrunderna i BrB 24 kap. är tillämpliga även i situationer som den nu aktuella, och framhöll att det vid sidan av de lagstadgade ansvarsfrihetsgrunderna finns ett utrymme för att bedöma en annars otillåten gärning som

²²⁹ NJA 2018 s. 1051 punkt 6–7 och 31.

²³⁰ NJA 2018 s. 1051 punkt 8.

²³¹ NJA 2018 s. 1051 punkt 9.

²³² NJA 2018 s. 1051 punkt 9.

²³³ NJA 2018 s. 1051 punkt 10 och däri gjorda hänvisningar till SOU 1984:64 och SOU 2006:110.

tillåten med stöd av oskrivna regler om social adekvans.²³⁴ Som redan nämnts förde domstolen samma principiella resonemang kring social adekvans här, som den gjorde i NJA 2018 s. 591.²³⁵ Sammanfattningsvis anförde HD att det rör sig om en konflikt mellan det straffskyddade intresset och något samhällligt intresse som bygger på vad som från samhälllig synpunkt kan anses önskvärt eller tolerabelt. Lagstiftaren har inte tagit ställning till hur denna intressekonflikt ska hanteras, och social adekvans bör därför tillämpas återhållsamt till undvikande av att det straffrättsliga systemet blir godtyckligt.²³⁶

HD ansåg att det i vård- och omsorgssituationer men också i andra situationer där ett tillsyns- och omsorgsansvar aktualiseras, t.ex. situationer som lärare och föräldrar kan befinna sig i, kan finnas ett visst utrymme för att med stöd av oskrivna regler om social adekvans vidta gärningar som i och för sig uppfyller rekvisiten för en straffbelagd gärning. Som stöd härför hänvisade HD till NJA 1988 s. 586 och NJA 2009 s. 776. Domstolen anförde att social adekvans kan vara av betydelse för tillåtligheten av gärningar som innefattar mer begränsade intrång i någons kroppsliga integritet, så som ett agerande som i och för sig utgör olaga tvång eller ofredande. HD anförde därutöver att det är tydligt att social adekvans kan ha betydelse även i förhållande till gärningar som avser frihetsberövanden. Enligt domstolen måste det i vissa situationer vara tillåtet att använda mildare former av tvång. Vid en bedömning av vad som är tillåtet kan det ha betydelse om åtgärden riktar sig mot en person som är förvirrad eller på annat sätt inte är beslutskapabel.²³⁷

4.3.4 Betydelsen av rättighetsskyddet i regeringsformen och Europakonventionen

När det gäller frihetsberövanden som vidtas av det allmänna måste enligt HD, liksom när det allmänna vidtar andra åtgärder som innefattar tvång, regeringsformens regler om fri-

²³⁴ NJA 2018 s. 1051 punkt 11 och 13 samt däri gjorde hänvisningar till NJA 1997 s. 636, NJA 2009 s. 776, NJA 2014 s. 808, NJA 2018 s. 591 samt SOU 1988:7 s. 130 ff.

²³⁵ Se ovan i avsnitt 3.2.4.

²³⁶ NJA 2018 s. 1051 punkt 14 med hänvisningar till NJA 2018 s. 591 punkt 11–12.

²³⁷ NJA 2018 s. 1051 punkt 15–16.

och rättigheter och motsvarande regler i bl.a. Europakonventionen beaktas vid bedömningen av vad som är tillåtet.²³⁸ HD redogjorde härvid för RF 2:8 och RF 2:20, som innebär att var och en gentemot det allmänna är skyddad mot frihetsberövanden som inte har stöd i lag. En hänvisning gjordes också till EKMR art. 5 samt till RF 2:21.

Därefter ställde sig domstolen den intressanta frågan om regleringen i regeringsformen utesluter att en av det allmänna företagen gärning som innefattar ett frihetsberövande bedöms som tillåten med stöd av oskrivna undantagsregler, eftersom åtgärden ju i sådant fall inte har stöd i lag. Domstolen framhöll med hänvisning till RF 2:6 att motsvarande fråga gör sig gällande även beträffande bl.a. påtvingade kroppsliga ingrepp inom ramen för det allmännas verksamhet.²³⁹ HD anförde med hänvisning till dess egen praxis att det trots regleringen i regeringsformen finns ett visst utrymme för tillämpning av oskrivna regler om social adekvans även när det gäller kroppsliga ingrepp eller frihetsberövanden som sker inom ramen för det allmännas verksamhet.²⁴⁰ En motsatt tolkning skulle enligt HD såvitt gäller vård- och omsorgsområdet, innebära att det allmännas möjligheter att ge fullgod tillsyn och omsorg till demenssjuka skulle vara mer begränsade än anhörigas möjligheter härtill. En sådan ordning kan enligt domstolen varken vara avsedd eller motive-rad. Istället menade HD att de aktuella reglerna i regeringsformen närmast måste läsas mot bakgrund av att det allmänna i princip har ett våldsmonopol. Domstolen uttalade att stadgandena inte kan förstås så att det allmänna skulle vara förhindrat att vidta sådana åtgärder som är eller – för det fall det allmännas verksamhet saknar en direkt motsvarighet i det privata – under jämförbara förhållanden skulle vara tillåtna för en enskild att vidta.²⁴¹ HD slog sedan fast att det finns ett visst utrymme för att bedöma ett frihetsberövande i det allmännas verksamhet som tillåtet med stöd av oskrivna regler om social adekvans. Dock framhölls att detta utrymme med hänsyn till regleringen i regeringsformen, är begränsat. HD anförde med hänvisning till RF 2:21 att en förutsättning för tillåtlighet är att gärningen står i överensstämmelse med behovs- och proportionalitetsprinciperna.²⁴²

²³⁸ NJA 2018 s. 1051 punkt 17.

²³⁹ NJA 2018 s. 1051 punkt 20.

²⁴⁰ NJA 2018 s. 1051 punkt 21, där HD hänvisar till NJA 2009 s. 776 och NJA 1988 s. 586.

²⁴¹ NJA 2018 s. 1051 punkt 21.

²⁴² NJA 2018 s. 1051 punkt 22.

4.3.5 *Bedömningen i det specifika fallet*

Som redan nämnts ansågs sjuksköterskans agerande utgöra ett frihetsberövande enligt BrB 4:2. Domstolen bedömde att nödvärns- och nödsituationer visserligen kunde ha förelegat i anslutning till den aktuella händelsen, men att frihetsberövandet i vart fall pågått efter att dessa situationer varit överspelade.²⁴³ HD upprepade att det i sådan vård- och omsorgsverksamhet som den aktuella måste finnas ett utrymme för att med stöd av sådana oskrivna regler vidta åtgärder som i och för sig kan utgöra t.ex. olaga tvång, ofredanden eller frihetsberövanden.²⁴⁴ I det förevarande fallet bedömde domstolen emellertid att frihetsberövandet måste anses ha gått utöver vad som är tillåtet.²⁴⁵ Den tilltalade frikändes emellertid på grund av uppsåtsbrist.²⁴⁶ Han hade nämligen utgått från att åtgärden legat inom ramen för vad han som beredskapssjuksköterska haft befogenhet att göra.²⁴⁷ Den som tror att gärningen ligger inom ramen för vad som med stöd av social adekvans är tillåtet att göra för t.ex. en sjuksköterska måste enligt domstolen anses sakna uppsåt i förhållande till att det är fråga om ett *olaga* frihetsberövande.²⁴⁸ Då olaga frihetsberövande inte är kriminaliserat vid oaktsamhet, saknar det betydelse i förhållande till det brottet huruvida gärningsmannen borde ha insett att gärningen var otillåten.²⁴⁹

4.3.6 *Kommentarer och slutsatser*

I fallet slår HD fast att det finns ett utrymme för det allmänna att inom ramen för ett tillsyns- eller omsorgsansvar, utan stöd i lag vidta gärningar som innebär kroppsliga ingrepp eller frihetsberövanden med stöd av oskrivna regler om social adekvans. Till skillnad från tidigare fall där HD talat om ett utrymme för ingripanden utan lagstöd för ”en lärare vid utövningen av sin tillsynsplikt”²⁵⁰ utvidgar HD här det oskrivna undantaget till

²⁴³ NJA 2018 s. 1051 punkt 30–32.

²⁴⁴ NJA 2018 s. 1051 punkt 33.

²⁴⁵ NJA 2018 s. 1051 punkt 34.

²⁴⁶ NJA 2018 s. 1051 punkt 36.

²⁴⁷ NJA 2018 s. 1051 punkt 35–36.

²⁴⁸ NJA 2018 s. 1051 punkt 28.

²⁴⁹ NJA 2018 s. 1051 punkt 29.

²⁵⁰ NJA 1988 s. 586 s. 6 och NJA 2009 s. 776 s. 15.

att gälla inom ramen för någon form av tillsyns- eller omsorgsansvar i det allmännas verksamhet. Med hänsyn till att domstolen uttalar att social adekvans kan ha betydelse inte bara i förhållande till gärningar som företagits i vård- och omsorgssituationer, utan också i *andra* situationer där ett tillsyns- och omsorgsansvar aktualiseras, är det möjligt att social adekvans kan komma få betydelse inom andra former av verksamhet i det allmännas regi som innefattar ett sådant ansvar.²⁵¹

Inte heller här tar HD tydlig ställning i frågan om de aktuella gärningarna utgjorde rättighetsbegränsningar. Domstolen klargjorde att inlåsningen utgjorde ett frihetsberövande i brottsbalkens mening.²⁵² Frågan om den även skulle anses utgöra ett frihetsberövande i regeringsformens mening utreddes, olyckligt nog, inte av HD. Inte heller diskuterade domstolen om det skulle kunna vara fråga om en begränsning av rörelsefriheten i RF 2:8. HD hänvisar visserligen till såväl RF 2:8 som EKMR art. 5, men vad artikeln i Europakonventionen egentligen innebär utvecklas inte och de resonemang som förs kring regeringsformen i domskälen är inte helt lätta att tolka. Om HD utgått från att det inte rört sig om begränsningar vore det önskvärt om domstolen argumenterat kring exempelvis varför situationen företrädare för det allmänna låser in en enskild inte ska anses utgöra en begränsning av RF 2:8. Utifrån rättighetens ordalydelse framstår denna slutsats nämligen som allt annat än klar. Om HD:s avsikt däremot varit att kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden som utgör rättighetsbegränsningar ska kunna vidtas med stöd av social adekvans, blir avgörandet svårt att förena med lagkravet i RF 2:20.

När det slutligen kommer till uppsåtsbedömningen kan sägas att det framstår som problematiskt att en företrädare för det allmänna kan undgå ansvar för den här typen av gärning med hänvisning till att han eller hon utgått från att agerandet låg inom hans eller hennes befogenheter. En sådan situation torde dock kunna fångas upp av tjänstefelsbestämmelsen, där fel i vid myndighetsutövning på grund av oaktsamhet är kriminaliserat. I förarbetena uttalas att rättsstridiga frihetsberövanden inom ramen för tjänsteutövning,

²⁵¹ Jfr NJA 2018 s. 1051 punkt 15.

