



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Thomas Boking

Bevisprovokation och brottsprovokation ur polisiär synpunkt

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Per Ole Träskman

Straff/processrätt
Termin

9

Innehåll

INNEHÅLL	2
SAMMANFATTNING	4
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	7
1 INLEDNING	8
1.1 Allmänt	8
1.2 Syfte	9
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	9
2 NUVARANDE RÄTTSLÄGE AVSEENDE DE UR POLISIÄR SYNPUNKT VIKTIGASTE FRÅGORNA ANGÅENDE PROVOKATION.	10
2.1 Grundläggande principer vid polisiärt arbete	10
2.2 Terminologi:	11
2.2.1 Provokation	11
2.2.2 Bevisprovokation	12
2.2.3 Brottsprovokation	12
2.3 Under vilka omständigheter får en provokation användas?	12
2.3.1 När får en provokation inledas och användas?	12
2.3.2 Vem får besluta om en provokation?	12
2.3.3 Vem får utföra en provokation?	13
2.3.4 Hur får resultatet av en provokation användas?	13
2.3.5 Påföljd för den provocerade	13
2.3.6 Påföljd för provokatör?	14
2.3.7 Dokumentation	14
2.3.8 Referat från Högsta Domstolen	14
2.3.8.1 NJA 1951 s111	14

2.3.8.2	NJA 1960 s522	15
2.3.8.3	NJA 1972 s625	16
2.3.8.4	NJA 1985 s544	17
2.3.8.5	NJA 1988 s665	18
2.3.8.6	NJA 1989 s498	19
2.3.9	Referat JO uttalanden	20
2.3.9.1	JO 1973 s 91	20
2.3.9.2	JO 1977/78 s101	21
2.3.9.3	JO 1977/78 s126	21
2.3.9.4	JO 1997/98 s118	22
2.3.9.5	JO 2000/01 s118	25
2.3.10	Referat JK uttalanden	26
2.3.10.1	JK 1982 A28	26
2.3.10.2	JK 1988 A8	27
2.3.10.3	JK 1989 A7	28
2.3.10.4	JK 1994 A16	28
2.3.11	Utdrag ur Svensk Juristtidning	29
2.3.11.1	SvJt 1997 s 215 av Gunnel Lindberg.	29
2.3.11.2	SvJt 1999 s 903 Ulf Lindqvist	29
2.3.12	Utdrag ur doktrin	30
2.3.12.1	Axberger	30
2.3.12.2	Asp	31
2.3.13	SPANARK-utredningen	32
2.4	Sammanfattning nuvarande rätt.	34
3	SOU 2003:74 – FÖRSLAG TILL LAGSTIFTNING PÅ OMRÅDET OKONVENTIONELLA POLISIÄRA ARBETSMETODER	35
3.1	Lagförslagets lydelse	35
3.1.1	När får en provokation inledas och användas?	35
3.1.2	Vem får besluta om en provokation?	37
3.1.3	Vem får utföra en provokation?	37
3.1.4	Påföljd för den provocerade?	37
3.1.5	Påföljd för provokatör?	37
3.1.6	Dokumentation	37
4	DISKUSSION KRING NUVARANDE RÄTTSLÄGE OCH SOU 2003:74	39
5	FÖRSLAG TILL FÖRÄNDRING OCH VARFÖR.	52
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	57
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	58

Sammanfattning

Detta arbete behandlar när polis får använda sig av en provokation i nuvarande rätt. Det syftar till att ge en överblick av de rättsliga regler som gäller och de situationer där de tillämpas. De regler som gäller är av svepande natur och grundar sig i huvudsak på principerna att provokation endast får tillämpas vid en *grov* misstanke om ett redan begånget brott och att en provokation inte får förleda någon att begå ett brott som denne *annars inte skulle begått*. Dessutom berör jag de regler som gäller för ansvar både för den provocerade och för provokatören. Ansvarsfrågan är inte utredd i svensk rätt avseende provokatören och är diffus också när det gäller den provocerade. Regelverket som det ser ut dömer den provocerade för det brott som framprovocerats och om provokationen varit otillåten så döms provokatören eventuellt för medverkan till det framprovocerade brottet eller för tjänstefel. Jag har inte ansett att lagstiftningen är tillfredsställande utan för i slutet en diskussion kring begreppet ”*annars inte skulle begått*” där jag inriktar mig på det framprovocerade brottets konstruktion istället för den provocerades predisposition.

I arbetet redovisas också SOU 2003:74 avseende förslaget till lagstiftning om provokation. Förslaget löser ut frågan om när provokation får tillämpas samtidigt som den klargör ansvarsfrågan för provokatören. Förslaget tillåter det som i nuvarande rätt skulle kallas för brottsprovokation genom att föreslå att åtgärder *får* vidtas som kan leda till att någon begår ett brott om det *kan antas* att denne skulle begått brottet ändå. I samma lagtext som provokationen lägger alltså förslaget också in en ansvarsfrihetsgrund för provokatören genom att låta denna få utföra en sådan gärning. Jag för i min diskussion fram förslaget såsom lämpligt att införa då polisen har ett behov av effektiva metoder i brottsbekämpningen.

Förord

I mitt dagliga yrke som polis träffar jag på väldigt många människor från alla områden i samhället. Flera av dessa har varit utsatta för brott andra har begått brottsliga handlingar. Jag ser varje dag hur rättsäkerheten brister i fråga om samhällets ansvar att skydda medborgarna från kriminalitet. Under de senaste årtionden har brottslingen fått en allt större och enligt mig missvisande status som offer. I och med detta har också diskussionen kring integritet fått en snedvriden vinkling då inskränkningar i kriminellas möjlighet att begå brott på ett oproportionellt sätt jämförts med laglydigas risk för att få sin integritet kränkt. I diskussionen förs ofta fram uttryck såsom att ”storebror ser dig”. Det förs inte lika mycket fram att för att storebror skall kunna skydda dig så finns det också risk för att du någon gång blir sedd.

Jag blir ofta kontaktad av människor som frågar mig varför inte polisen gör något åt kriminaliteten i samhället som de anser ökat markant. Framförallt våldsbrotten och narkotikabrotten. När jag har tid och möjlighet brukar jag förklara för dem hur jurister på avgörande poster d.v.s JO, JK och domstolarnas lagmän resonerar kring polisens arbete. När jag berättar för dem som exempel att om en gärningsman som kör ifrån en polis kör för fort så måste polisen avbryta efterföljandet annars kan polisen bli ansvarig för den skada som gärningsmannen utsätter sig själv och andra för, när jag fortsätter att berätta om att en polis som tillfrågas om att köpa narkotika och ser till att gripa personen för all narkotika säljaren skaffar fram gör sig skyldig till narkotikabrott så brukar jag bli avbruten ungefär här och tillfrågad hur jag kan stå ut med att arbeta som polis för regelverket är helt klart befängt och att de förstår att kriminaliteten ökar då det är lätt att begå brott i Sverige.

Jag har mött föräldrar till barn som missbrukar narkotika. Föräldrarna undrar varför inte polisen ingripit tidigare. När jag förklarar hur svårt det är att lagföra de större langarna med konventionella metoder svarar de att polisen måste få tillgång till andra metoder. De metoder som allmänheten för fram till mig avseende provokation såsom att de borde vara självklara är i stort de som jag kommer fram till här och som också liknar lagförslaget från 2003.

Under de fyra år jag arbetat i Malmö har jag sett hur ett personrån från att ha varit en större händelse har blivit ett vardagsbrott. Under en period kring oktober-december 2005 visade statistik på mellan 80-100 personrån i månaden. Polisen tvingades tillsätta en särskild rånkommision vilket kräver

resurser som då tas från andra områden. Resultaten av rånkommisionens arbete visar dock på en viss positiv utveckling i form av ett minskande antal utförda rån och ett ökande antal lagförda. Dock som jag sa så tar konventionella metoder här väldigt stora resurser vilket gör att andra områden såsom exempelvis den förebyggande verksamheten blir lidande. Okonventionella metoder kräver mindre resurser.

Åldringsbrott utförs numera organiserat av ligor och sker åtminstone ett om dagen.

I och med Öresundsbronns tillkomst har priset på narkotika dalat och narkotika har blivit allt mer tillgängligt. Missbruket startar i allt lägre ålder på detta följer också en hel del grövre våldsbrott såsom skottlossning med personsador och iband med dödlig utgång.

Det är tydligt att man måste göra något åt problemet. Ett första steg är att börja fokusera på de ”verkliga” offren. De som inte vågar sig ut på kvällarna efter att ha blivit utsatta för brott. Äldre människor som berövats möjligheten att röra sig fritt i samhället. Där är offren. Inte narkotikahandlaren i sin nya lyxbil.

Låt det bli jobbigt att vara kriminell. Låt polisen få möjlighet att lagföra de kriminella som står bakom den organiserade brottsligheten.

Jag har i detta arbete varit medvetet provokativ för att föra ut mitt budskap. Ibland har jag stora överskrifter med lite text under. Detta för att belysa hur jag som polis får stora begrepp att röra mig med men mycket lite förklaring till vad begreppen står för eller hur de skall användas . Att sedan då också stå under straffansvar som medverkande vid en ”felanvändning” är heller inte upplyftande och en oacceptabel arbetsmiljö.

Jag vill tacka min familj för det tålamod de haft med mig.

Förkortningar

Art.	Artikel
BrB	Brottsbalken
Brå	Brottsförebyggande rådet
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JK	Justitiekanslern
JO	Justitieombudsmannen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv avd I
RB	Rättegångsbalken
RPS	Rikspolisstyrelsen
RÅ	Riksåklagaren
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SPANARK	Av RPS tillsatt grupp för åtgärder mot narkotika
SvJt	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Allmänt

Anledningen till att jag valde att göra dett arbete är att området kring provokation är i princip oreglerat i den svenska rätten. Det intryck jag fått utifrån mitt arbete som polis och mitt intresse för juridik är att klarare regler kring området skulle kunna effektivisera polisarbetet i hög utsträckning utan att för den skull inverka på rättssäkerheten.

I takt med den allt ökande kriminaliteten och framförallt den ökande grövre kriminaliteten kan frågan med fog ställas om det är rimligt att en effektiv metod fortgår att vara så diffust reglerat. De regler som finns skapas av rättspraxis, JO och JK och det är inte tillfredsställande att ett ganska kraftigt intrång i enskildas förehavanden inte har förankring i lag.

Resultatet av att lagstiftning saknas är att stor osäkerhet råder om när det är tillåtet att använda sig av metoden. Detta gör att metoden inte används i så stor utsträckning men när den används ger den ofta ett gott resultat.

När provokation används rör det sig främst om att beivra narkotikabrott. Provokation ger större möjlighet att avslöja leverantörer av narkotika och de som leverantörerna i sin tur köper ifrån. Exempelvis uppger en provokatör att han vill köpa narkotika av en presumtiv säljare. Säljaren tar då fram det parti som han vill sälja och har då visat att han är innehavare till narkotika och kan då lagföras för detta alternativt också för försöket till försäljning av narkotika. Genom att få misstankarna bekräftade finns det möjlighet att följa gärningsmannen till en adress där han i sin tur köper narkotika vilket ger värdefull information till polisen. Efterhand kan en leveranskedja nystas upp. En bonuseffekt är den oro som skapas hos den organiserade brottsligheten. Min inställning är att polis borde kunna provocera än hårdare i de här fallen vilket redovisas i detta arbete. Det är inte ovanligt att gärningsmän har friats i domstol för att de hävdar att den narkotika de har på sig inte tillhör dem, att en okänd person lagt narkotika i deras byxor m.m. Att provocera fram ett försök till försäljning är således ett ypperligt bevis åtminstone till *innehavet* av narkotika.

Slutligen så har också företrädare för regeringen insett betydelsen av provokation och till och med uttalat ett långtgående stöd för provokativa åtgärder vid brott med relativt lågt straffvärde.

1.2 Syfte

Syftet med arbetet är att lyfta fram provokation ur ett polisiärt perspektiv och göra en överskådlig presentation över gällande rätt avseende provokation. Jag vill också lyfta fram en diskussion kring om inte provokation bör tillåtas i ett vidare sammanhang än vad som tillåts idag.

1.3 Avgränsningar

Jag har valt att inrikta mig på gällande svensk rätt med tillhörande del av Europadomstolens utfall i Teixeira de Castro v. Portugal. Provokation tillämpas som ett normalt inslag i ett flertal andra länder där det också finns en tillhörande lagstiftning bl.a Danmark. Jag anser att det för denna framställningen inte är behövt att inkludera andra länders lagstiftning då diskussion mycket väl kan föras kring det svenska rättsläget.

1.4 Metod och material

Metoden jag har valt är inledningsvis beskrivande med hänvisningar. Jag har valt att referera både HD, JK och JO i stor utsträckning då det är dessa i brist på lagstiftning som i stort fått styra händelseutvecklingen på området. Jag anser att dessa referat är viktiga för att få en förståelse för i vilka sammanhang rättsinstanserna uttalat de principer som gäller. Jag väljer att vänta med diskussionen till slutet där jag låter mina åsikter blandas med lagförslaget och rättsinstanserna. I den mån jag gett uttryck för egna åsikter innan diskussionsavsnittet har jag låtit detta stå inom parentes.

Materialet jag använt mig av är främst fall från Högsta Domstolen samt JO och JK:s uttalande. Jag har också använt mig av Petter Asps bok Straffansvar vid brottsprovokation och Axbergers bok Brottsprovokation för att få belyst doktrinens åsikter. Utöver detta så har jag använt mig av SPANARK – rapporten, dekbetänkandet av beredningen för rättsväsendets utveckling SOU 2003:74 och två artiklar ur Svensk Juristtidning. Avseende de inledande principerna för polisarbete är dessa tagna ur det förslag som sedan blev polislag SOU 1982:63. SOU 2003:74 kommer jag ibland att referera till som ”förslaget” eller ”lagförslaget”. Om det inte står något annat i närheten så avser jag SOU 2003:74.

Jag har valt att redovisa rättskällorna var för sig då det är svårt att inordna dem under rubriker då de var för sig behandlar flera utav huvudfrågorna. Istället gör jag vid varje fall en kort inledning där jag berättar vad fallet belyser av relevans för mitt arbete och slutar med en kort sammanfattning.

2 Nuvarande rättsläge avseende de ur polisiär synpunkt viktigaste frågorna angående provokation.

Detta avsnitt behandlar gällande rätt såsom den uttrycks i rättskällorna

2.1 Grundläggande principer vid polisiärt arbete

I förslaget till Polislagen lade polisberedningen i SOU 1982:63 fram de principer som ligger till grund för polisens arbete, principerna utmynnade så småningom i polislagens 8§ vilken inte ordagrant rymmer principerna men dessa anses gälla ändå.

Polisen bör aldrig få begå en kriminaliserad handling för att kunna efterforska eller avslöja ett brott.¹

Det finns enligt polisberedningen inget utrymme för en diskussion kring om intresset för att komma åt allvarlig brottslighet kan väga upp tillräckligt för att tillåta att polis i eftersökandet utför mindre allvarliga lagstridiga handlingar. Beredningen konstaterar att sådan lagstiftning förekommer i främmande länder. Polisberedningen framför dock att det finns ett visst utrymme för att polisen handlar i enlighet med Brb 24:4§, nöd.

Polisen bör aldrig få provocera eller eljest förmå någon att inleda en brottslig aktivitet.²

Att polisen däremot i speciella fall förmår den som redan påbörjat en brottsaktivitet att röja sig eller på annat sätt provocerar fram bevisning kan beroende på omständigheterna vara försvarligt liksom att man vidtar åtgärder för att ett planerat brott skall fullbordas under sådana förhållanden att bevisning om detta kan säkras. Men det bör aldrig få förekomma att polisen provocerar någon att begå ett brott som han annars inte skulle ha begått.

¹ SOU 1982:63 s. 140

² SOU 1982:63 s. 141

Polisen får aldrig av spaningsskäl underlåta att vidta föreskrivna åtgärder mot brott eller en för brott misstänkt person.¹

Brott skall av polisman anmälas till förman. Denna regel bör aldrig få åsidosättas även om syftet är att kunna komma åt mycket grov brottslighet. Åtgärder som gripande, förhör och liknande får dock uppskjutas s.k. interrimistisk passivitet genom exempelvis kontrollerade leveranser.

Polislagens 8§

En polisman som har att verkställa en tjänsteuppgift skall under iakttagande av vad som föreskrivs i lag eller annan författning ingripa på ett sätt som är försvarligt med hänsyn till åtgärdens syfte och övriga omständigheter. Måste tvång tillgripas, skall detta ske endast i den form och den utsträckning som behövs för att det avsedda resultatet skall uppnås.

Ett ingripande som bergränsar någon av de grundläggande fri- och rättigheter som avses i 2 kap. regeringsformen får ej grundas enbart på bestämmelserna i första stycket.

2.2 Terminologi:

2.2.1 Provokation

För att få en första förståelse för reglerna kring provokation krävs en förklaring till vad är att anse som provokativt i myndighetsutövning gentemot enskild. Det finns en vedertagen beskrivning av begreppet som lyder: ” Polis eller annan myndighet lockar eller utmanar en person till en handling eller ett uttalande som kan vara besvärande eller på annat sätt ha en negativ innebörd för honom eller någon i hans närhet. Som provokation betraktas inte en åtgärd som utgör endast ett neutralt svar på en persons egna initiativ”².

¹ SOU 1982:63 s. 142

² SOU 2003:74 s 113, Axberger s. 53

2.2.2 Bevisprovokation

Provokation som syftar till att få fram *bevisning* om ett redan begånget brott varom stark misstanke redan föreligger¹.

2.2.3 Brottsprovokation

Provokation som endast syftar till att framkalla ett brott som sedemera beivras².

2.3 Under vilka omständigheter får en provokation användas?

2.3.1 När får en provokation inledas och användas?

För att en provokation skall tillåtas krävs det att det redan finns en stark misstanke om grov brottslighet³ och att en förundersökning avseende detta är inledd⁴. Endast s.k bevisprovokation får användas. En provokation får inte förleda gärningsmannen att begå ett brott vilket han annars inte skulle begått⁵. Det skall saknas alternativa mindre ingripande tillvägagångssätt eller alternativt att de medel som finns prövats utan framgång⁶.

2.3.2 Vem får besluta om en provokation?

De flesta auktoriteter uttalar att beslutet om en provokation skall tas utav åklagare eller polischef och att det inte finns något utrymmer för polisman i exempelvis fara i dröjsmål⁷. I ett uttalande hävdar JO att

¹ Axberger s. 11

² Axberger s. 11

³ JO 77/78 s. 101, JO 1977/78 s. 126, JK 1982 A28, ASP Straffansvar vid brottsprov. s. 201, Axberger s. 32

⁴ Se dock Axberger s. 32 om "förprocessuellt" tvångsmedel

⁵ SOU 1983:63 s. 140f, JO 1997/98 s. 118, JK 1982 A28

⁶ JO 1997/98 s. 118, JK 1982 A28

⁷ SOU 1982:63 s. 138, JK 1982 A28, JO2000/01 s. 118, Axberger s. 35

fördelningscirkuläret¹ påvisar att det inte kan finnas några fall av provokation som skall ledas av polischef. JO drar i det fallet slutsatsen att all provokation beslutas av åklagare²

2.3.3 Vem får utföra en provokation?

Samstämmighet råder avseende praxis och doktrin att en provokation bör utföras av polisman och endast i sällsynta fall av anlita privatperson³. Provokation bör utföras av en erfaren polisman⁴. Det finns dock inget förbud mot att använda en ung polisman om denne bedöms vara lämplig för uppgiften⁵. Om det finns ett starkt behov av att privatperson används är detta tillåtet men det kräver planering och styrning på chefsnivå och att riskerna för privatpersonen särskilt beaktas⁶. Under inga omständigheter är organiserat samarbete med privatpersoner i syfte att provocera fram brott eller bevis accepterat⁷.

2.3.4 Hur får resultatet av en provokation användas?

I Sverige är huvudregeln den att fri bevisvärdering råder d.v.s att alla bevis är tillåtna oavsett hur de inhämtats och att en värdering av bevis sker av rätten⁸. Dock skall Europakonventionen art 6:1 beaktas avseende fair trial, det hävdas ibland att artikeln skulle ha inverkan på bevis åtkomna genom provokation⁹.