²⁵² NJA 2018 s. 1051 punkt 31.

t.ex. anhållande eller häktning, i regel endast torde förekomma av oaktsamhet och i sådana fall kan fångas upp av tjänstefelsbestämmelsen.²⁵³ Att den tilltalade inte dömdes för tjänstefel i det aktuella fallet berodde troligtvis på att sådana omständigheter som skulle ha utgjort grund för att bedöma inlåsningsen som ett tjänstefel inte ingick i åklagarens gärningsbeskrivning.

5 Var hämtar HD stöd för sina slutsatser?

Klart är att HD genom NJA 1988 s. 586, NJA 2009 s. 776 och NJA 2018 s. 1051 öppnat upp för att åtgärder från det allmännas sida som innebär frihetsberövanden eller kroppsliga ingrepp trots avsaknad av lagstöd under vissa förutsättningar kan anses tillåtna med hänvisning till oskrivna regler om social adekvans. En av uppsatsens frågeställningar går ut på att utreda var HD hämtar stöd för denna slutsats. För att kunna utreda detta, behöver man först ta ställning till huruvida HD menar att utrymmet kan användas för att vidta rättighetsbegränsande åtgärder eller inte. Ett alternativ är att förstå avgörandena som att utrymmet för social adekvans som grund för kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden i det allmännas verksamhet inte är avsett att ge stöd för att vidta rättighetsbegränsande åtgärder. Om utrymmet bara avser kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden som av någon anledning inte är att betrakta som rättighetsbegränsningar, blir kravet på lagstöd i RF 2:20 inte tillämpligt. Ett annat alternativ, är att HD ansett att det finns ett utrymme för det allmänna att vidta rättighetsbegränsande åtgärder utan stöd i lag med hänvisning till social adekvans. Det senare alternativet aktualiserar dels frågan om hur en rättighetsbegränsning överhuvudtaget kan anses socialadekvat, dels frågan om var HD hämtar stöd för att göra avvikelser från lagkravet i RF 2:20.

Jag kommer inledningsvis att diskutera det första tolkningsalternativet. Frågan kan tyckas enkel, det rör sig om kroppsliga ingrepp som vidtagits utan den enskildes samtycke och om frihetsberövanden. Utifrån ordalydelsen i RF 2:6 st. 1 och RF 2:8 synes det vara fråga om företeelser som faller inom rättigheternas skyddsområden. Som framgått i det

²⁵³ Nilsson, Lexino, Kommentar till BrB 4:2, avsnitt 2.3, angående oaktsamma frihetsberövanden inom polisens verksamhet. Se även Bexar, Karnov, Kommentar till BrB 4:2, not 146, där en hänvisning görs till NJA 2018 s. 1051.

föregående är det dock inte allt som vid en första anblick ser ut att vara en rättighetsbegränsning som faktiskt ska anses vara det. Efter att ha tagit ställning till det första alternativet diskuterar och problematiserar jag kring var domstolen hämtar stöd för att ett kroppsligt ingrepp eller frihetsberövande som vidtas inom ramen för det allmännas verksamhet kan anses socialadekvat. Slutligen undersöker jag var domstolen hämtar stöd för att det trots RF 2:20 kan finnas ett utrymme för det allmänna att utan stöd i lag vidta kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden med hänvisning till oskrivna regler socialadekvans. Eftersom HD inte resonerar så mycket kring förhållandet till regeringsformen i de två första fallen, är det framförallt 2018 års fall som kommer att analyseras i detta avsnitt.

5.1 Är det fråga om rättighetsbegränsningar?

Utifrån 1988 års fall är det som redan framhållits svårt att dra några slutsatser om vad HD haft för inställning i frågan om rättighetsbegränsningar, på grund av den totala frånvaron av resonemang kring rättighetsskyddet. I 2009 års fall uppmärksammade HD skyddet mot kroppsstraff i RF 2:5 och skyddet mot påtvingat kroppsligt ingrepp i RF 2:6, samt konstaterade att den senare får begränsas genom lag. Därefter uppmanade domstolen lagstiftaren att i samband med lagregleringen av det allmännas verksamheter, bl.a. på skolområdet, ta ställning till tillåtligheten av kroppsliga ingrepp och ”vid behov införa uttryckliga regler om detta”.²⁵⁴ Det verkar således som att HD ansett att det är oklart om kroppsliga ingrepp inom skolverksamheten ska anses utgöra rättighetsbegränsningar inte. Istället för att utreda och ta ställning till detta, lämnade domstolen frågan därhän efter att ha bollat över den på lagstiftaren och nöjde sig med att hänvisa till NJA 1988 s. 586 som stöd för att det trots rättighetsskyddet i regeringsformen finns ett utrymme för lärare att vidta kroppsliga ingrepp mot elever utan stöd i lag. Det är därför svårt även utifrån detta fall att dra några säkra slutsatser kring huruvida domstolen ansett att detta utrymme avsåg rättighetsbegränsningar. I 2018 års fall resonerade domstolen däremot en del kring rättighetsskyddet.

²⁵⁴ NJA 2009 s. 776 s. 13.

HD anförde att regeringsformens och Europakonventionens regler om fri- och rättigheter *måste* beaktas vid bedömningen av vad som är tillåtet när det allmänna utövar tvång mot enskilda.²⁵⁵ Därtill framhölls att utrymmet för det allmänna att med stöd av social adekvans vidta kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden med hänsyn till regleringen i regeringsformen, mer specifikt RF 2:21, är begränsat.²⁵⁶ Det nu sagda talar för att domstolen ansett att rättighetsskyddet är tillämpligt, vilket synes innebära att det är fråga om rättighetsbegränsningar. Dock får det faktum att domstolen inte tillämpar lagkravet i RF 2:20 enligt min mening anses tala emot att domstolen ansett att det rört sig om rättighetsbegränsningar. Den passage där HD fastslår att lagkravet inte är tillämpligt när det allmänna vidtar åtgärder som under motsvarande förhållanden är tillåtna för enskilda att vidta, skulle kunna förstås som att HD också slår fast att rättighetsskyddet inte är tillämpligt överhuvudtaget:

”Av Högsta domstolens praxis följer [...] att det trots regleringen i regeringsformen finns ett visst utrymme för en tillämpning av oskrivna regler om social adekvans även när det gäller kroppsliga ingrepp eller frihetsberövanden som sker inom ramen för det allmännas verksamhet (se ’Läraren och elevassistenten’ NJA 2009 s. 776, jfr ’Äppelkastningen’ NJA 1988 s. 586). Det kan såvitt gäller vård- och omsorgsområdet konstateras att en motsatt tolkning skulle innebära att det allmännas möjligheter att t.ex. ge fullgod tillsyn och omsorg till demenssjuka skulle vara mer inskränkta än t.ex. anhörigas möjligheter härtill. En sådan ordning kan inte vara vare sig avsedd eller motiverad. De nu aktuella reglerna i regeringsformen måste istället läsas mot bakgrund av att det allmänna i princip har ett våldsmonopol. Stadgandena kan därför inte förstås så att det allmänna är förhindrat att utan lagstöd vidta sådana åtgärder som är tillåtna för envar eller – för det fall det allmännas verksamhet saknar en direkt motsvarighet i det privata – skulle vara tillåtna för envar under jämförbara förhållanden.”²⁵⁷

Det är svårt att veta exakt vilka av regeringsformens bestämmelser HD syftar på när den talar om ”regleringen i regeringsformen”, ”stadgandena” och ”de nu aktuella reglerna i regeringsformen” men det får antas att vad som avses är de paragrafer i regeringsformen som dittills nämnts i domskälen, d.v.s. RF 2:6, 2:8 och 2:20. Domstolen fastslår här att

²⁵⁵ NJA 2018 s. 1051 punkt 17.

²⁵⁶ NJA 2018 s. 1051 punkt 22.

²⁵⁷ NJA 2018 s. 1051 punkt 21.

reglerna inte utgör något hinder för det allmänna att utan lagstöd göra sådant som är tillåtet för enskilda – exempelvis med hänvisning till social adekvans – under jämförbara förhållanden. Det här skulle kunna förstås så att domstolen menar det inte är fråga om rättighetsbegränsningar, och att rättighetsskyddet därför inte är tillämpligt överhuvudtaget. Som redan framhållits finns det emellertid vissa saker som indikerar på HD utgått från att det är fråga om rättighetsbegränsningar. Något som får anses tala starkt för det är vad domstolen skriver i nästa punkt:

”Det finns således ett utrymme för att anse att ett frihetsberövande i det allmännas verksamhet är tillåtet med stöd av oskrivna regler om social adekvans. Detta utrymme är emellertid med hänsyn till regleringen i regeringsformen begränsat. En förutsättning för att en gärning ska anses vara tillåten är att den står i överensstämmelse med behovs- och proportionalitetsprinciperna (jfr 2 kap. 21 § regeringsformen och ’Läraren och elevassistenten’ NJA 2009 s. 776’).²⁵⁸”

Att domstolen skriver att regleringen i regeringsformen medför begränsningar i utrymmet för det allmänna att med hänvisning till social adekvans vidta kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden utan stöd i lag, får enligt min mening anses innebära att domstolen menar att utrymmet kan ge stöd för att vidta rättighetsbegränsande åtgärder. RF 2:21 är endast tillämplig på rättighetsbegränsningar, varför det hade saknats anledning för domstolen att låta den regeln sätta ramarna för det allmännas utrymme att vidta kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden med stöd av social adekvans, om utrymmet inte vore avsett att omfatta rättighetsbegränsande åtgärder.

Sammanfattningsvis kan sägas att det finns mycket som talar för att HD utgått från att sådana kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden som får vidtas med stöd av social adekvans typiskt sett utgör, eller åtminstone kan utgöra, rättighetsbegränsningar. Det är dessutom så att det utifrån de kriterier som presenterades i avsnitt 2.4 är svårt att komma till någon annan slutsats än sådana åtgärder som nu är i fråga typiskt sett utgör rättighetsbegränsningar. De kriterier som härvid ska beaktas är som framgått i det föregående skyddsområde, fysiskt tvång, syfte samt effekt.²⁵⁹

²⁵⁸ NJA 2018 s. 1051 punkt 22.

²⁵⁹ Se ovan i avsnitt 2.4.

Om de aktuella rättigheternas skyddsområden kan följande sägas. I förarbetena berörs inte närmare vad som ska anses utgöra ett frihetsberövande enligt RF 2:8.²⁶⁰ Men enligt Bull och Sterzel är det som avses inlåsningar eller liknande fysiska hinder för den enskilde att röra sig fritt utanför ett rum eller ett förhållandevis begränsat utrymme.²⁶¹ Sådana hinder i rätten att röra sig fritt som inte når upp till tröskeln för att utgöra frihetsberövanden torde i allmänhet fångas upp av skyddet för rörelsefriheten, som också regleras i RF 2:8. Det som i första hand åsyftas med begränsningar i rörelsefriheten är inskränkningar som drabbar en viss person eller vissa bestämda personer, men inte andra personer som befinner sig i en motsvarande situation. Exempelvis anses inte trafikföreskrifter utgöra begränsningar medan reseförbud eller tvångsomhändertagande anses vara det.²⁶²

Vidare bör RF 2:8 tolkas i ljuset av EKMR art. 5 samt EKMR:s tilläggsprotokoll 4 art. 2. När Europadomstolen avgör vad som är ett frihetsberövande enligt art. 5 tas hänsyn till åtgärdens art, varaktighet, effekter och genomförande.²⁶³ Gränsen mellan ett frihetsberövande och en inskränkning i rörelsefriheten dras med hänsyn till intensiteten och graden av begränsning som den enskilde utsätts för.²⁶⁴ Trots att varaktigheten är en faktor kan även kortvariga åtgärder förenade med tvång utgöra frihetsberövanden i konventionens mening.²⁶⁵ Som exempel på åtgärder som inte är frihetsberövanden men som träffas av skyddet för rörelsefriheten kan nämnas utgångsförbud eller förbud mot att resa in i ett visst område.²⁶⁶

Om en företrädare för det allmänna låser in en person i ett rum mot dennes vilja torde, med hänsyn till vad som nu sagts, agerandet falla inom skyddsområdet för RF 2:8. En sådan inlåsning framstår som mer ingripande än en rörelsefrihetsinskränkning, så som exempelvis ett reseförbud, vilket talar för att det ska anses utgöra ett frihetsberövande. Är

²⁶⁰ Bull och Sterzel s. 75 och Jermsten, Lexino, kommentar till RF 2:8, under rubrik 2.

²⁶¹ Bull och Sterzel s. 75.

²⁶² Prop. 1973:90 s. 241 och Jermsten, Lexino, kommentar till RF 2:8, under rubrik 2.

²⁶³ *Medvedyev m.fl. mot Frankrike* (3394/03) [GC], 29 mars 2009, punkt 73 och *Guzzardi mot Italien* (7367/76) [GC], 6 november 1980, punkt 92.

²⁶⁴ Derlén m.fl. s. 381 i not nr. 401.

²⁶⁵ *Krupko m.fl. mot Ryssland* (26587/07), 26 juni 2014, *Foka mot Turkiet* (28940/95), 24 juni 2008 och *Gillan och Quinton mot Förenade konungariket* (4158/05), 12 januari 2010.

²⁶⁶ Derlén m.fl. s. 389.

inlåsningen kortvarig, kan det tala för att det istället är fråga om en begränsning av rörelsefriheten. På vilken sida om gränsen mellan ett frihetsberövande och en inskränkning i rörelsefriheten en sådan inlåsning hamnar saknar emellertid betydelse i förhållande till lagkravet, som är tillämpligt på båda former, RF 2:20 punkt 3.²⁶⁷

Med kroppsligt ingrepp i RF 2:6 st. 1 avses främst allt våld mot kroppen, även relativt mildt sådant. Att ingreppet ska vara påtvingat innebär att det för att inte omfattas av bestämmelsens skyddsområde skall vara helt frivilligt. Tvånget kan bestå i fysiskt våld men också i exempelvis underliggande hot eller hotfullhet hos de myndigheter som vidtar åtgärden.²⁶⁸ Mot bakgrund av att bestämmelsen inte gör några undantag för lindrigare våld och det faktum att rättigheterna bör tolkas med tyngdpunkt på ordalydelsen och generöst till förmån för den enskilde, anser jag att sådana kroppsliga ingrepp som nu är i fråga typiskt sett torde rymmas inom bestämmelsens skyddsområde.

Vidare är såväl skyddet mot frihetsberövanden som skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp försedda med uttryckliga begränsningsmöjligheter i RF 2:20, och det är därför svårt att finna några rimliga skäl för att tolkningsvis snäva in skyddsområdet för dessa rättigheter.²⁶⁹ Hade lagstiftaren velat att det inom ramen för de verksamheter som nu är i fråga skulle vara tillåtet att använda våld- eller tvång, hade sådana möjligheter kunnat införas genom lag.

Min slutsats är mot bakgrund av det nu sagda att sådana frihetsberövanden och kroppsliga ingrepp som det är fråga om i de nu aktuella fallen i regel torde rymmas inom skyddsområdena för RF 2:8 respektive RF 2:6 st. 1. Några påpekanden behöver härutöver göras utifrån de övriga begränsningskriterierna. En inlåsning av en person får i regel antas kräva fysiskt tvång, vilket ytterligare talar för att det är fråga om en begränsning. Även om åtgärdens syfte skulle vara att lösa en svårhanterlig situation t.ex. att försöka lugna en

²⁶⁷ Distinktionen har dock betydelse i andra avseenden. Enligt RF 2:9 har den som blivit omhändertagen tvångsvis av det allmänna rätt att få omhändertagandet prövat av domstol eller nämnd utan oskäligt dröjsmål. I EKMR art. 5.1 a-f finns en uttömmande lista på vilka i situationer ett frihetsberövande kan anses godtagbart. Dessutom innefattar art. 5.2–6 ett batteri av rättssäkerhetsgarantier som måste uppfyllas för att ett frihetsberövande ska anses förenligt med konventionen.

²⁶⁸ Prop. 1975/76:209 s. 154 s. 147 och Bull och Sterzel s. 71.

²⁶⁹ Jfr Cameron och Jonsson Cornell s. 731 och Wennergren s. 123. Se ovan i avsnitt 2.4.

förvirrad person och inte att begränsa dennes rörelsefrihet, är effekten likväl att den personliga friheten begränsas.

Frågan om vårdpersonals inlåsnings av demenssjuka personer utgör otillåtna rättighetsbegränsningar har varit föremål för bedömning i JO-praxis. Ett fall rörde ett par som båda led av demenssjukdom. Mannen brukade ibland vara förvirrad och ha svårt att hitta hem till bostaden när han vistades ute. Paret hade hemsjukvård och medicinering, och mellan hembesöken låstes deras ytterdörr av hemvårdspersonalen på ett sätt som gjorde att de inte på egen hand kunde ta sig ut ur bostaden. En dag påträffades mannen av polis sedan han tagit sig ut ur bostaden via balkongen. Personalen uppgav som skäl för att de hade låst in paret att de annars hade varit tvungna att tillgripa LSVP (den dåvarande lagstiftningen om psykiatrisk tvångsvård) vilket skulle ha inneburit att paret tvingats leva åtskilda. JO erinrade om att de grundlagsskyddade fri- och rättigheterna och däribland skyddet mot frihetsberövanden tillkommer envar, och att praktiska skäl aldrig får leda till ett åsidosättande av kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag.²⁷⁰ JO konstaterade att det varit fråga om en otillåten begränsning av skyddet mot frihetsberövanden, då det saknats lagstöd för att låsa in personerna.²⁷¹ I ett annat fall hade hemtjänstpersonal satt upp låskåpor på ytterdörrarna hos personer som led av demenssjukdom. Dessa kunde till följd av sitt handikapp inte öppna dörrarna när låskåpan var påmonterad. Även här blev JO:s slutsats att det varit fråga om otillåtna inlåsnings.²⁷²

Att ett kroppsligt ingrepp innefattar fysiskt våld eller tvång innebär dels att rekvisitet ”påtvingat” i RF 2:6 st. 1 uppfylls, och mot bakgrund av vad som sägs i förarbetena talar förekomsten av fysiskt tvång dessutom för att åtgärden ska anses utgöra en begränsning. Oavsett vad syftet skulle kunna vara bakom ett kroppsligt ingrepp som består står det klart att effekten kan vara en kränkning av den enskildes kroppsliga integritet, även om denna kränkning naturligtvis kan vara av mer eller mindre allvarligt slag. Om en exempelvis en

²⁷⁰ JO 1983/84 s. 160. JO uttalade även att åberopandet av humanitära skäl som grund för åtgärderna i fråga framstod som än mer stötande, och anförde att han hade svårt att se medmänskligheten i att förvirrade människor hålls inlåsta i sin lägenhet utan ständig tillsyn med den uppenbara risk för skada som det medför.

²⁷¹ JO 1983/84 s. 150–161, beslut den 9 mars 1983, Dnr 3131-1982.

²⁷² JO 1989/90 s. 207, beslut den 26 september 1988, Dnr 837-1987.

lärare ingriper fysiskt mot elev, bör detta mot bakgrund av det nu sagda kunna utgöra en begränsning av skyddet mot påtvingat kroppsligt ingrepp i RF 2:6 st. 1. Möjligen skulle lindriga former av tvång kunna anses falla utanför skyddsområdet, men det är enligt min mening tveksamt mot bakgrund av att det varken framgår av regelns ordalydelse att undantag görs för lindrigare ingrepp. Om regeln huvudsakligen ska tolkas objektivt och till förmån för den enskilde bör tolkningen utfall i att i princip alla former av fysiska ingripanden från det allmännas sida omfattas.

Min slutsats blir mot bakgrund av vad som nu sagts att sådana kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden som det enligt HD:s praxis finns ett utrymme för det allmänna att vidta med stöd av social adekvans typiskt sett utgör rättighetsbegränsningar. Dessutom talar mycket för HD utgått från att så är fallet. Utifrån denna slutsats får vad som sägs i punkt 21 i NJA 2018 s. 1051, som citerats ovan, närmast ses som en tolkning av lagkravet i RF 2:20. Detta kommer jag att få anledning att återkomma till nedan i avsnitt 5.3. Först ska någonting sägas om tillämpningen av social adekvans fungerar i förhållande till gärningar som utgör rättighetsbegränsningar.

5.2 Socialt adekvata rättighetsbegränsningar...?

Som konstaterats i avsnitt 3 bygger tillämpningen av social adekvans på att det finns en intressekonflikt som lagstiftaren inte förutsett och/eller tagit ställning till hur den ska lösas. Om domstolens bedömning utfaller i att intresset av att tillåta gärningen bör ges företräde framför det straffskyddade intresset kan gärningen anses socialadekvat och därmed tillåten. Mot bakgrund av att det rör sig om en tillämpning av oskrivna regler som svårigen kan förenas med legalitetsprincipen bör social adekvans tillämpas restriktivt.

I de fall som nu är föremål för diskussion har det straffskyddade intresset (t.ex. intresset av att inte bli frihetsberövad, BrB 4:2) sammanfallit med en grundlagsskyddad rättighet (så som rätten för en enskild att inte bli frihetsberövad av det allmänna, RF 2:8). När social adekvans tillämpas i en sådan situation är det inte bara det straffskyddade intresset som vägs mot intresset av att tillåta gärningen, utan i praktiken även det grundlagsskyddade intresset. Grundlagen intar den högsta ställningen i normhierarkin. Mot bakgrund härav anser jag att det faktum att ett intresse skyddats i grundlag får anses tala för att lagstiftaren har tagit ställning till potentiella konflikter som kan tänkas uppstå mellan det

intresse som bär upp rättigheten i fråga och något intresse av lägre rättslig dignitet. Enda gången ett icke-grundlagsskyddat intresse bör kunna ges företräde framför rättigheten, är när en begränsning har gjorts genom lag och i enlighet med de övriga krav som gäller för rättighetsbegränsningar enligt RF 2:20-2:24. Det framstår som märkligt att hävda att ett intresse som inte ens kommit till uttryck i lag, utan som baseras på vad som enligt domstolen kan anses önskvärt eller tolerabelt ur samhällelig synpunkt, bör ges företräde framför en grundlagsskyddad rättighet.