2.3.5 Påföljd för den provocerade

I Sverige så kan den som provocerats till ett brott dömas för det framprovocerade brottet oavsett om det är en brottsprovokation eller en

¹ Arbetsfördelningen mellan åklagare och polismyndighet avseende vem som skal leda en förundersökning och när en förundersökning skall tas över av en åklagare. Grundas i Rb 23:1§ och utvecklas i FAP 403:5

² JO 1997/98 s. 118

³ JO 1997/98 s. 118, JK 1982 A28, JK1989 A7

⁴ JO 1997/98 s. 118

⁵ RPS uttalande i JO 1997/98 s. 118

⁶ JK 1982A28, JK 1989A7

⁷ JO 1977/78 s. 126, JO 1997/98 s. 118

⁸ RB 35:1§, NJA 1986 s.489, NJA 1998 s. 204, NJA 2003 s. 323

⁹ SvJT 1999 s. 903, Europadomstolen Teixeira de Castro vs Portugal . Asp Straffansvar vid brottsprov s. 229

bevisprovokation¹. I Sverige råder absolut åtalsplikt². Grund för straffflinring finns om provokatör agerat uppenbart otillbörligt³.

2.3.6 Påföljd för provokatör?

Det råder oklarhet om provokatörens ansvar. I en situation där provokatören enligt gällande rätt utför tillåten bevisprovokation så ställs inte provokatören till svars för det brott som eventuellt provocerades fram för att nå bevisning. I de fall där provokatören utfört en otillåten brottsprovokation är rättsläget sådant att ansvar såsom för tjänstefel⁴ eller för anstiftan alternativt medverkan till brott kan utdömas. Hovrätten har visat att de inte är främmande för att döma såsom för anstiftan till eller medverkan till brott när provokatör utfört en brottsprovokation⁵

Dokumentation

Vid de tillfällen som provokation används skall en noggrann dokumentation göras i nära anslutning till provokationen. Det ställs höga krav på att varje åtgärd dokumenteras⁶

2.3.7 Referat från Högsta Domstolen

2.3.7.1 NJA 1951 s111

I detta fallet berörs frågan om vad för åtgärd som i nuvarande rätt kan anses provocerande, fallet tar också upp frågan om ansvar för en otillbörlig provokation och vem som bär ansvaret. Observera att det inte är polismyndighet som utför åtgärden.

Värnpliktige Bolger (B) avslöjar för sina befäl Wage (W) och Torbiörnsson (T) att en man vid namn Skarp (S) planerade att tillsammans med B tillgripa tomfat från kronans förråd vid flottiljen.

W och T anser att S skall få genomföra sin plan för att då bli avslöjad av W och T.

¹ NJA 1951 s. 111, NJA 1960 s. 522, NJA 1972 s. 625, JO 2000/01 s. 118

² Se bla JK:s kommentar till SOU 2003:74

³ NJA 1985 s. 544

⁴ NJA 1951 s. 111, svt.se datum 060208

⁵ NJA 1988 s. 665, SOU 1982:63 s. 141

⁶ JO 1997/98 s. 118, JO 2000/01 s. 118, JK 1988A8

W och T tar kontakt med sin chef, flottiljchefen Wigart (WG) och berättar för honom hur de tänker avslöja S. WG godkänner detta med förbehåll att B ej får vara på plats när planen verkställs. T beordrar B att ringa till S och meddela att tillgreppet kan utföras på en avtalad plats vid en viss tidpunkt. T åker till platsen där tillgreppet skall ske och rullar fram 3 bensinfat så att dessa särskiljs från de övriga faten och bevakar sedan platsen från ett tält i närheten. S kom till platsen på utsatt tid och tillgrepp ett utav de framrullade faten och körde iväg med detta i sin bil. S återvände en stund senare till platsen. T konfronterade då honom avseende tillgreppet.

S åtalas och döms för tillgreppet av bensinfat.

När WG åtalas för tjänstefel förnekar han detta dels med förklaringen att: syftet med åtgärden var att få fastslaget om det låg något allvar bakom B.s tal om att S tänkte tillägna sig tomfat från förrådet. WG avsåg inte att S skulle tillåtas fullfölja tillgreppet. S skulle endast få en allvarlig tillsägelse men att S åkte så snabbt ifrån platsen med ett tillgripet tomfat att det ej var möjligt att hindra honom dels med att WG själv ej deltog i utförandet av åtgärden.

Åklagaren avfärdar resonemanget som WG för som en efterhandskonstruktion.

Hovrätten:

Planen som T utarbetat med godkännande av WG innebar att B skulle meddela S anvisningar om tid och plats för ett tillgrepp och att S skulle försättas i ett sådant läge att han kunde taga ett tomfat samt därvid gripas på bar gärning. Det har inte varit befogat att använda de åtgärder planen omfattade och planens verkställande har medfört att S förövat ett brott som han sannolikt eljest icke skulle ha begått.

Genom att WG godkänt planen har WG förty visat oförstånd i fullföljande av tjänsteplikt. WG döms för tjänstefel.

Högsta Domstolen fastställer Hovrättens dom.

2.3.7.2 NJA 1960 s522

Fallet tar upp vilken sorts åtgärd som kan vara provocerande. Den tar också upp påföljden för den som provocerats att begå brott.

Pettersson (P) kontaktar Sandgren (S) och frågar om S vill köpa obligationer. S vill inte köpa själv men säger att han skall kontakta någon som vill köpa

obligationer. S frågar Pelz (PZ) om han kunde sälja obligationer. PZ svarar att han kan detta.

PZ kontaktar polis som uppger att obligationerna är stulna. Polisen ger PZ instruktioner (oklart vad.). PZ kontaktar S och uppger att det en viss tid på en viss plats finns en köpare till obligationerna. S anländer till platsen med P i en bil och plockar upp PZ. (S erkänner att han åtminstone vid denna tidpunkt hade kännedom om att obligationerna var stöldgods.) De kör iväg från platsen men gripas av polis som bevakat hela skeendet.

Högsta domstolen:

Genom S erkännande anses det styrkt att S mottagit stulna obligationer från P för att överlämna dem till en tänkt köpare. Vad S invänt härom att

”PZ enligt instruktioner av polisen förmått honom att frånga ett fattat beslut att ej medverka till avyttrande av obligationerna finner KM i likhet med HovR:n icke vara av beskaffenhet att kunna fritaga S från ansvar”

S döms för häleri.

Riksåklagaren yttrar i målet:

Av utredningen i målet synes framgå att (S) varit föremål för en viss provokation från (PZ) och polisens sida. En dylik omständighet är emellertid, även om förfarandet måste anses i och för sig mindre tilltalande, uppenbarligen ej av beskaffenhet att medföra straffrihet.

2.3.7.3 NJA 1972 s625

Fallet tar upp vad för åtgärder som kan anses provocerande. Det tar också upp den provocerades ansvar.

Målet handlar i de avseende det är intressant här om olagligt inlösta spelpoletter i en tobaksaffär. Civilklädd polisman spelar på en automat i en tobakskiosk, vinner poletter och löser ut dem mot varor hos ägaren.

Butiksägare åtalas för att olagligen hanterat spelautomater och spelvinster.

Provokationen som utförs behandlas av Högsta Domstolen i en mening:

”Vad Grenbo (butiksägaren) invänt därom att han av en polisman provocerats till inlösningen fritager icke honom från ansvar”

JO tar sig an fallet i JO 1973 s 93 som refereras nedan.

2.3.7.4 NJA 1985 s544

Fallet tar upp vad som kan ses som provocerande. Det tar också generellt upp under vilka förhållande som det kan tänkas att en provocerad undgår ansvar.

Två kända kriminella Jan och Jozef spanar under en längre tid på en juvelhandlare vid namn Grönwall. Polisen som upptäcker rekognoceringen befarar att Jan och Jozet planerar att råna Grönwall. Förhållandet anmäls av kriminalkommisarie Christer och kriminalinspektörerna Bertil och Anders till vederbörande kammaråklagare.

Christer samtalar med Grönwall. Det framgår att Grönwall i stort sett varje vecka gör affärsresor och då tar med sig dyrbara kollektioner av ädelstenar.

Christer föreslår att Grönwall skall lasta sin bil med tomma väskor så att det såg ut som om han skulle bege sig på affärsresa. Grönwall gick med på detta.

När Grönwall lastat bilen med tomma väskor närmade sig Jan och Jozef i sin bil och följde efter Grönwall när denne körde från platsen. Grönwall kör en bit och parkerar sedan bilen och låser den. När Grönwall går för att besöka ett bankkontor går Jan fram till Grönwalls bil och låser upp denna med en falsk nyckel och kör iväg innan de civilklädda poliser som fanns i närheten för att skydda Grönwall hann fram och hindra honom. Jan och Jozef grips (oklart var och hur) och åtalas och döms för försök till grov stöld.

Högsta Domstolen slår fast att domstolen inte har att ta ställning till om polisens åtgärder kan ansetts ha innefattat en otillåten metod som inte skall förekomma inom polisens arbete.

Högsta Domstolen argumenterar att grund för strafflindring kan tänkas föreligga om polisen använt sig av metoder som framstår som uppenbart otillbörliga ex om polisen själv deltar i brottslig gärning och i samband därmed förmår någon att begå ett brott som denne sannolikt annars inte skulle ha begått. I det nu aktuella fallet kan emellertid polisens handlande inte anses utgöra någon strafflindringsgrund.

2.3.7.5 NJA 1988 s665

Fallet tar upp vilka åtgärder som är provocerande och hur provokatören skall hanteras i de fall denne medverkar till brott.

Detta är ett av de intressantaste fallen som tyvärr slutar i antiklimax och grovt rättegångsfel. Fallet talar för sig själv och börjar refereras direkt från gärningsbeskrivningen.

Gärningsbeskrivningen i tingsrätten:

Poliserna Marie och Göran har natten till den 3:e Juni ”vid samtal med Johnny förklarat sig vara spekulanter på narkotika. Härigenom har Johnny som själv saknade narkotika att leverera på ett otillbörligt sätt förmåtts ta kontakt med Leif, vilken i sin tur kontaktat Ulf, allt i syfte att anskaffa narkotika till de förmenta köparna. Till följd av denna kontakt har Ulf begivit sig in till staden till de förmenta köparna och erbjudit till försäljning anskaffad narkotika, drygt 12g amfetamin. Leifs åtgärder och kontakttagande för att skaffa narkotika till de uppgivna köparna har underlättats genom att Marie lämnat 100kr till taxipengar. Åtal har väckts mot Ulf för narkotikabrott avseende försök till olovlig överlåtelse av amfetamin och mot Johnny och Leif för medhjälp till nämnda brott.

Genom att på angivet sätt provocera fram brott har Marie och Göran åsidosatt sina enligt lag och författning gällande åligganden. Ansvar yrkas å Göran och Marie för myndighetsmissbruk alternativt vårdslös myndighetsutövning.”

Vidare är av vikt i detta fallet är att Johnny var en av polisen känd narkoman. Marie och Göran var vid tillfället inte i tjänst. Diskussion förs i domstolarna senare om de trädde i tjänst eller inte. Den diskussionen återges inte här då den rör tidigare lagstiftning på området tjänstefel. Marie och Göran anmälde skeendet till polisbefäl i samband med att Johnny tog kontakt med Leif. Gatulangningsgruppen kopplades in i ärendet.

Hovrätten inleder med att förklara att Marie och Görans beteende inte skedde i myndighetsutövning och därför kan inte heller åtalas för myndighetsmissbruk eller vårdslös myndighetsutövning.

Hovrättens dom är mycket intressant och anges därför nedan ordagrant från det att Hovrättens grova rättegångsfel börjar.

Till straffrättslig bedömning återstår då spørsmål huruvida polismännens handlande, sådant det beskrivs av åklagaren, dock inefattade straffbar medverkan till brott. HovR:n går vid denna prövning ut ifrån de båda polismännens egen version av hur de kom i kontakt med Johnny J och hur det sedan gick till då de följde denne och hur han delvis med deras hjälp, lyckades genom mellanled skaffa fram narkotika; Vad Johnny J, Leif E och Ulf H har påstått i dessa avseende ger visserligen delvis en annan version, men polismännens är likväl inte vederlagd.

Härvid är till en början att beakta att Ulf H i målet fällt till ansvar för, utom försök till narkotikabrott bestående i försök till överlåtelse av narkotika, även narkotikabrott bestående i förvärv i överlåtelsesyfte och innehav av narkotika vilka utgör självständiga brott enligt 1§ punkt 3 och 6 narkotikastrafflagen (1968:64). Johnny J och Leif G har fällt till ansvar endast för medhjälp till förstnämnda brott.

Försöket till överlåtelse av narkotika och den medhjälp därtill som TR:n funnit straffbar skulle sannolikt inte ha begåtts om inte polismännen provocerat de inblandade därtill. Redan härigenom får de objektiva rekvisiten för straffbar medverkan från polismännens sida anses uppfyllda. Emellertid föreligger en brist på den subjektiva sidan såtillvida som själva överlåtelsen – och följaktligen också försöket därtill – inte täcks av polismännens uppsåt. De avsåg att ta erbjuden narkotika i beslag; den skulle alltså inte gå i omsättning utan istället tas bort ur marknaden. Polismännen kan därför inte fallas till ansvar för medverkan till överlåtelseförsöket.

Även Ulf H:s förvärv i överlåtelsesyfte och innehav av narkotika skulle sannolikt inte ha begåtts utan polismännens provokation. Härtill kommer att dessa brott i subjektivt avseende hamnar i en annan dager i vad avser polismännens medverkan. Polismännen avsåg ju att förmå de inblandade att ta fram narkotika så att den blev tillgänglig för beslag. Deras uppsåt täcker således Ulf H:s förvärv i överlåtelsesyfte och innehav av narkotika. Detta medför i sin tur att deras handlande innefattade straffbar medverkan till dessa brott. Det reflekteras till tidigare led så att även deras medverkan i Johnny J:s och Leif E:s aktiviteter för att skaffa fram narkotika framstår som straffbar, vilket emellertid allt får ses som en medverkan till sista ledet i händelsekedjan som är Ulf H:s narkotikabrott.

Marie T har i HovR:n förklarat sig ensamt ta på sig ansvaret för vad som inträffat om det skulle bedömas som brottsligt. För HovR:n framstår emellertid de båda polismännens handlande alltigenom som ett handlande i samråd och under fullt samförstånd. De åtgärder de vidtog var improviserade och anpassade efter situationens krav. Båda polismännen skall således dömas för anstiftan av och medhjälp till narkotikabrott.

De båda polismännen genomförde sin brottsspaning under ett rättsligt instruktionsläge som knappast var väl ägnat för omedelbar tillämpning av enskilda polismän i dylik praktisk verksamhet. Det brast dessutom enligt vad utredningen ger vid handen i deras utbildning såtillvida som de inte bibragts kunskap om gränserna för tillämpningen av provokativa spaningsmetoder. De får visserligen, som andra, själva stå sitt ansvar för överträdelse av strafflag. Men HovR:n kan ej undgå att vid straffmätningen lägga vikt vid att en del av den bördan egentligen bort läggas på andra, nämligen på dem vilka kunde etablerat ett klarare instruktionsläge. HovR:n prövar utifrån dessa överväganden skäligen att bestämma påföljden till ett för polismännen lika utmätt, förhållandevis lågt bötesstraff.”

Högsta domstolen undanröjer domen då Hovrätten begått ett grovt rättegångsfel genom att döma för brott som inte tagits upp i gärningsbeskrivningen.

2.3.7.6 NJA 1989 s498

Fallet behandlar den situationen att en person i Sverige utsätts för provokation av en polis från USA och vilken betydelse detta har för svensk rätt.

Felix blir kontaktad av en person vid namn Ludwig. Ludwig begärde att få köpa kokain. Felix i sin tur kontaktar en person som levererar kokain och köper den mängd som Ludwig begär. Felix säljer denna mängd till Ludwig. Förfarandet upprepas ett par gånger och det är alltid Ludwig som först tar kontakt med Felix. Felix begärs efter en tid utlämnad till USA då Ludwig är polis och Felix står åtalad i USA för narkotikabrott.

Felix uppger att han har blivit utsatt för en i svensk rätt otillåten provokation och därför är hans agerande ej straffbart.

Högsta Domstolen uttalar:

Det förhållandet att någon påverkats till att begå brott genom sådan åtgärd från polisens eller annan brottsbekämpande myndighet sida som syftar till att förmå honom att röja egen eller annans brottslighet inverkar enligt vad som får anses vara vedertagen uppfattning i svensk rätt i princip inte på gärningens straffbarhet. Under vissa omständigheter kan emellertid grund för mildare bedömning tänkas föreligga. I detta fallet finns det ej skäl för straffrihet eller strafflindring. Det finns ej heller hinder mot utlämning.

2.3.8 Referat JO uttalanden

2.3.8.1 JO 1973 s 91

Detta är JO:s uttalande i fråga om det tidigare refererade rättsfallet NJA 1972 s. 625. JO uttalar sig i frågan om vem som skall vara beslutsfattare och vid vilka brott som provokation kan tillåtas. Dt krävs enligt JO en viss svårighetsgrad på brottet.

Klagande G var en tobakshandlare i Malmö. I G:s tobaksaffär fanns en uppställd spelautomat en s.k. enarmad bandit. En kund som senare visar sig vara polis kommer in i affären och spelar med enkronor på apparaten och får en vinst på 14 poletter. Kunden går till G som står vid kassan och får poletterna inlösta mot tobaksvaror.

(G hävdar att kunden insisterat på att få lösa in poletterna och att G endast efter övertalning löste in poletterna som en engångsföreteelse. Polismannen uppger att han frågade en gång om poletterna gick att lösa in och fick ett jakande svar. Omständigheterna är inte utredda.)

Det var vid tiden för brottet 1973 inte tillåtet att lösa in vunna poletter. G åtalas för brott mot lotteriförordningen och spelmaskinen tas i beslag.

JO uttalar att han delar RPS uppfattning som säger att största restriktivitet och försiktighet iaktas vid användning av åtgärder som skulle kunna betraktas som provokativa. Åtgärder först efter beslut av åklagare, polischef polisöverintendent eller polisintendent. Huvudregel endast i grova brottmål eller när synnerliga skäl i övrigt gör detta motiverat. G:s brott ej grovt utan ett bötesbrott. Slutsatsen är att åtgärden bort ej företas.

2.3.8.2 JO 1977/78 s101

JO uttalar sig här om en metod som han tycker är provokativ och otillbörlig.

Under utförandet av en husrannsakan i bostad avseende olaglig rusdrycksförsäljning svarade en kriminalinspektör på tre telefonsamtal till lägenheten. Kriminalinspektören utgav sig då för att vara lägenhetsinnehavaren. Genom att svara jakande på frågor från uppringarna om det fanns något att köpa lyckades kriminalinspektören med att få två personer att komma till lägenheten där de omhändertogs för förhör. JO uttalar kritik för att kriminalinspektören använt en otillbörlig spaningsmetod varigenom han också kan sägas ha åsidosatt polismans skyldighet att uppträda på ett sätt som inger förtroende och aktning. Åtgärden är att betrakta som en otillåten brottsprovokation oavsett vem som tagit kontakten. JO anser sig inte böra uttala sig om tillåtandet av åtkomna bevis.

2.3.8.3 JO 1977/78 s126

JO uttalar sig här om de begränsningar som en provokation utförs under. JO gör också uttalande om lämpligheten av att använda sig av privatpersoner som provokatörer.