Det kan följaktligen ifrågasättas om det i de nu aktuella fallen verkligen rört sig om intressekonflikter som lagstiftaren inte uppmärksammat eller tagit ställning till lösningen av. Hur ett ställningstagande från lagstiftaren måste ta sig uttryck för att det ska anses uteslutet att tillämpa social adekvans är som redan framhållits oklart. Ytterst handlar det om att tolka lagstiftarens intentioner på områden där någon lagstiftning inte finns, vilket förstås inte är helt okomplicerat. Dock finns det, med hänsyn till just att det rör sig om ett icke-lagreglerat område, goda skäl att iaktta restriktivitet avseende tillämpningen av läran.²⁷³ När lagstiftaren har värderat ett intresse så högt att det har skyddats i grundlag, anser jag att det bör ses som ett ställningstagande i sig. Om lagstiftaren hade velat att det skulle vara tillåtet för lärare att vidta kroppsliga ingrepp mot elever eller för vårdpersonal att låsa in personer med demenssjukdom så hade det som redan påpekats varit fullt möjligt att införa sådana befogenheter i lag. I den mån sådan lagstiftning saknas, skulle det kunna tolkas som att lagstiftaren ansett att rättighetsskyddet i grundlagen alltjämt ska gälla och att det som en följd härav inte ska vara tillåtet att tillgripa våld- och tvång inom ramen för den typ av verksamheter som nu är i fråga. I en sådan situation finns det enligt min mening skäl för rättstillämparen att på grund av att tillämpningen av social adekvans ska vara restriktiv, iaktta stor försiktighet. Att inte ta ställning kan också vara att ta ställning. Jag ska i det följande ge ett exempel på detta, som kan kopplas till NJA 2018 s. 1051.

Som HD uppmärksammar har det lämnats förslag till lagstiftning som skulle ge personal inom vården av demenssjuka befogenheter att i vissa situationer använda tvång, bland

²⁷³ Se ovan i avsnitt 3.3.2 samt se däri gjorda hänvisningar.

annat i form av inlåsningar.²⁷⁴ Dessa förslag har dock inte lett till någon lagstiftning. Anledningen till att det senaste förslaget drogs tillbaka var att en tvångslagstiftning befärdades komma i konflikt med den pågående positiva utvecklingen mot att personal inom demensvården hittar sätt att hantera svåra situationer utan att tillgripa tvång.²⁷⁵ Därmed anser jag att det är får sägas vara ytterst tveksamt om det såvitt gäller användningen av tvång inom vården av demenssjuka verkligen föreligger en sådan ouppmärksam eller olöst intressekonflikt som bör vara för handen för att social adekvans ska aktualiseras. Det finns mycket som talar för att lagstiftaren genom att inte införa tvångsbefogenheter, tagit ställning till att tvång inom vården av demenssjuka ska vara fortsatt förbjudet.

Det är förstås en svår uppgift att avgöra vad lagstiftaren kan anses ha tagit ställning till och inte, men det finns anledning att vara restriktiv med att tillgripa social adekvans. Frånvaro av särskild lagstiftning som uttryckligen tar sikte på den situation som domstolen anser aktualiserar en intressekonflikt, behöver inte nödvändigtvis innebära att lagstiftaren inte tagit ställning till hur denna intressekonflikt ska lösas. Särskilt gäller detta när grundlagsskyddade fri- och rättigheter kommer in i bilden. I en sådan situation anser jag att grundlagsregleringen bör ses som ett ställningstagande i sig och att rättstillämparen har att respektera de värden som lagstiftaren velat ge ett särskilt skydd genom fri- och rättighetsregleringen. Men oavsett om man bedömer att det finns förutsättningar för att anse att en gärning som utgör en rättighetsbegränsning är socialadekvat, kvarstår problemet med att det är fråga om oskrivna regler och att det därmed är tveksamt om det går att förena utrymmet för social adekvans som grund för rättighetsbegränsningar med lagkravet i RF 2:20. I nästa avsnitt analyserar jag hur HD motiverar avvikelser från detta krav.

5.3 Hur motiveras avvikelser från lagkravet i RF 2:20?

Här finns anledning att upprepa följande citat ur domskälen i NJA 2018 s. 1051:

”Av Högsta domstolens praxis följer emellertid att det trots regleringen i regeringsformen finns ett visst utrymme för en tillämpning av oskrivna regler om social adekvans även när det gäller kroppsliga ingrepp eller frihetsberövanden som sker inom

²⁷⁴ NJA 2018 s. 1051 punkt 10 och däri gjorda hänvisningar till SOU 1984:64 och SOU 2006:110.

²⁷⁵ Socialstyrelsens rapport, *Vård och omsorg om personer med nedsatt beslutsförmåga*, s. 9. Se även Vårdfokus februari 2013, *Regeringen backar om tvångsåtgärder i demensvården*.

ramen för det allmännas verksamhet (se 'Läraren och elevassistenten' NJA 2009 s. 776, jfr 'Äppelkastningen' NJA 1988 s. 586). Det kan såvitt gäller vård- och omsorgsområdet konstateras att en motsatt tolkning skulle innebära att det allmännas möjligheter att t.ex. ge fullgod tillsyn och omsorg till demenssjuka skulle vara mer inskränkta än t.ex. anhörigas möjligheter härtill. En sådan ordning kan inte vara vare sig avsedd eller motiverad. De nu aktuella reglerna i regeringsformen måste istället läsas mot bakgrund av att det allmänna i princip har ett våldsmonopol. Stadgandena kan därför inte förstås så att det allmänna är förhindrat att utan lagstöd vidta sådana åtgärder som är tillåtna för envar eller – för det fall det allmännas verksamhet saknar en direkt motsvarighet i det privata – skulle vara tillåtna för envar under jämförbara förhållanden.”²⁷⁶

Som jag redan framhållit tolkar jag inte detta stycke som att HD slår fast att det inte är fråga om rättighetsbegränsningar. Snarare verkar det som att domstolen gör en tolkning av lagkravet i RF 2:20 i förhållande till skyddet RF 2:6 st. 1 respektive RF 2:8. Denna tolkning utmynnar i att det finns situationer där det trots RF 2:20 inte krävs lagstöd när det allmänna vidtar kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden. Domstolen anser nämligen att en konsekvens av att kräva lagstöd för den aktuella typen av ingripanden, skulle vara att det allmännas möjligheter att t.ex. ge fullgod tillsyn och omsorg till demenssjuka skulle vara mer begränsade än enskildas motsvarande möjligheter. Ändamålet att det allmänna ska kunna ge fullgod tillsyn och omsorg till demenssjuka i samma utsträckning som exempelvis anhöriga används som argument för att avvika från lagkravet.

Det är möjligt att det kan anses eftersträvansvärt att det allmänna ska kunna ge tillsyn och omsorg till demenssjuka i minst samma utsträckning som anhöriga kan. Jag ställer mig dock tveksam till att ett sådant ändamålsargument används som stöd för att tolkningsvis kringgå lagkravet i RF 2:20 i strid med regelns ordalydelse.²⁷⁷ Enligt HD är kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden som med hänvisning till social adekvans skulle vara tillåtna för en enskild att vidta, tillåtna för det allmänna att vidta trots avsaknad av lagstöd. Detta väcker onekligen frågor ur ett konstitutionellt perspektiv, eftersom vad som är tillåtet med hänvisning till social adekvans avgörs av domstolen i det enskilda fallet utifrån

²⁷⁶ NJA 2018 s. 1051.

²⁷⁷ Jfr Cameron och Jonsson Cornell s. 731 och Wennergren s. 123. Jfr även NJA 2014 s. 332, där HD bedömde att begränsningar i egendomsskyddet som inte framgick av ordalydelsen i dåvarande RF 2:18 inte kunde föras in tolkningsvis med stöd av ändamålsargument eller utifrån vad som sagts i förarbeten. Se ovan i avsnitt 2.3 och 2.4.

oskrivna regler för ansvarsfrihet. Utifrån de syften som bär upp lagkravet framstår det som orimligt att en domstol med stöd av ändamålsöverväganden av detta slag ställer upp en regel som ger företrädare för det allmänna befogenheter att vidta rättighetsbegränsande åtgärder, en uppgift som enligt RF 2:20 tillkommer lagstiftaren. HD förefaller i det närmaste göra ett reduktionsslut på RF 2:20 genom att inte tillämpa lagkravet i en situation som i och för sig omfattas av dess ordalydelse. Som redan framhållits är det av principiella skäl svårt att acceptera att ett reduktionsslut görs på en rättighetsregel till nackdel för den enskilde, även om det skulle leda till rimligare resultat än en bokstavstrogen tolkning.²⁷⁸

Vidare är tanken med fri- och rättigheterna är att de begränsar vad makten, det allmänna, kan göra.²⁷⁹ Centralt i en rättsstat är intresset av att inskränka det allmännas handlingsmöjligheter, bland annat på grund av den risk för godtycke och maktmissbruk som följer med makt.²⁸⁰ Jag anser att det är tydligt att denna risk inte gör sig gällande med samma styrka i förhållandet mellan enskilda. Det framstår därför som orimligt att låta tolkningen av en grundlagsreglering som ska skydda enskilda gentemot det allmänna styras av vad som är tillåtet för enskilda.²⁸¹

HD hänvisar som stöd för att det inte krävs lagstöd för kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden som kan anses tillåtna med hänvisning till social adekvans till ett lagrådsyttrande som rörde det senaste förslaget till lagstiftning om tvångsbefogenheter för personal inom demensvården. Förslaget ledde som redan nämnts inte till någon lagstiftning. I yttrandet anförde lagrådet att en åtgärd som riktas mot en demenssjuk person och som i och för sig uppfyller rekvisiten för en straffbar gärning kan anses tillåten med hänvisning till social adekvans. Lagrådet uttalade att RF 2:6 och RF 2:20 har ett nära samband med statens våldsmonopol, och att detta kan sägas innebära att staten inte utan lagstöd får använda *annat* tvång eller våld än sådant som i princip är tillåtet för envar. Lagrådet ansåg

²⁷⁸ Jfr Bengtsson, 1996, s. 19, se ovan i avsnitt 2.3.3. Jfr även JO 1983/84 s. 160, om att praktiska skäl aldrig får leda till ett åsidosättande av kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag, se ovan i avsnitt 5.1.

²⁷⁹ Jfr Smith och Petersson s. 29 f. om att ett av huvudargumenten bakom att reglera majoritetens handlingsmöjligheter i en demokrati är värdet för individers och minoriteters rättigheter. Detta argument grundas på uppfattningen om att vissa rättigheter, som betraktas som grundläggande, ”bör vara undandragna majoritetens oinskränkta makt”.