Bakgrunden till fallet är sparsamt redogjord. I ett klagomål till JO framfördes att en polismyndighet utnyttjat en privatperson som anstiftare av brott. Genom samarbete med privatpersonen hade polisen kunnat gripa flera misstänkta för narkotikabrott. Samarbetet med privatpersonen gick ut på att privatpersonen tipsade om att narkotikabrottslighet var på gång. JO konstaterar att det saknas bestämmelser om vilka åtgärder som polis eller åklagare får bedriva i spaning eller brottsutredning. Endast förhör är reglerat i RB 23:12§. JO yttrar sig ändå om provokation i allmänhet:

”Provokativa åtgärder måste handhas med största restriktivitet och urskillning; huvudregeln är att sådana åtgärder endast får tillgripas i grova brottmål eller när synnerliga skäl i övrigt gör detta motiverat. Jag vill här tillägga, att den restriktivitet som skall iaktas i än högre grad måste gälla ifråga om polisens samarbete med privatpersoner i provokativt syfte. Sådant samarbete torde vara befogat enbart i rena undantagsfall, exempelvis under utredning av mycket grova brott. Det kan under inga omständigheter accepteras att polisen

har ett organiserat samarbete med privatpersoner i syfte att provocera fram brottsliga handlingar”

2.3.8.4 JO 1997/98 s118

JO tar här hjälp av ett flertal myndigheter för att klargöra frågan om beslutsnivå, erfarenhet hos provokatören och dokumentationen av åtgärden.

Fallet handlar om att en privatperson kontaktar polis avseende narkotikabrott som misstänks ske i en flyktingförläggning där gärningsmännen är bosatta. En polisinspektör tar då beslutet att en polisaspirant¹ tillsammans med privatpersonen skall inleda förhandlingar om narkotikaköp med gärningsmännen. Efter förhandlingar som till största delen utförs mellan privatpersonen och gärningsmännen erbjuds polisaspiranten att köpa kokain till en mängd av 500g. Leverans bestäms till en viss tid och en viss plats. Gärningsmannen grips när de dyker upp på den bestämda platsen och har då narkotika på sig. Dokumentationen över provokationen görs i en promemoria ca en månad senare.

HD meddelade inte prövningstillstånd avseende provokationens otillbörlighet och möjlighet till strafflindring p.g.a detta hänvisades till NJA 85 s 544.

JO tar sig an fallet och anser sig böra göra ett uttalande som torde anses vägleda som riktlinjer.

Frågorna som JO ställde till ett flertal myndigheter i samband med förfarandets utredning var:

1. Lämpligheten av att provokation beslutas av polisman – vilken befattningsnivå bör beslutsfattaren ha?
- 2 Erfarenheten hos de polismän som utför provokationen samt om det är lämpligt att använda privatpersoner?
3. Hur skall förfarandet dokumenteras?

Polismyndigheten i Stockholms län svarade på en av frågorna.

Fråga 1, där myndigheten ansåg att beslut om åtgärd skall fattas av åklagare efter samråd med polischef då det ej är fara i dröjsmål.

¹ En polis som är under utbildning till färdig polis, dock med polismans befogenheter.

Rikspolisstyrelsen svarar avseende:

Fråga 1 där Rikspolisstyrelsen påpekar att det i förarbeterna till polislagen framhölls att ett beslut om bevisprovokation utgör ett exempel på beslut som bör fattas av åklagare eller polischef. Oklarhet råder dock. Diskuterar också kring fördelningscirkuläret mellan åklagare och polismyndighet d.v.s bedömningen om ett brott är att anse som av enkel beskaffenhet eller ej. I det fall som diskuteras handlar det om en skälig misstanke om grovt narkotikabrott vilket ej är ett brott av enkel beskaffenhet och sålunda bör ledas av åklagare.

Fråga 2 avseende provokatören- RPS påtalar att det är ett riskfyllt arbete där det kan krävas att befogenheter som tillkommer endast polisman används. Utgångspunkt är att polisman skall användas som provokatör. Att anlita yngre polismän är inget hinder förutsatt att denne bedöms som lämplig för uppgiften. Under särskilda omständigheter såsom att det är svårt för en polisman att accepteras i en kriminell miljö eller får svårt att introduceras för de personer som åtgärden riktas mot kan privatperson anlitas. Bedömning skall ske i varje enskilt fall.

Fråga 3 avseende dokumentation – Varje åtgärd skall dokumenteras. (I nära anslutning?)

Riksåklagaren

På fråga 1 svarar Riksåklagaren att åklagaren fattar beslut i samråd med Polismyndighet avseende på vilka resurser som finns att tillgå. Om bevisprovokation utförs utan skälig misstanke fattas beslut av polischef om inte särskilda skäl kräver åklagarinträde.

Riksåklagaren går vidare och utvecklar sin talan utöver det som tillfrågats och tillägger att vissa förutsättningar bör finnas för bevisprovokation.

Det skall finnas:

stark misstanke om brott.

brottet skall vara av grov beskaffenhet

behovs/proportionalitetsprincipen skall beaktas

provokation skall inte leda till att den som utsätts för provokation begår ett brott som denne inte annars skulle begått

säkerheten för de inblandade skall garanteras

detaljerade instruktioner skall ges

den som provocerar skall ha en passiv roll och inte vara pådrivande och locka med extra frestelser.

Fråga 2 vad gäller provokatören skall yttersta restriktivitet råda avseende privatpersoner som provokatör. Dels för att det krävs ingående kunskap om

vad som gäller för tjänsteman lagmässigt och etiskt, dels för att det krävs att det finns tillgång till polisiära befogenheter då en situation kan utvecklas i en oönskad riktning, Med tanke på riskerna bör det vara en erfaren polisman som provocerar.

Fråga 3 avseende dokumentationen – Allt som har betydelse för ett åtal skall dokumenteras således också okonventionella arbetsmetoder för att kunna bedömma om provokationen skett på otillbörligt sätt. Noggrannhet och klarhet för att skildra verkligt händelseförlopp.

JO:s slutsats

JO uttalar i fallet några grundläggande polisiära principer.

En polisman får aldrig begå en kriminaliserad gärning för att efterforska eller avslöja brott och en polisman får ej provocera någon att inleda brottslig verksamhet.

JO hänvisar till Fleming-Broman fallet JK beslut 1982 A28
Provokationen skall syfta till att få misstankar bekräftade

Det skall saknas alternativa mindre ingripande tillvägagångssätt eller alternativt att de medel som finns prövats utan framgång.

Provokationen skall kunna antas leda till väsentliga och användbara resultat

På fråga 1 avseende vem som fattar beslut – JO hänvisar till fördelningscirkuläret som stadgar att åklagare skall leda undersökning vid skäligen misstanke om brott som inte är av enkel beskaffenhet. Grovt narkotikabrott är ej brott av enkel beskaffenhet. Hänvisar också till förarbeten till Polislagen där det stadgas att det är Åklagare alternativt polischef som beslutar om provokation. JO för ett resonemang kring att åklagaren skall överta ledningen om särskilda skäl. Exempelvis vid svårbedömda frågor i vilka åklagaren sedan skall föra talan i. JO:s uppfattning är att ett beslut om provokation alltid skall tas av åklagare eftersom provokation avser grova brott eller att särskilda skäl alltid finns. Detta utesluter polischef som beslutsfattare. Detta står då i motsats till vad förarbeterna till polislagen säger vilket också JO nämner.

På fråga 2 om vem som får utföra provokationen anser JO att privatpersoners agerande genom provokation torde vara befogat enbart i rena undantagsfall. Under inga omständigheter accepteras organiserat samarbete med privatpersoner. Avseende polisman skall denne helst inte vara oerfaren.

På fråga 3 angående dokumentationen ställer JO stränga krav på att dokumentation förs över åtgärderna.

2.3.8.5 JO 2000/01 s118

Här uttalar sig JO om när en åtgärd är att anse som provokativ och betydelsen av de resultat som provokationen uppnått.

Bakgrunden till ärendet är att antalet tillgrepp av MC-typen Harley-Davidsson (HD) hade under perioden 1995-1997 ökat markant i Stockholms län. 80 stycken av dessa motorcyklar hade ej återfunnits. De motorcyklar som återfunnits hade hittats hos kriminella MC-gäng. Konventionella metoder hade prövats såsom spaning och intensiv bevakning av kända kriminella samt bevakning av infartslederna till stadsdelar där tillgreppen var särskilt frekventa utan att något resultat uppnåts. Inga uppslag fanns för hur brottsligheten skulle uppklaras. Det fanns en misstanke om grov brottslighet genom förfarandet stöld-ommärkning-försäljning. Polisen köper då in en MC av märket HD för att använda som ”lockbete”. Polisen ämnade ställa ut en låst splitter ny HD av det märke som vanligast hade blivit tillgripen för att få en chans att se vem det var som tillgrepp motorcyklarna. MC:n placerades på en väl trafikerad gata och låstes med kätting. MC:n hade ingen extrautrustning och avvek inte från hur motorcyklar i allmänhet placerades i Stockholms innerstad.

Om MC:n stals var tanken att den skulle efterföljas till en plats där det kunde tänkas att den skulle plockas ned och oidentifieras och att man där skulle finna bevis om de övriga 80 MC-tillgreppen. Enligt polismyndigheten handlade detta om s.k. bevisprovokation.

Resultatet av åtgärden var att en av polisen känd gärningsman under en av kvällarna gjorde ett flertal aktiva försök under en tid av ca 15 minuter att tillgripa motorcykeln och lyckades också. Det blev ett efterföljande där polisen misslyckades att hindra och följa efter MC:n. MC:n återfanns vid en annan tidpunkt av polisen och gärningsmannen åtalades för stölden av MC:n samt för annan brottslighet som uppdagades i samband med gripandet av gärningsmannen. Mätningar visade senare att antalet stölder av MC minskat med 74%.

JO uttalar kritik i form av att det var flera poliser inblandade som förhöll sig passiva. Vidare framhåller JO att gärningsmannen utförde flera förberedelser och försök att tillgripa HD:n. Det fann ingen godtagbar grund att uppskjuta ingripandet mot gärningsmannen utan polismännen är istället skyldiga att ingripa i syfte att förebygga brott senast i samband med att gärningsmannen klippte av låskedjan till MC:n. Polis borde alltså ingripit

senast vid försöksstadiet eftersom det i slutändan endast var stölden av just denna MC som polisen kunde åtala för. JO uttalar om detta att

”ett tillgrepp av motorcykeln bedömdes som en ur brottsspaningssynpunkt önskvärd händelse. Det kan av dessa skäl inte råda något tvivel om att åtgärden att placera ut HD-motorcykeln på det sätt som skedde är att betrakta som brottsprovokation.”