²⁸⁰ Jfr Frändberg s. 25 ff.

²⁸¹ Jfr Enkvist s. 30 för liknande resonemang.

att regeringsformen inte kan anses innefatta ett krav på särskilt lagstöd på områden där det med stöd av en oskriven regel är tillåtet för enskilda att använda visst tvång eller våld. Så länge en åtgärd inom demensvården eller annan motsvarande vård ligger inom ramen för vad som i princip är tillåtet för envar torde det därför enligt lagrådet inte finnas något direkt krav på lagstöd. Lagrådet bedömde mot bakgrund det sagda att regeringsformens skydd mot kroppsliga ingrepp och kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag inte utgör något hinder mot att social adekvans tillämpas för att medge ansvarsfrihet avseende vissa gärningar företagna inom det allmännas verksamhet.²⁸²

Vad som närmare menas med våldsmonopol framgår varken av HD:s domskäl eller av det nyss nämnda lagrådsyttrandet. Enligt Svenska Akademiens ordböcker betyder ordet våldsmonopol ”ensamrätt att bruka våld”.²⁸³ I en rättsstat och tillika demokrati får rimligtvis statens ensamrätt att bruka våld förutsättas bygga på lagarna.²⁸⁴ Begreppet det allmännas våldsmonopol får därmed normalt anses ta sikte på de särskilda befogenheter att använda våld som vissa företrädare för det allmänna har givits genom lag. Den befogenhetslagstiftning som ger det allmänna rätt att bruka våld, den lagstiftning som s.a.s. skapar våldsmonopolet, utgör begränsningar i rättighetsskyddet. Det blir mot bakgrund härav vanskligt att säga att rättighetsskyddet bara är tillämpligt på situationer som täcks av det s.k. våldsmonopolet, eftersom det skulle innebära att rättighetsskyddet bara gäller på de områden där begränsningar redan har skett genom lag. Resonemanget innebär i praktiken, något tillspetsat, att de nu aktuella rättigheternas skyddsområden skulle vara helt täckta av begränsningar. Det rättighetsskydd som då kvarstår för enskilda mot ingrepp i dessa fri- och rättigheter utgörs i sådant fall av strafflagstiftningen samt av de gränser för våldsutövning som ingår i den befogenhetslagstiftning som konstituerar det allmännas våldsmonopol. En sådan ordning kan knappast ha varit avsedd eftersom den skulle innebära att det i praktiken inte finns något skydd på grundlagsnivå som förbjuder det allmänna att bruka våld mot enskilda.

²⁸² Lagrådets yttrande 2012-12-18, s. 5 f.

²⁸³ Svenska akademins ordböcker, ”Våldsmonopol”.

²⁸⁴ Se RF 1:1 st. 3 och RF 2:20.

Här ska erinras om att det i och för sig finns situationer utanför det allmännas våldsmonopol, d.v.s. situationer där det allmänna inte har en ensamrätt att bruka våld, där det allmänna har rätt att använda våld på samma premisser som enskilda. Nöd- och nödvärnsbestämmelserna i BrB 24 kap. utgör exempel på det. Att det allmänna i dessa situationer får göra sådant som är tillåtet för enskilda även när det rör sig om rättighetsbegränsningar bygger emellertid inte på att det ligger utanför det allmännas våldsmonopol, utan på att det finns lagstöd för det och att det därför kan anses förenligt med RF 2:20. Bortom situationer som är reglerade i lag bör det dock enligt min mening inte vara möjligt att stödja det allmännas rätt att bruka våld på argument som bygger på att ett visst handlande är tillåtet för enskilda. På områden där det överhuvudtaget saknas lagstöd måste lagkravet i RF 2:20 innebära att allt utövande av våld- eller tvång som utgör rättighetsbegränsningar är förbjudet.

Den tolkningsmetod som HD använder här kan närmast liknas vid den som Michanek förespråkade för tolkningen av egendomsskyddet i dess tidigare lydelse, en metod som bygger på att grundlagsregleringen tolkas i ljuset av andra delar av rättsordningen. Eftersom våldsmonopolet får sägas bestå av de lagar som ger det allmänna befogenheter att använda våld, innebär HD:s tolkning i praktiken att regeringsformens regler ska tolkas mot bakgrund av vanlig lagstiftning som begränsar fri- och rättigheterna i regeringsformen. En sådan systematisk tolkning som sträcker sig nedåt i normhierarkin riskerar som nyss framhållits att äventyra de grundlagsskyddade rättigheternas ställning, och kan därtill få till effekt att en viss grundlagsregel ges olika betydelse beroende på i vilken situation den aktualiseras. Det förefaller inte rimligt att i sådana situationer som omfattas av det s.k. våldsmonopolet – d.v.s. situationer där det redan finns stöd i lag för det allmänna att under vissa förutsättningar bruka våld – kräva lagstöd enligt RF 2:20, och samtidigt i andra situationer – som då social adekvans aktualiseras – ge regeringsformens regler en tolkning som innebär att det inte krävs lagstöd.

Avslutningsvis ska någonting sägas om HD:s hänvisningar till NJA 1988 s. 586 som stöd för att det trots rättighetsskyddet i regeringsformen finns ett utrymme för social adekvans som grund för kroppsliga ingrepp eller frihetsberövanden inom ramen för det allmännas verksamhet. Eftersom regeringsformen inte överhuvudtaget nämns i HD:s domskäl i 1988 års fall anser jag att det är oklart vilket prejudikatvärde fallet bör tillmätas i

sammanhanget. Särskilt mot bakgrund av den utveckling som skett på fri- och rättighetsområdet de senaste åren, kan det ifrågasättas om det är rimligt att 1988 års fall tas till intäkt för att det skulle vara förenligt med regeringsformen att tillämpa social adekvans som grund för rättighetsbegränsningar.²⁸⁵ Ändå hämtar HD stöd från det i såväl 2009 som i 2018 års fall för att ett kroppsligt ingrepp eller frihetsberövande som vidtas av det allmänna kan anses tillåtet med hänvisning till social adekvans.²⁸⁶

5.4 Sammanfattande kommentar

Som nämndes i inledningen till detta avsnitt skulle ett alternativ kunna vara att tolka de aktuella avgörandena som att HD avsett att utrymmet för social adekvans som grund för kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden inte ska utgöra stöd för att vidta rättighetsbegränsande åtgärder. Utrymmet skulle i sådant fall vara begränsat till kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden inom ramen för det allmännas verksamhet som av någon anledning inte ska anses utgöra rättighetsbegränsningar. Det framstår dock som att domstolen, åtminstone i 2018 års fall, har utgått från att utrymmet omfattar rättighetsbegränsningar. Dessutom är det svårt att utifrån de aktuella rättigheternas skyddsområde och de övriga begränsningskriterierna komma fram till att utrymmet inte skulle vara avsett att omfatta åtgärder som, åtminstone typiskt sett, utgör rättighetsbegränsningar.

Ovan har jag gjort gällande att det kan ifrågasättas om rättighetsbegränsningar överhuvudtaget bör kunna anses socialadekvata. Den ena anledningen till detta är att det enligt min uppfattning svårligen kan anses föreligga en intressekonflikt som lagstiftaren inte har tagit ställning till när det straffskyddade intresset sammanfaller med en grundlagsskyddad rättighet. Detta eftersom grundlagsskyddet i sig måste anses ge uttryck för ett ställningstagande från lagstiftaren. Den andra anledningen, som hänger samman med den förra, är att jag menar att det är tveksamt om ett intresse som endast bygger på vad som enligt domstolens bedömning kan anses samhällligt önskvärt eller tolerabelt verkligen bör kunna väga tyngre än ett grundlagsskyddat intresse vid en sådan intresseavvägning som

²⁸⁵ Se ovan i avsnitt 4.1.4 samt se däri gjorda hänvisningar till NJA 2018 s. 753.

²⁸⁶ NJA 2009 s. 776 s. 15 och NJA 2018 s. 1051 punkt 15 och 21.

social adekvans förutsätter. Mot bakgrund av att tillämpningen av social adekvans är svår-förenlig med legalitetsprincipen och därmed bör tillämpas restriktivt anser jag att det är ytterst tveksamt om det kan anses finnas stöd för att tillämpa social adekvans avseende gärningar som utgör rättighetsbegränsningar. Den förklaringsmodell som använts i straff-rättslig doktrin, där det påstås att social adekvans inte strider mot legalitetsprincipen ef-tersom tillämpningen utfaller till förmån för den enskilde, håller inte när det på andra sidan av intressekonflikten finns en enskild som fått sina grundlagsskyddade rättigheter kränkta.²⁸⁷ Men oavsett om man anser att en rättighetsbegränsande åtgärd kan anses so-cialadekvat eller inte, kvarstår frågan om hur det kommer sig att oskrivna regler av detta slag kan ersätta kravet på lagstöd.

HD drar i NJA 2018 s. 1051, efter att ha gjort en tolkning av ”regleringen i regerings-formen”, slutsatsen att det inte krävs stöd i lag när det allmänna vidtar ett kroppsligt in-grepp eller frihetsberövande som kan anses straffrättsligt tillåtet med stöd av social adekvans. De tolkningsgrepp som domstolen använder sig av är dels en form av ändamåls-tolkning, dels något som närmast kan liknas vid en systematisk tolkning som innebär att de relevanta reglerna i regeringsformen läses mot bakgrund av att det allmänna har ett våldsmonopol. Som jag tidigare betonat anser jag att det av hänsyn till legalitetsprincipen bör finnas gränser för vilka tolkningsargument som kan godtas och hur långt bortom en grundlagsregels ordalydelse tolkningen kan utsträckas.²⁸⁸ HD:s tolkningar av rättighets-skyddet i de nu diskuterade avgörandena synes gå stick i stäv med utgångspunkten att fri-och rättighetsskyddet bör tolkas med tyngdpunkt på ordalydelsen och generöst till förmån för den enskilde medan möjligheter att begränsa rättigheterna bör utövas med försiktighet. Här tolkar HD snarare rättighetsskyddet snävt till nackdel för den enskilde genom att i princip göra ett reduktionsslut på lagkravet i RF 2:20 och etablera ett utrymme för att begränsa rättigheter med stöd av oskrivna regler om social adekvans. Effekten av att medge ansvarsfrihet med stöd av social adekvans avseende en gärning som utgör en rät-tighetsbegränsning, blir ur ett rättighetsperspektiv att den företrädare för det allmänna

²⁸⁷ Ågren m.fl. s. 85 f. Se ovan i avsnitt 3.3.3.