Endast bevisprovokation är tillåten enligt JO d.v.s syftet skall vara att få fram bevisning om ett vid provokationstillfället redan begånget brott ex polisen uppträder som köpare av ett redan befintligt parti narkotika för att bevisa innehavet (endast innehavet och inte försäljningen?) av narkotika. Det skall finnas en stark misstanke om grova brott samt att provokationen skall *kunna antas* leda till väsentliga nödvändiga och i utredningen användbara resultat. JO uttalar en gradering av begreppet ”*kunna antas*” ovan genom uttrycket att

”en förhoppning om resultat inte är tillräckligt utan det skall bygga på sakligt välgrundade överväganden”.

Avseende provokationens eventuella brottsförebyggande syfte framhåller JO att en bevisprovokation är ett led i en brottsutredande verksamhet och förfarandets effekter av allmänt brottsförebyggande slag tillmäts ej betydelse vid bedömning om åtgärdens tillåtlighet.

Åklagare skall besluta om en bevisprovokation. Det skall finnas en kontroll över situationen och det skall föras en noggrann dokumentation.

2.3.9 Referat JK uttalanden

2.3.9.1 JK 1982 A28

JK uttalar sig om lämpligheten av att använda sig av privatpersoner som provokatörer. JK försöker sig också på en distinktion mellan begreppen bevisprovokation och brottsprovokation.

Det s.k Fleming-Broman fallet där polisen under ganska farsartade former använder sig av en kriminell privatperson som provokatör. Den anlitate privatpersonen Broman utkom senare med en roman om fallet och händelsen passar väl in i en sådan. Omständigheterna är så snåriga att endast ett mycket kort återgivande kan göras. Broman anlitas av polisen för att infiltrera narkotikakretsar. Broman förses bland annat med kroppsmikrofoner och det betalas ut ersättning till Broman. Broman är ambitiös och tillåts driva mycket av skeendet själv. Dock leder inte förfarandet till något resultat.

JK drar däremot ett antal slutsatser som är ägnade att fungera som vägledning för provokationer. JK bedömer att provokation får användas som spaningsmedel när misstankar av betydande styrka föreligger om att fullbordat brott är för handen och provokationen endast syftar till att få mistankarna bekräftade. En komplikation är dock att fråga kan uppkomma genom att en framprovocerad narkotikaöverlåtelse tillkommer som nytt brott utöver det som redan begåtts genom innehavet. Om detta inträffar är det ändå att anse som bevisprovokation. Redan innehavet av narkotika är ett fullbordat brott, såvitt gäller innehavet tillkommer inget nytt när den misstänkte röjer sig genom en överlåtelse. Angående användandet av privatpersoner ser JK inget hinder om det finns ett starkt behov och att det är polisen som sköter planeringen och styrningen. Polisen skall noga överväga risken för inblandad privatperson.

Provokationen tillåts inte om någon förleds att begå ett brott beträffande vilket det är ovisst om det annars skulle ha blivit begånget. I ett gränsområde till denna brottsprovokation befinner sig det fallet att det kanske är tveksamt om den misstänkte skulle ha begått brottet vid just det tillfället som framkallats av provokationen men med stor sannolikhet förr eller senare skulle ha företagit en motsvarande brottslig gärning. Beroende på graden av sannolikhet för sådan brottsberedskap från den misstänktes sida kan provokationen i dylikt fall stå närmare endera bevisprovokation eller brottsprovokation.

2.3.9.2 JK 1988 A8

JK uttalar sig om vad som kan anses vara provokation eller inte.

Bakgrunden var att polis tillät en narkotikaleverans via post gå vidare till mottagaren vid två tillfällen och lät därmed mottagaren försälja mottagen narkotika för att därefter lagföra mottagaren för grovt narkotikabrott.

JK uttalar i det här fallet att narkotikabrottsligheten är ett allvarligt kriminalpolitiskt problem som kännetecknas av att den sällan kommer till de brottsbeivrande myndigheternas kännedom genom anmälningar och att den regelmässigt bedrivs i det fördolda och att det finns stora ekonomiska aspekter. Möjligheten till bekämpning av av narkotikabrottlighet med enbart konventionella metoder är begränsade. Det är nödvändigt att nya vägar prövas för att komma åt narkotikabrottslighet. De dolda eller okonventionella spaningsmetoderna har ägnats ett obetydligt utrymme i gällande lagstiftning. Uttrycklig lagstiftning finns i princip endast när det gäller telefonkontroll och kvarhållande av postförsändelse.

JK hänvisar till SOU 1982:63 s 138 där det förs en diskussion kring interrimistisk passivitet vilket betyder att det är tillåtet för polisen att dröja med ingripandet av ett brott om det finns misstanke om annat grövre brott. Beslut i en sådan fråga skall fattas av åklagare eller polischef. Det ställs stränga krav på dokumentation och kontroll JK uttryckte betänkligheter mot att låta narkotikan komma ut i missbrukarkretsar men ställde detta mot det faktum att om beslag hade skett på posten hade ingen sannolikt kunnat lagföras för brotten. JK ansåg att det inte förelåg en provokation från polisens sida.

2.3.9.3 JK 1989 A7

JK uttrycker här sin åsikt om lämpligheten av att använda sig av privatpersoner som provokatörer.

I spaningsarbetet till följd av mordet på Olof Palme kontaktade polisen en intagen (X) på kriminalvårdsanstalt. Syftet var att använda X för att komma i kontakt med illegala vapenhandlare för att få uppgifter om mordvapnet. En rymning från anstalten arrangerades av polisen. X tillhandahölls en bil och kontanter för att trovärdigheten skulle öka. X fick kontakt med en vapenhandlare men efter ett par möten med denna avvek X från polisens övervakning och begick nya brott. JK yttrade sig då avseende bland annat tillåtligheten att använda privatpersoner som provokatörer och säger då att om det finns ett starkt behov av att vinna klarhet finns det fog för att använda privatpersoner. Stor försiktighet måste iakttas. JK uttrycker tveksamhet när myndigheters verksamhet utsätter privatperson för personlig fara.

2.3.9.4 JK 1994 A16

JK:s uttalande om det är lämpligt med desinformation i samband med provokation.

Polismyndighet lade fram falska uppgifter för lokalpress för att skydda en privatperson vid en provokation. JK:s slutsats är att vilseledande information får lämnas av polismyndighet under vissa förhållande men då endast till misstänkt eller personer i dennes närhet. Att lämna medvetet oriktiga uppgifter till massmedia i publiceringssyfte bör överhuvudtaget inte få förekomma. Ett beslut om publicering av oriktiga uppgifter i media skall om nöd är tvungen i så fall publiceras av massmedia själva.

2.3.10 Utdrag ur Svensk Juristtidning

2.3.10.1 SvJt 1997 s 215 av Gunnel Lindberg.

Lindberg skriver i sin artikel apropå åklagareetik att tillåtligheten av provokation inte är avhängigt bristen på lagstiftning. Det är inte tillåtet med motsatslut när det gäller om en viss metod kan accepteras utifrån de allmänna värderingar som gäller i vårt samhälle. Vad gäller åklagare så måste han i förväg noggrant penetrera alla juridiska aspekter på provokationen, dels försäkra sig om att verkställigheten sker helt i enlighet med hans beslut. Lindberg tar upp ett fall RÅ ÅD 636-90 där åklagare lät framställa och utplacera ett fingerat meddelande till en häktad som var misstänkt för smuggling av ett större narkotikaparti i avsikt att få den häktade att röja sig. Riksåklagaren utalar sig om händelsen:

”Förfarandet att placera ett falskt meddelande i avsikt att lura mottagaren att svara på detta var en form av provokation som syftade till att den misstänkte genom ett svarsmeddelande skulle röja uppgifter som inte kommit fram i förhör. Metoden var både ovanlig och integritetskränkande...Att förfärdiga och utnyttja falska meddelande kan i princip inte anses stå i samklang med åklagarens objektivitet. Härtill kommer att även om användandet av medvetet oriktiga uppgifter är direkt förbjudet i lag endast när det gäller förhör det ligger i sakens natur att en åklagare inte heller i andra sammanhang får tillgripa sådana metoder under en förundersökning. Åklagarens åtgärd var därför enligt min mening inte acceptabel.”

2.3.10.2 SvJt 1999 s 903 Ulf Lindqvist

Lindqvist tycker sig se med anledning av NJA 1985 s 544 och NJA 1989 s 498 att förekomsten av polisprovokation betraktas som en omständighet som medför påföljdsrabatt. Lindqvist för diskussion kring om bevisning åtkommen genom provokation skall ogiltigförklaras i en rättegång. Här tar Lindqvist upp fallet Teixeira de Castro v. Portugal. Rättsfallet rör portugisisk rätt i förhållande till Europakonventionens art. 6:1 om rättvis rättegång. Lindqvists reflektion till fallet är att provokation får ej förekomma i brottsförebyggande syfte. Provokationen skall istället ha som syfte att utreda visst brott inte att uppsöka eller i vid mening bekämpa brottslighet. Lindqvist anser att fri bevisprövning inte skall gälla bevis åtkomna genom brottsprovokation utan dessa skall under vissa förhållanden ogiltigförklaras. Är det endast bevis åtkomna genom brottsprovokation som ligger till grund för åtalet faller åtalsplikten bort.

2.3.11 Utdrag ur doktrin

2.3.11.1 Axberger

Axberger som kan sägas vara den förste att utkomma med en svensk bok i ämnet, Brottsprovokation, ställer i denna upp ett antal förutsättningar för att en provokation skall anses tillåten som han tyckts sig kunna utläsa ur de rättskällor som finns på området.

Det är aldrig tillåtet att provocera någon att begå ett brott som denne annars inte skulle ha begått¹.

Det är enligt Axberger tillåtet att framkalla den individualiserade handlingen som innefattar brott, men inte att väcka en brottslig vilja². Åtgärderna skall vara passiva och inte innehålla några frestelser³. För att en provokativ åtgärd skall vara tillåten krävs stark misstanke om brott⁴.

Axberger säger här att i praktiken skall misstankegraden som huvudregel ligga nära visshet⁵.

Provokation får tillgripas endast vid grov brottslighet⁶.

Enligt Axberger kan polisprovokation betraktas som något av ett förprocessuellt tvångsmedel. Rimligt att kräva att den liksom vid reglerade tvångsmedel används vid mer allvarlig brottslighet. Vad som är allvarlig brottslighet lämnar Axberger över till kriminalpolitiska modeströmmar.