²⁸⁸ Se ovan i avsnitt 2.3.2.

som vidtagit rättighetsbegränsningen skyddas, medan den enskilde som utsatts för begränsningen får tåla ingreppet. Tolkningen kan alltså sägas utfalla till förmån för det allmänna.²⁸⁹

Denna öppning för social adekvans som grund för rättighetsbegränsningar inom ramen för det allmännas verksamhet är svårförenlig med kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag. Situationen är därför den, givet det rättsläge som nu råder, att olika rättskällor förefaller ge olika svar på vad som är gällande rätt. Medan det å ena sidan kan sägas att lagkravet för rättighetsbegränsningar utesluter att stöd för rättighetsbegränsande åtgärder hämtas i någon annan slags regel än en lag, kan det å andra sidan konstateras att det enligt rättspraxis måste finnas ett utrymme för att med stöd av oskrivna regler social adekvans vidta åtgärder som utgör rättighetsbegränsningar. Den avvikelse från lagkravet som HD öppnat för får på flera sätt konsekvenser för rättighetsskyddet, men också i förhållande till folksuveränitetsprincipen. I nästa avsnitt diskuteras dessa konsekvenser.

6 Vad innebär öppningen för social adekvans som grund för rättighetsbegränsningar ur ett konstitutionellt perspektiv?

Avvikelsen från kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag får ett flertal problematiska konsekvenser ur ett konstitutionellt perspektiv. I detta avsnitt diskuteras inledningsvis hur HD:s praxis i NJA 1988 s. 586, NJA 2009 s. 776 och NJA 2018 s. 1051 förhåller sig till detta krav och vad ett utrymme för social adekvans som grund för rättighetsbegränsningar innebär för rättighetsskyddet. Därefter ska någonting sägas vilka konsekvenser utrymmet för får ur ett folksuveränitetsperspektiv. Jag reflekterar även kring huruvida en kodifiering av social adekvans skulle bidra till att göra rättsläget mer tillfredsställande ur konstitutionell synpunkt. Därefter belyser jag några likvärdighetsaspekter som HD:s praxis aktualiserar. Slutligen ges några avslutande reflektioner.

²⁸⁹ Ur ett straffrättsligt perspektiv blir det annorlunda. Den företrädare för det allmänna som begått gärningen är i förhållande till den domstol som dömer i målet att betrakta som en enskild. Ur ett konstitutionellt perspektiv får den tilltalade i förhållande till den individ som utsatts för rättighetsbegränsningen dock anses representera det allmänna.

6.1 Ett avsteg från kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag

Öppningen för att rättighetsbegränsningar inom ramen för det allmännas verksamhet under vissa förutsättningar kan anses tillåtna med hänvisning till social adekvans innebär ett avsteg från kravet på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag. Eftersom RF 2:20 förutsätter av riksdagen stiftad lag kan förstås oskrivna regler om social adekvans inte anses uppfylla lagkravet. HD har dock fastslagit att det inte krävs lagstöd avseende kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden från det allmännas sida som, om de vidtogs av en enskild under motsvarande förhållanden, skulle anses tillåtna med hänvisning till social adekvans. Men även om domstolen bedömt att regeringsformens lagkrav inte är tillämpligt kvarstår Europakonventionen och dess krav på att rättighetsbegränsningar ska ha stöd i lag, något som HD inte resonerar kring i något av de nu aktuella avgörandena.

Europadomstolen har visserligen slagit fast att exempelvis sedvanerätt eller rättspraxis kan utgöra ”lag” i konventionens mening, men det finns som redogjordes för i avsnitt 2.2.2 vissa kvalitetsmått som måste vara uppfyllda avseende denna ”lag”. Det kan ifrågasättas om oskrivna regler om social adekvans uppfyller dessa. För det första kräver Europakonventionen att den ”lag” som begränsningen stödjer sig på ska finnas publicerad och tillgänglig för den enskilde. I de nu diskuterade fallen förefaller det som att HD mer eller mindre bygger en ny, oskriven regel. Denna regel används sedan för att i efterhand rättfärdiga ett handlande från det allmännas sida som innebär en inskränkning i en enskilds rättigheter. Den regel som begränsningen stödjer sig på har sålunda inte varit tillgänglig för den enskilde på förhand utan skapas först efter att inskränkningen skett. Möjligen skulle det faktum att det går att tala om en ”lära om social adekvans” som finns nedskrivet och tillgängliggjord i förarbeten, rättspraxis och doktrin kunna räcka för att begränsningen ska anses tillgänglig. Mot bakgrund av att det råder viss oklarhet kring vad som menas med social adekvans samt att läran om social adekvans inte i sig kan anses ge uttryck för en viss regel är det dock tveksamt att om den s.k. läran om social adekvans kan anses uppfylla tillgänglighetskravet.

Därtill innefattar Europakonventionens lagkrav ett krav på precision, som innebär att garantier för förutsebarhet och skydd mot godtycklig maktutövning måste finnas i den ”lag” som en rättighetsbegränsning grundas på. Den blotta existensen av en lära om social

adekvans räcker knappast för att ge enskilda en adekvat indikation om de närmare förutsättningarna för när deras rättigheter kan komma att begränsas, och sätter inte heller tillräckligt tydliga ramar för myndigheternas agerande i syfte att förhindra godtycke. Snarare öppnar social adekvans upp för godtyckliga rättighetsbegränsningar och maktmissbruk, eftersom vad som kan anses vara socialadekvat bygger på intresseavvägningar i det enskilda fallet. Följaktligen kan oskrivna regler om social adekvans inte anses uppfylla kravet på precision. Min slutsats blir därmed att öppningen för social adekvans som grund för rättighetsbegränsningar inte kan anses förenlig med Europakonventionens lagkrav.

Att Europakonventionen knappt berörs i något av avgörandena kan kanske förklaras med den nationalisering av rättighetsskyddet som synes ha skett på senare tid. Med detta menas att domstolarna tycks ha blivit mer benägna att gå direkt på inhemska rättighetsregler än att gå omvägen via Europakonventionen.²⁹⁰ Detta är dock endast en tänkbar förklaring till varför HD gör som den gör, och inte ett godtagbart argument för att avstå från en bedömning av konventionsenligheten. Rimligtvis måste rättstillämparen beakta principen om bästa skyddet, och därmed även för det fall en åtgärd kan anses förenlig med regeringsformen, göra en bedömning mot Europakonventionens krav. En sådan kompletterande bedömning får anses nödvändig mot bakgrund av att de olika rättighetskomplexen inte är identiska, och att Europakonventionen i vissa situationer kan innebära ett mer långtgående skydd. Åtminstone bör det krävas att rättstillämparen gör en konventionskonform tolkning av relevanta regler i regeringsformen för att säkerställa att konventionens krav är uppfyllda.

Ett avsteg från lagkravet för rättighetsbegränsningar till förmån för oskrivna regler leder till att det blir otydligt för den enskilde på vilka grunder rättighetsbegränsningar kan komma att ske. Detta är problematiskt ur rättssäkerhetssynpunkt eftersom det innebär en risk för godtycklig maktutövning och maktmissbruk, då det saknas tydliga ramar för när och hur en rättighetsbegränsning får ske. Företrädare för det allmänna förväntas själva avgöra vad som med hänvisning till social adekvans är tillåtet att göra, och ytterst är det domstolarna som drar gränserna mellan straffbara och socialt adekvata gärningar. Därtill

²⁹⁰ Jfr Bull, 2017, s. 220 f.

kan avvikelser från lagkravet antas innebära att grunderna för en rättighetsbegränsning inte blir tröskade i samma utsträckning som de skulle ha blivit i en lagstiftningsprocess och således kan de förväntas vara mindre välavvägda än de annars skulle ha varit, vilket också riskerar att påverka rättssäkerheten i negativ riktning.

Som framhållits ovan fyller lagkravet i RF 2:20 den funktionen att makten över rättighetsbegränsningar läggs hos folkets främsta representanter, riksdagen. När makten att besluta om rättighetsbegränsningar istället hamnar hos domstolar och myndigheter sätts denna funktion ur spel. Vad detta närmare innebär analyseras i nästa avsnitt.

6.2 Folksuveräniteten sätts ur spel när social adekvans ersätter lagstöd

Som framgått i det föregående är RF 2:20 en av de regler i regeringsformen som kan sägas förse folksuveränitetsprincipen i RF 1:1 st. 1 med rättsligt innehåll. Att det bara är riksdagen som får begränsa rättigheter innebär en garanti för att folkets representanter involveras i frågor som rör rättighetsbegränsningar.²⁹¹ I lagkravet ligger sålunda en spärr som upprätthåller gränsen mellan normgivning och rättstillämpning.²⁹² Att en rättighetsbegränsning blir föremål för en lagstiftningsprocess medför som redan framhållits offentlighet och möjlighet till allmän debatt, lagrådsgranskning samt rätt för samtliga riksdagspartier att delta i såväl utskottsbehandlingen som i omröstningen i kammaren.²⁹³ Om avvägningarna bakom en rättighetsbegränsning görs inom ramen för en domstolsprocess istället för i en lagstiftningsprocess, går de ur ett demokratiperspektiv värdefulla inslag som ingår i en lagstiftningsprocess förlorade. När HD i de fall som nu diskuterats ersätter lagstöd med en lära som går ut på att i rättstillämpningen etablera oskrivna regler utifrån intresseavvägningar som bygger på vad som enligt domstolen kan anses önskvärt eller tolerabelt ur samhällelig synpunkt, rubbas den spärr mellan normgivning och rättstillämpning som lagkravet bidrar till att upprätthålla.

²⁹¹ Se ovan i avsnitt 2.2.1.

²⁹² Sterzel s. 114.

²⁹³ A.a. s. 131.

Lagstiftaren kan visserligen sägas ha lämnat ett utrymme åt rättstillämpningen att medge ansvarsfrihet utan lagstöd i fall där en gärning måste anses socialt adekvat.²⁹⁴ Tillämpningen av social adekvans kan därmed sägas ha viss legitimitet även om det saknas lagstöd för den. Sådan legitimitet förutsätter dock enligt min mening att rättstillämparen håller sig till att använda social adekvans när det uppstår intressekonflikter som lagstiftaren inte kan anses ha tagit ställning till hur de ska hanteras. Om lagstiftaren ansett att det är av sådan vikt att enskilda inte utsätts för godtyckliga frihetsberövanden eller kroppsliga ingrepp att ett skydd mot sådana ingripanden har införts i grundlagen, är det svårt att acceptera att det utrymme som givits åt domstolarna att tillämpa social adekvans utnyttjas för att inskränka detta grundlagsskydd.

6.3 Skulle en lagregel om social adekvans göra rättsläget mer tillfredsställande?

Av hänsyn till legalitetsprincipen är det tveksamt att tillämpa social adekvans även i fall där det inte kommer i konflikt med grundlagens rättighetskydd, men lagstiftaren synes ha bedömt att det i sådana situationer är det minst dåliga alternativet.²⁹⁵ När det straffskyddade intresset av att en gärning ska anses otillåten sammanfaller med en grundlagsskyddad rättighet anser jag dock, som framgått, att det är svårt att hävda att det saknas ett ställningstagande från lagstiftaren rörande hur en eventuell intressekonflikt mellan detta skydd och något icke-grundlagsskyddat intresse ska lösas.

Här aktualiseras frågan om en kodifiering i lag av läran om social adekvans skulle göra rättsläget mer tillfredsställande ur ett konstitutionellt perspektiv. Som redan framhållits innebär emellertid kravet på lagstöd för rättighetsbegränsningar mer än bara ett formellt krav på av riksdagen stiftad lag. Lagen måste vara tillräckligt tydlig och preciserad för att uppfylla de krav på förutsebarhet och hinder mot godtycke som anses ingå i lagkravet.²⁹⁶ Eftersom social adekvans är ganska oskarpt i konturerna och det inte verkar vara möjligt att tydligt avgränsa i vilka situationer det kan komma att tillämpas, är det oklart om en kodifiering av social adekvans skulle kunna utformas så att den uppfyller dessa krav.

²⁹⁴ Se ovan i avsnitt 3.

²⁹⁵ Se ovan i avsnitt 3.1.

²⁹⁶ Detta gäller såväl regeringsformens som Europakonventionens lagkrav, se ovan i avsnitt 2.2.

En jämförelse kan göras med bestämmelsen om nödvärn i BrB 24:1, som tar sikte på en specifik intressekollision mellan å ena sidan ett straffskyddat intresse och å andra sidan intresset av att en person ska kunna värja sig mot vissa former av angrepp. De situationer där nödvärnsrätt föreligger är förhållandevis tydligt definierade i bestämmelsen. Social adekvans bygger, till skillnad från regeln om nödvärn, på oförutsedda intressekollisioner och att social adekvans överhuvudtaget behövs beror på att det inte går att på förhand tydligt definiera i vilka situationer det kan komma att bli aktuellt att tillämpa den. Således skulle en kodifiering av social adekvans svårligen kunna utformas så att den uppfyller tillräckliga krav på förutsebarhet och på att det skönsmässiga utrymmet ska vara så tydligt avgränsat att maktmissbruk och godtycke kan motverkas.

Att kodifiera social adekvans löser mot bakgrund av det nu sagda knappast några problem ur rättssäkerhetssynpunkt, snarare tvärtom, eftersom ett formellt lagstöd för social adekvans skulle riskera att leda till att det tillämpades mindre återhållsamt än vad som nu är fallet. Sådant indirekt lagstöd i form av generalklausuler och liknande, som ger myndigheter ett stort tolkningsutrymme avseende förutsättningarna för rättighetsbegränsningar, godtas i regel inte utifrån RF 2:20. Förutom att en kodifiering av social adekvans inte direkt löser några rättssäkerhetsproblem avseende rättighetsbegränsningar, innebär lagkravets funktion som garant för den demokratiska legitimiteten i rättighetsbegränsningar att en kodifiering vore olämplig. Om en slags generalklausul om social adekvans skulle godtas som grund för rättighetsinskränkningar skulle det innebära att det lämpades över på myndigheter och domstolar att göra de avvägningar som ligger bakom en rättighetsbegränsning. Detta synes svårt att förena med ett av lagkravets huvudsyften, som är att lagstiftaren ska tvingas att tydligt redovisa de avvägningar som görs i enlighet med RF 2:21 samt i förekommande fall RF 2:24. Min slutsats blir följaktligen att en kodifiering av social adekvans inte skulle göra rättsläget mer tillfredsställande ur konstitutionell synpunkt.

6.4 Ett stärkt skydd för individens fri- och rättigheter – för vem?

Som lyftes fram i inledningen till avsnitt 4 har de avgöranden som nu är föremål för diskussion vissa saker gemensamt som är värda att fundera över. HD har i dessa fall öppnat

upp för att göra avsteg från lagkravet för rättighetsbegränsningar inom ramen för verksamheter där det allmänna har någon form av tillsyns- eller omsorgsansvar. I fallen har det rört verksamhet som innefattar vård- och omsorg om personer med demenssjukdom samt skolverksamhet. De som drabbas av avsteget från lagkravet med de konsekvenser som detta medför är således främst barn och personer som lider av demenssjukdom.

Fri- och rättighetsreglerna i regeringsformen har i många andra fall på senare tid tolkats generöst till förmån för den enskilde. HD har till och med varit beredd att gå emot lagstiftarens intentioner enligt förarbetena och gjort en strikt ordalydelse-tolkning för att försvara den enskildes fri- och rättigheter gentemot det allmänna.²⁹⁷ De avgöranden som presenterats i avsnitt 4 tyder närmast på att rättighetsreglerna snarare tolkats snävt och till nackdel för den enskilde. Istället för att ge den enskildes frihet så stort utrymme som möjligt gentemot det allmänna genom att hålla strikt på lagkravet i RF 2:20, etablerar domstolen ett utrymme för bl.a. skol- och vårdpersonal att utan stöd i lag vidta kroppsliga ingrepp eller frihetsberövanden mot skolelever eller personer med demenssjukdom.

Det förtjänar att uppmärksammas att lagkravet synes ha tolkats på olika sätt i rättspraxis beroende på i vilken situation det har aktualiserats och vem som är rättighetsbärare. Varför ges lagkravet en strikt tolkning till förmån för en enskilde när det gäller det allmännas rätt att vidta kroppsliga ingrepp eller frihetsberövanden i vissa fall²⁹⁸ men inte i andra²⁹⁹? Problemet med att barn verkar behandlas annorlunda än andra i rättighetshänseende har lyfts fram ett flertal gånger i litteraturen.³⁰⁰ Det finns anledning att fundera över hur utfallet i de nu diskuterade avgörandena hade blivit om det varit fråga om en vuxen, frisk person som utsatts för ett påtvingat kroppsligt ingrepp eller frihetsberövande från det allmännas sida. Skulle det exempelvis finnas samma utrymme för en universitetslärare att ingripa fysiskt mot en vuxen student, som HD har fastslagit att det finns för lärare som undervisar barn att ingripa fysiskt mot dem?

²⁹⁷ Se t.ex. NJA 2012 s. 400 och NJA 2014 s. 332, som presenterats ovan i avsnitt 2.3.4.

²⁹⁸ NJA 2005 s. 33 och NJA 2016 s. 1165, se ovan i avsnitt 2.2.1.

²⁹⁹ NJA 1988 s. 586, NJA 2009 s. 776 och NJA 2018 s. 1051.

³⁰⁰ Se t.ex. Enkvist och Gustafsson s. 33, Warnling-Nerep s. 301 ff. och Kindström Dahlin.

I NJA 2018 s. 1051 uttalar HD att det kan ha betydelse för bedömningen av vad som är tillåtet med hänvisning till social adekvans om åtgärden i fråga riktar sig mot en person som är förvirrad eller på annat sätt inte är beslutskapabel. Detta får antas innebära att utrymmet för vidta en tvångsåtgärd utan stöd i lag med hänvisning till social adekvans är större om gärningen riktas mot exempelvis en demenssjuk person, vilken till följd av sin sjukdom kan anses ha nedsatt beslutsförmåga.³⁰¹ En person som har inte är beslutskapabel får allmänt antas ha en begränsad möjlighet att själv tillvarata sina rättigheter. Det skulle mot bakgrund härav kunna sägas vara en angelägen uppgift för rättstillämparen att värna om skyddet för sådana personers rättigheter. Åtminstone borde barn eller personer som lider av demenssjukdom, mot bakgrund av att rättighetsskyddet omfattar var och en, tillerkännas ett lika stort skydd för sina fri- och rättigheter som andra.³⁰² Den rättspraxis som nu har diskuterats tyder dock på att så inte är fallet. Även om fri- och rättighetsskyddet i teorin är likvärdigt för alla, förefaller det i praktiken vara olika starkt för olika rättighetsbärare beroende på hur rättighetsskyddet tolkas i det enskilda fallet.

6.5 Avslutande reflektioner

I inledningen till denna uppsats diskuterades att det tycks pågå en utveckling mot att individens fri- och rättigheter får en allt starkare ställning i rättstillämpningen i takt med att domstolarna stärker sin roll som garant för fri- och rättigheterna. En konsekvens av att rättighetsskyddet får ta alltmer plats i rättstillämpningen är onekligen att domstolarnas makt över tolkningen av rättighetsskyddet har blivit större. I ett flertal fall på senare tid har vi sett HD värna om enskildas fri- och rättigheter gentemot det allmänna, genom en till förmån för individen generös tillämpning av rättighetsskyddet. Samtidigt som domstolarnas makt över rättighetsskyddet kan användas för att upprätthålla och stärka skyddet, finns dock en risk för domstolarnas tolkningar av rättighetsreglerna leder till försvagningar av rättighetsskyddet i praktiken.

³⁰¹ Se SOU 2006:110 s. 193 f. angående att personer som lider av demenssjukdom kan ha nedsatt beslutsförmåga.

³⁰² Jfr JO 1989/90 s. 160.

I de avgöranden som nu har diskuterats öppnar HD upp för avvikelser från kravet på att kroppsliga ingrepp och frihetsberövanden som vidtas av det allmänna ska ha stöd i lag. Istället etablerar domstolen ett utrymme för oskrivna regler om social adekvans som grund för rättighetsbegränsande åtgärder inom ramen för det allmännas verksamhet. Läran om social adekvans bygger på intresseavvägningar mellan intressen som skyddas i straffrättslig lagstiftning, samt i förekommande fall som vi nu har sett även i grundlag, och så kallade samhällsliga intressen som identifieras och definieras av domstolen i det enskilda fallet.

Öppningen för social adekvans som grund för rättighetsbegränsningar är problematisk ur konstitutionell synvinkel på flera sätt. Förutom att det medför risker för godtyckliga kränkningar av individens rättigheter leder avsteget från lagkravet till att en viss del av makten att avgöra vad som är en tillåten rättsbegränsning flyttas över från lagstiftaren till domstolarna. Därtill kan de nu diskuterade avgörandena kritiseras ur ett likvärdighetsperspektiv, eftersom de får till effekt att vissa rättighetsbärare i praktiken tillerkänns ett svagare skydd än andra. Öppningen för avsteg från lagkravet synes åstadkommas genom en snäv tolkning av rättighetsskyddet i regeringsformen, till nackdel för den enskilde. Kanske är det vagheten i rättighetsreglerna möjliggör att en viss regel i regeringsformens andra kapitel ges skiftande tolkningar i likartade situationer. Enligt min mening bör det dock kunna krävas viss konsekvens avseende hur rättighetsreglerna tolkas, om inte annat för att det inte kan anses önskvärt att domstolars tolkningar leder till ett rättighetsskydd som i praktiken är olika starkt för olika rättighetsbärare. Om reglerna i regeringsformens andra kapitel ska skydda var och en, måste rimligtvis tolkningen av dem utgå från samma principer oavsett om det gäller barn, vuxna, sjuka eller friska personer. Det bör av hänsyn till legalitetsprincipen finnas en gräns för hur långt ifrån reglernas ordalydelse tolkningsutrymmet kan utsträckas.

Lika viktigt som det är att domstolarna kontrollerar att lagstiftare och myndigheter respekterar rättighetsskyddet, är det att gränserna för domstolarnas tolkning och tillämpning av rättighetsreglerna granskas kritiskt. Självklart måste även prejudikatinstanserna

respektera rättighetsskyddet och hålla sig inom den konstitutionella rättens ramar.³⁰³ Det är en sak att tillämpningen av social adekvans accepteras på straffrättens område. När den konstitutionella fri- och rättighetsregleringen aktualiseras har domstolarna dock att upprätthålla de värden som lagstiftaren nedlagt i grundlag och bör inte ägna sig åt att fritt vikta olika samhällsintressen mot varandra på bekostnad av individens rättighetsskydd.