Behovs och proportionalitetsprinciperna skall beaktas⁷.

Det skall saknas alternativa mindre ingripande tillvägagångssätt eller att de som finns redan har prövats utan framgång. Provokationen skall kunna antas leda till väsentliga och i utredningen användbara resultat.

Axberger ställer sedan upp två formella krav för provokationens tillåtlighet.

Beslut om provokation skall fattas på chefsnivå⁸.

¹ Axberger s. 28

² Axberger s. 28

³ Axberger s. 29

⁴ Axberger s. 29

⁵ Axberger s. 32

⁶ Axberger s. 32

⁷ Axberger s. 34

⁸ Axberger s. 35

Beslutet om provokation skall fattas av åklagare, polischef eller motsvarande.

Provokationsåtgärder måste dokumenteras noga¹.

Axberger anser att dokumentationen är ett viktigt krav för att man i efterhand skall kunna avgöra om en provokation varit motiverad och skett på ett korrekt sätt.

Har inte riktlinjerna ovan följts hävdar Axberger att det står helt klart att provokativa åtgärder i polisiär verksamhet är myndighetsutövning och därmed också möjliga att ålägga straffansvar såsom för tjänstefel. En sådan otillåten provokation anses då leda till förfång för det allmänna genom bristande förtroende för polisen.

När Axberger resonerar kring provokatörens ansvar anser han att med det nuvarande rättsläget där provokatörens ansvar kan sökas i medverkansreglerna finns en risk att det blir tillfälligheter och oförutsedda skiftningar i det planerade händelseförloppet som styr om en provokatör bli ansvarig. Som exempel tar Axberger fram brott med tidig eller senare fullbordanspunkt med olika straffvärde. Axberger säger vidare för att då undvika att provokatörens straffbarhet blir beroende av omständigheter som inte framstår som signifikativa för det eventuella straffvärdet i hans handlande är det rimligare söka grunden för provokatörens straffbarhet i reglerna om tjänstefel än i medverkansreglerna² eller i ett särskilt straffbud till vilket Axberger själv ger förslaget³:

”Till ansvar såsom för anstiftan skall dömas jämväl den som, vare sig han har haft uppsåt till brottets fullbordning eller inte, förmått annan att begå brott för att ådraga denne straff”. Axberger för ett resonemang kring förutsättningarna för att en provokation skall få utföras och kommer då fram till att om principen att en utsatt inte provoceras att begå ett brottlig gärning han annars inte skulle ha begått tillämpas strikt kan kravet på att det skall handla om grov brottslighet utgå. Vad gäller ansvar för den provocerade anser Axberger att det konstruerade brott som uppkommer vid en provokation inte bör föranleda påföljd.

2.3.11.2 Asp

¹ Axberger s. 36

² Axberger s. 56

³ Axberger s. 58 not 130.

Petter Asp resonerar i sin bok *Straffansvar vid brottsprovokation* främst kring påföljden för provokatören och den provocerade. Asp inleder med att konstatera att det inte föreligger någon egentlig grund för provokatörens ansvarsfrihet¹ vid tillåtna provokationer. De följande kapitlen försöker han dock utförligt beskriva hur man kan rättfärdiga, förutom moraliskt, att provokatören i sådana fall skall undgå straff för det brott som provokatören faktiskt kan göra sig skyldig till d.v.s medverkan till försök, anstiftan till eller medverkan till fullbordat brott. Asp lägger stor vikt på det s.k överskjutande uppsåtet och att en provokatör inte skulle ha uppsåt till detta och att han därför inte kan straffas, åtminstone inte när brottet endast nått försökspunkten eller när brottet är anstiftat². Vad gäller medverkan till fullbordat brott har Asp svårare att rättfärdiga en generell ansvarsfrihetsgrund utan talar då om att domstolen i sådana fall skall beakta provokationen som en faktor i påföljdsfrågan då provokatören regelmässigt förebygger eller avhjälper verkningarna av sitt medverkande, främst då genom BrB 29:5§ p2³. Asp anser det inte möjligt att använda sig av nödbestämmelserna som ansvarsfrihetsgrund för provokatören då dessa förutsätter att det är ett faktiskt nödläge och inte ett framprovocerat sådant⁴. En otillåten brottsprovokation anser Asp skall lagföras såsom tjänstefel⁵.

Asp har också ett utförligt resonemang kring den provocerades ansvar. Som grundregel konstaterar Asp att gällande rättsordning innebär att en provokation normalt inte grundar någon rätt till ansvarsfrihet eller påföljdsnedsättning. Utgångspunkten är att människor skall stå emot de flesta frestelser⁶. Asp.s åsikt i slutändan är däremot den att brottsprovokation inte skall få förekomma och att den som provocerats till ett brott genom anstiftan ej bör bestraffas för det anstiftade brottet alternativt skall denne åtnjuta strafflindring. Huvudanledningen till detta är att Asp anser att man aldrig kan vara säker på att ett brott som framprovocerats aldrig skulle begåtts. En brottsprovokation blir därför otillbörlig.⁷

2.3.12 SPANARK-utredningen

Rikspolischefen tillsatte 1979 en arbetsgrupp som fick till uppgift att utarbeta förslag till metoder m.m vid spaning mot narkotikabrottslighet.

¹ Asp s. 167

² Asp s. 264ff

³ Asp s. 288

⁴ Asp s. 282f

⁵ Asp s. 278

⁶ Asp s. 300ff

⁷ Asp s. 325f

1980 lades utredningen benämnd SPANARK fram där det konstaterades att det fanns ett behov av förnyade spaningsmetoder.

SPANARK utredningen skriver följande avseende provokation som arbetsmetod:

Svensk polis kan inte agera provokativt på enbart vaga antydningar om (narkotika) brottslighet. Den presumtive (narkotika)brottslingen måste genom aktiv handling ha tagit initiativ till åtgärd som tyder på att han är aktivt brottslig. Det bör alltså finnas en uttalad kriminell avsikt hos den person som fångat polisens intresse för att rätt att få använda provokation skall föreligga. Däremot behöver polisen inte direkt kunna visa att den intressanta personen är inblandad i en viss brottsorganisation, har en viss kriminell ställning eller ägnar sig åt en specifik kriminell verksamhet. Det skall alltså räcka med att polisen kan påvisa den rättsstridiga intentionen. SPANARK uttalar också i anslutning till det rådande rättsläget och särskilt JO 1977/78 s101

”att det är en otillbörlig spaningsmetod att provocera en person, som inte är kriminell i egentlig mening, att begå en brottslig handling (brottsprovokation). Däremot får det anses vara förenligt med gällande normer för hur polisverksamhet skall bedrivas att polisen genom provokation skaffar fram bevisning om planerad, pågående eller begången (narkotika)brottslighet”.

SPANARK nämner specifikt två provokativa åtgärder och resonerar kring dessa. Det ena är köp av narkotika och det andra är utbudande av narkotika. Avseende köp av narkotika ställer SPANARK sig för ett sådant förfarande och hemställer om att särskilda medel skall, som i andra länder, ställas till polisen förfogande för att användas till köp av narkotika i brottsbekämpande syfte. Avseende utbudande av narkotika är SPANARK mer tveksamt trots konstaterandet att metoden används i andra länder. SPANARK kan dock tänka sig fallet att polisen utbjuder narkotika till en känd narkotikabrottsling som klart konstaterats vill ha narkotikan för försäljning och skulle ha skaffat sig narkotikan på annat sätt om polisens utbudande ej kommit ivägen. SPANARK ser inte några lagliga hinder mot en sådan spaningsmetod. Förutsättningen är dock att köparen själv tagit initiativ till transaktionen och att metoden begränsas till större langare. En del praktiska förutsättningar ställer SPANARK upp bland andra att köparen aldrig får lämna med ett narkotikaparti. Dock anser SPANARK att metoden är vanskelig ur etisk synpunkt och att det endast i sällsynta fall finns fog för metoden och då främst att en polisman agerar som kurir i en kedja av tänkta överlåtelser.

2.4 Sammanfattning nuvarande rätt.

Det är inte tillåtet för polisen att agera som köpare av ett parti narkotika som inte gärningsmannen har omedelbar tillgång till. En polis får inte använda sig av desinformation när provokation används. Det är inte tillåtet för polisen att särskilja enskilt gods och invänta att eventuell gärningsman skall tillgripa detta. Polisen får inte övertala någon att begå brott. Den som fattar beslut om provokation skall vara polischef eller åklagare och om provokationen utförts otillbörligt kan åtal såsom för medverkan eller tjänstefel väckas mot provokatören. Den provocerade döms för det brott som framprovocerats om inte provokationen är uppenbart otillbörlig. Helst skall erfaren polisman användas som provokatör men i särskilda fall får privatperson användas.

3 SOU 2003:74 – förslag till lagstiftning på området okonventionella polisiära arbetsmetoder

3.1 Lagförslagets lydelse

¹Förslaget skapar en ny paragraf i rättegångsbalken – RB 27:17a§ med lydelsen:

”Vid förundersökning angående brott på vilket fängelse kan följa får, för att utröna omständigheter som kan vara av betydelse för utredning om brottet, åtgärder vidtas som kan föranleda någon att begå brottslig gärning, om det kan antas att denne skulle komma att begå samma eller liknande gärning även om åtgärderna inte vidtas.

Beslut om åtgärderna meddelas av undersökningsledaren eller åklagaren.

Protokoll skall föras över användningen av åtgärderna enligt vad som föreskrives i 13§ första stycket.”