³⁰³ Jfr Enkvist och Gustafsson s. 28.

Källor

Offentligt tryck

Propositioner

Proposition 1962:10 med förslag till brottsbalk

Proposition 1975/76:209 om ändring i regeringsformen

Proposition 1978/79:195 om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m.

Proposition 1983/84:11 med förslag till polislag m.m.

Proposition 1993/94:117 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri och rättighetsfrågor

Proposition 1997/98:45 Miljöbalk

Proposition 2005/06:11 Maskeringsförbud

Proposition 2009/10:80 En reformerad grundlag

Proposition 2009/10:165 Den nya skollagen – för kunskap, valfrihet och trygghet

Proposition 2016/17:165 Kroppsbesiktning i syfte att utreda ålder i brottmålsprocessen

Statens offentliga utredningar

SOU 1953:14 Förslag till brottsbalk, avgivet av straffrättskommittén

SOU 1963:17 Författningsutredningen VI, Del 2

SOU 1972:15 Ny regeringsform, Ny riksdagsordning

SOU 1979:6 Polisen, betänkande av 1975 års polisutredning

SOU 1982:63 Polislag, betänkande av 1981 års polisberedning

SOU 1984:64 Ledighet för anhörigvård, betänkande av anhörigvårdskommittén

SOU 1988:7 Frihet från ansvar om legalitetsprincipen och om allmänna grunder för ansvarsfrihet: slutbetänkande

SOU 2006:110 Regler för skydd och rättssäkerhet för personer med demenssjukdom

SOU 2008:125 En reformerad grundlag

Kommittédirektiv

Dir. 1983:43

Lagrådsyttranden

Lagrådets yttrande 2018-12-18 över lagrådsremissen God vård och omsorg om personer med demenssjukdom samt regler för skydd och rättssäkerhet

Rapporter

Socialstyrelsens slutrapport, Vård och omsorg om personer med nedsatt beslutsförmåga, februari 2015

Litteratur

Asp, P, Ulväng, M och Jareborg, N, Kriminalrättens grunder, första upplagan, Iustus 2010 (cit: Asp m.fl.)

Bengtsson, B, Grundlagen och fastighetsrätten, Nerenius & Santérus Förlag 1996 (cit: Bengtsson 1996)

Berggren, N-O och Munck, J, Polislagen: en kommentar, femte upplagan, Nordstedts Juridik 2005

Bull, T, Mötes- och demonstrationsfriheten, Iustus 1997 (cit: Bull, 1997)

Bull, T, Regeringsformens renässans, s. 67–81, i Allmänt och enskilt - Festskrift till Lena Marcusson, Iustus 2013 (cit: Bull, 2013)

Bull, T och Sterzel, F, Regeringsformen – en kommentar, tredje upplagan, Studentlitteratur 2015

Cameron, I, An Introduction to the European Convention on Human Rights, åttonde upplagan, Iustus Förlag 2018

Derlén, M, Lindholm, J och Naarttijärvi, M, Konstitutionell rätt, Wolters Kluwer 2016 (cit: Derlén m.fl.)

Enkvist, V, Religionsfrihetens rättsliga ramar, Iustus förlag 2013

Enkvist, V och Gustafsson, A, Ett likvärdigt fri- och rättighetsskydd i skolan? – om elevers yttrandefrihet och skydd mot kroppsliga ingrepp, s. 15–36 i Likvärdig skola för alla, del tre, red: Scheutz, S, Iustus förlag 2017

Frändberg, Å, Begreppet rättsstat, s. 21–41 i Rättsstaten – Rätt, politik och moral, red. Sterzel, F, Rättsfonden 1996

Holmberg, E, Stjernquist, N, Isberg, M, Eliason, M och Regner, G, Grundlagarna, tredje upplagan, Nordstedts Juridik 2012

Jareborg, N, Brotten. Första häftet. Grundbegreppen. Brotten mot person, andra upplagan, Uppsala 1984. (cit: Jareborg, 1984)

Jareborg, N, Allmän kriminalrätt, Iustus förlag 2001 (cit: Jareborg, 2001)

Jareborg, N, och Friberg, S, Brotten mot person och förmögensbrotten, första upplagan, Iustus 2010

Kleineman, J, Rättsdogmatisk metod s. 21–46 i Nääv, M, och Zamboni, M (red), Juridisk metodlära, andra upplagan, Studentlitteratur 2018

Leijonhufvud, M, Wennberg, S och Ågren, J, Straffansvar, tionde upplagan, Nordstedts Juridik 2018 (cit: Ågren m.fl.)

Nergelius, J, Svensk statsrätt, fjärde upplagan, Studentlitteratur 2018 (cit: Nergelius, 2018)

Persson, M, Introduktion, s. 39–66 i Svensk juridik, red: Persson, M, Giertz, M, Hellstadius, Å, Nilsson, M, Reichel, J, Sjödin, E, Ågren, J och Åhman, K, första upplagan, Nordstedts juridik 2017

Petrén, G och Ragnemalm, H, Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar, tolfte upplagan, Liber Förlag 1980

Rynning, E, Samtycke till medicinsk vård och behandling en rättsvetenskaplig studie, Iustus Förlag 1994

Samuelsson, J och Melander, J, Tolkning och tillämpning, andra upplagan, Iustus Förlag 2003

Strömholm, S, Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära, femte upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm 1996

Warnling-Nerep, W, JO som ett värn för den enskildes rätt till personlig integritet, s. 297–321 i JO – Lagarnas väktare, red: Ekroth, J och Swanström, K, Riksdagens ombudsmän – JO 2009

Wennergren, B, Demonstrationsfrihet och civil olydnad, i Om våra rättigheter IV, Rättsfonden 1990

Westberg, P, Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet, s. 421–446 i Festskrift till Per Olof Bolding, Juristförlaget 1992

Wittrock, M, Föreskriftsmakten, Statsrättsliga undersökningar på grundval av regeringsformen, konstitutionell praxis och doktrin, Iustus förlag 1986

Åhman, K, Grundläggande rättigheter och juridisk metod, första upplagan, Nordstedts juridik 2015 (cit: Åhman)

Tidskrifter

Bengtsson, B, Replik till frågan om 2 kap. 18 andra stycket regeringsformen, SvJT 1996 s. 898–899. (cit: Bengtsson 1996 II)

Bull, T, Rättighetsskyddet i Högsta förvaltningsdomstolen, SvJT 2017 s. 216–244 (cit: Bull 2017)

Cameron, I och Jonsson-Cornell, A, Terroristbrott – en översikt, SvJT 2017 s. 709–734

Jareborg, N, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004, s. 1–10 (cit: Jareborg, 2004)

Kindström Dahlin, M, Att tvinga ett barn – om barns rättigheter i hälso- och sjukvården och behovet av en tydligare tvångsvårdslagstiftning, FT 2/2016

Lebeck, C, Den förvaltningsrättsliga legalitetsprincipen i svensk rätt I: teoretisk och konstitutionell bakgrund, FT 1/2015

Michanek, Markägare – Med rätt att döda? Miljörättslig tidskrift 1995:2 s. 155–184

Nergelius, J, Om grundlagstolkning, grundlagsvänlig tolkning och åsidosättande av grundlagsstridig lag, SvJT 1996 s. 835–871 (cit: Nergelius, 1996)

Reichel, J, Rättsliga begränsningar av myndigheters fria skön – från ett EU-rättsligt och svenskt perspektiv, Upphandlingsrättslig tidskrift s. 338–361

Sandgren, C, Är rättsdogmatiken dogmatisk? Tfr, vol. 118, 04–05/2005, s. 648–656 (cit: Sandgren, 2005)

Svensson, Social adekvans i straffrättsdogmatiken, SvJT 2016 s. 399–416

Vängby, S, Frågan om 2 kap. 18 andra stycket regeringsformen, SvJT 1996 s. 892–897

Åhman, K, 2 kap. RF, Europakonventionen och EU:s stadga om grundläggande rättigheter – en jämförelse, SvJT 100 år (en festskrift) s. 460–478

Rättspraxis

Högsta domstolen

NJA 1988 s. 586

NJA 1997 s. 636

NJA 2005 s. 33

NJA 2005 s. 805

NJA 2009 s. 776

NJA 2012 s. 400

NJA 2014 s. 332

NJA 2015 s. 45

NJA 2016 s. 1165

NJA 2018 s. 591

NJA 2018 s. 753

NJA 2018 s. 1051

Europadomstolen

Sunday Times mot Förenade konungariket (6538/74), 26 april 1979

Guzzardi mot Italien (7367/76) [GC], 6 november 1980

Silver m.fl. mot Förenade konungariket (8691/79), 25 mars 1983

Malone mot Förenade konungariket (8691/79), 2 augusti 1984

Foka mot Turkiet (28949/95), 24 juni 2008

Medvedev m.fl. mot Frankrike (3394/03) [GC], 29 mars 2009

Opuz mot Turkiet (33401/02), 9 juni 2009

Gillan och Quinton mot Förenade konungariket (4158/05), 12 januari 2010

Krupko m.fl. mot Ryssland (26587/07), 26 juni 2014

Justitieombudsmannens ämbetsberättelser

JO 1983/84

JO 1989/90

JO 2007/08

Tidningsartiklar

Regeringen backar om tvångsåtgärder i demensvården, Vårdfokus, 2013-02-04 (2019-05-07) <https://www.vardfokus.se/webbnyheter/2013/februari/regeringen-backar-om-tvangsatgarder-i-demensvarden/>

Så befäster HD sin roll som grundlagens väktare – stärker skyddet för enskildas fri- och rättigheter, Bergman, F, Dagens Juridik 2018-10-24 (2019-03-10), www.dagensjuridik.se/2018/10/sa-befaster-hd-sin-roll-som-grundlagens-vaktare

Internetkällor

Bexar, M, Brottsbalk (1962:700) 4 kap. 2 § Karnov (2019-05-14), https://pro-karnovgroup-se.ezproxy.its.uu.se/document/527533/2#SFS1962-0700_K4_P2-annotations

Europadomstolen om mänskliga rättigheter: 50 frågor om Domstolen, 2012-06 (2019-04-23), www.echr.coe.int, https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_SWE.pdf

Jermsten, H, Regeringsform (1974:152), Lexino 2018-01-02 (2019-03-26), <https://pro-karnovgroup-se.ezproxy.its.uu.se/document/527860/1#SFS1974-0152-annotations-lexino>

Nilsson, G, Brottsbalk (1962:700) 4 kap. 2 § Lexino 2018-08-01 (2019-03-29), https://pro-karnovgroup-se.ezproxy.its.uu.se/document/527533/2#SFS1962-0700_K4_P2-annotations-lexino

Svenska akademiens ordböcker, ”Våldsmonopol”

<https://svenska.se/tre/?sok=v%C3%A5ldsmonopol&pz=1> (2019-04-03)