3.1.1 När får en provokation inledas och användas?

Lagförslaget har medvetet lagt begreppen bevisprovokation och brottsprovokation åt sidan till förmån för begreppet åtgärd då det ansågs att bevis/brottsprovokation inte var tillfredsställande skiljt från varandra och inte kunde tillämpas på de situationer där provokation behövde användas². Enligt lagförslaget får en åtgärd (provokation) användas vid en förundersökning. En förundersökning skall inledas redan då misstankegraden är på en nivå där det finns ”anledning anta” att ett brott är begånget. Det finns enligt lagförslaget inget behov av att använda provokation utanför en förundersökning³. En provokation som leder till att den provocerade utför en brottslig gärning får utföras om det kan antas att

¹ SOU 2003:74 s. 292

² SOU 2003:74 s. 143

³ SOU 2003:74 s. 39 jmf SOU 2003:32 s. 279f där det föreslås att man om försiktighet iaktas kan använda provokation utanför en förundersökning.

denne skulle komma att begå samma eller liknande gärning även om åtgärderna inte vidtas. Det sägs i förslaget att de åtgärder som omfattas av paragrafen måste ha en innebörd av frestelse, initiativ, uppmuntran eller annan starkare påverkan, dvs. vara till viss utsträckning aktiva. Förslaget ger exempel på typiska situationer där provokation enligt den föreslagna lagstiftningen skall vara tillåten¹:

Polisen får erbjudande om att köpa narkotika, visar sig intresserad och får sakerna överlåtna till sig.

Polisen sätter in en begravningsannons i tidningen för att kunna gripa personer som gör inbrott i hem när de boende är på begravning.

Polisen sätter ut en motorcykel för att den skall tillgripas av personer som begår sådana brott.

Polisen får kontakt med en hälare, uppträder som spekulant, frågar om hälaren har godset till försäljning och får godset överlåtet till sig på de villkor hälaren själv, utan övertalning eller liknande, bestämmer.

I spaningarna efter en våldtäktsman får kvinnliga poliser uppdraget att locka fram honom genom att uppträda som civila och gå omkring i vissa kvarter, utan att genom klädsel eller på annat sätt avvika från hur kvinnor som befinner sig i området annars kan se ut och uppträda.

En person blir erbjuden att köpa gods som han vet eller misstänker är stulet. Personen kontakter polis som ger honom instruktioner om hur överlåtelser skall genomföras för att de misstänkta hälarna skall kunna gripas och godset tas i beslag.

En person misstänks för att ta betalt för att överlåta eller förmedla hyresrätter. Polisens spanare visar för den personen att han är intresserad av en hyresrätt och genomför förvärvet utan att ha varit pådrivande eller aktiv i kontakterna med den misstänkte.

På en arbetsplats har flera stölder begåtts och slutsatsen kan dras att det är någon ur personalen som gjort sig skyldig till brotten. I samråd med arbetsgivaren placerar polisen ut gods som hålls under bevakning i syfte att avslöja gärningsmän till stölderna.

En kvinnlig polis utger sig för att vara prostituerad med uppträder passivt så att initiativet helt ligger på kunden i kontakten med henne.

¹ SOU 2003:74 s. 295

Polisen har fått anmälningar mot en restaurangägare om olaga diskriminering bestående i att mörkhyade personer vägras komma in i lokalen. Polisens spanare med utländskt ursprung uppträder som gäst för att få bevisning om att den formen av beteende förekommer.

Polisen söker och får kontakt med en person som kan misstänkas för koppleri och får denna att förmedla en kontakt med en prostituerad som polisen planerar att använda som vittne.

3.1.2 Vem får besluta om en provokation?

I paragrafen står det att beslut om provokation meddelas av åklagare eller undersökningsledare. Undersökningsledaren är den som på åklagarens eller behörig förundersökningsledares uppdrag utreder brottet.

3.1.3 Vem får utföra en provokation?

Det kan inte utläsas ur paragrafen vem som får användas till att utföra en provokation. Lagförslaget ger ingen begränsning avseende om det krävs att det är polisman som utför provokationen eller om det är en privatperson. Det torde dock vara så att det inte är tänkt att nuvarande rättsläge skall ändras utan att lagförslaget förordnar restriktivitet.

3.1.4 Påföljd för den provocerade?

Avseende ansvar för framprovocerat brott avser inte lagförslaget att förändra rättsläget. Lagförslaget förordar dock att den sanktion som får inträda vid en eventuell otillåten provokation är att detta förhållande beaktas av domstolen i första hand vid straffmätningen¹.

3.1.5 Påföljd för provokatör?

Lagförslaget löser ut ansvarsfrågan på så sätt att en åtgärd *får* utföras vilket gör att den som utför åtgärden har tillåtelse till det eventuella medverkansbrottet. Lagförslaget skapar här en särskild ansvarsfrihetsgrund.

3.1.6 Dokumentation

Protokoll skall föras över användningen av åtgärderna enligt vad som föreskrives i RB 27:13§ 1st. I denna paragraf behandlas kravet på dokumentation av beslag och säger att det skall föras protokoll vari

¹ SOU 2003:74 s. 157

ändamålet med beslaget och vad därvid förekommit angives samt beslagtaget föremål noga beskrives. Den som drabbas av beslag äge på begäran erhålla bevis om beslaget, innehållande även uppgift å det brott misstanken avser.

4 Diskussion kring nuvarande rättsläge och SOU 2003:74

Som synes så är inte rättsläget så klart som det rimligtvis borde vara när det handlar om åtgärder av den här graden. Till att börja med så har inte de vägledande begreppen tillfredsställande retts ut. Under ganska lång tid har det resonerats kring begreppen brottsprovokation och bevisprovokation utan att det utmynnat i en fungerande definition. Axberger hade redan 1989 betänkligheter kring begreppen men det får anses vara så att begreppen fick en än vidare tillgänglighet genom Axbergers bok brottsprovokation då det var den första litteraturen i ämnet. Efter det så cementerades olyckligt begreppen och används fortfarande i gällande rätt. Trots att det skrivits en hel del rättsfall och utlåtanden om vad som är vilket så når man inte längre än de rader som jag skrivit tidigare under respektive rubriker. Det som skiljer begreppen åt anses vara *syftet* med åtgärden och den provocerades *”vilja”*. Om syftet med åtgärden är att nå bevisning om ett redan fullbordat brott kan det tillåtas att nytt brott framprovoceras. Om syftet med åtgärden är att skapa ett nytt brott eller väcka en brottslig vilja hos den provocerade är åtgärden att betrakta som otillåten.

För att ytterligare skilja begreppen åt försöker man göra ett hypotetiskt prov med meningen att man får aldrig provocera fram ett brott hos den provocerade som denne *”annars inte skulle begått”*. Hur det är tänkt att detta hypotetiska prov skall göras eller bedömas eller vilka faktorer som man skall ta särskild hänsyn till finns det ingen vägledning om någonstans. Man kan hamna i bryderi som JK påpekar när den provocerade kanske inte tänkt begå brottet precis vid tillfället för provokationen med säkerhet så hade han begått ett liknande brott fast kanske längre fram i tiden. Det finns inget som klargör hur den situationen löses. JK nämner att tidsaspekten är viktig i förhållande till hur stark misstanken är om att ett brott av liknande karaktär skall göras för att särskilja om det är en tillåten bevisprovokation eller otillåten brottsprovokation. SOU 1982:63 förslaget till ny polislag uppställer egentligen inte det hypotetiska provet *”annars inte skulle begått”* som absolut krav. SOU1982:63 säger istället att man *bör* aldrig provocera fram ett brott som annars inte skulle begåtts. Vad JO och JK har för grund att snäva in denna uppfattning redovisas inte av varken JO eller JK, i vart fall inte i anslutning till när de gör uttalandena.

Lagförslaget från 2003 tillåter uttryckligen brottsprovokation enligt en vid definition d.v.s att syftet med en åtgärd får mycket väl vara den att ett nytt brott begås om det sker under en förundersökning och genomförs för att

utröna omständigheter som kan vara av betydelse för ett redan begånget brott. Lagförslaget använder sig av ett hypotetiskt prov liknande den i gällande rätt ”åtgärder vidtas som kan föranleda någon att begå brottslig gärning, om *det kan antas* att denne skulle komma att begå samma eller liknande gärning även om åtgärderna inte vidtas” Lagförslaget har gjort ett försök att förenkla begreppen genom att använda sig av ordet ”åtgärd” istället för bevis/brottsprovokation. Dessutom har lagförslaget valt att använda sig av ett inarbetat begrepp i juridiken, kan antas, vilket är en mycket låg grad av misstanke.

Hur ”kan antas” ställer sig till det begrepp som i nuläget används ”annars inte skulle begått” (med variationer) är inte helt klart men det torde vara så att det blir en sänkning av misstankegraden i förhållande till nuvarande rätt.

Förslaget hävdar också att för att överhuvudtaget vara en provokation så krävs det en frestelse, uppmanan och ett aktivt handlande från polismannen. Detta står i motsats till ett flertal uttalande i nuvarande rätt om att polismannen under en provokation skall förhålla sig tämligen passiv.

Om man tittar på hur domstolen har använt sig av begreppet ”annars inte skulle begått” har de en sträng syn på provokationens tillåtlighet. I NJA 1988 s 665 resonerar Hovrätten på ett flertal ställen i domen att de narkotikabrott som provocerats fram ”sannolikt inte skulle begåtts utan polismännens provokation” Hovrätten preciserar inte vad de grundar detta påståendet på. För mig synes fallet handla om en känd narkotikamissbrukare som på ett sätt som verkar invariant tar kontakt med kunder och därefter langare i en relativt snabbt upparbetad leveranskedja och på ganska kort tid får fram narkotika till försäljning. Det synes uppenbart att hade det varit ett annat par än polismännen som tillfrågats och dessa kanske varit missbrukare eller annars intresserade att prova så hade brottet kommit till fullbord utan att ha uppdagats. Resultatet blev istället att personer i narkotikakretsar lagfördes. Hovrättens inställning till ”annars inte skulle begått” måste utgå ifrån en tidsaspekt på att gärningsmannen inte skulle begått brottet inom den närmsta timmen. Det bör inte vara så snäva tidsmarginaler som gäller när det hypotetiska provet görs då det finns en stor risk för felbedömningar.

JO:s inställning till provokation är också mycket snäv. I JO 77/78 s 101 utalade sig JO om vad han kallar otillbörlig spaningsmetod och menar att oavsett vem som tar kontakten får en polis inte utge sig för att vara någon annan och på så sätt få uppgifter i brottmål som han annars inte skulle fått. Polisen förhöll sig i det fallet dessutom tämligen passiv i skeendet.

I JO 2000/01 det s.k MC-fallet hävdar JO att polis inte ens fysiskt eller psykiskt behöver påverka någon för att det kan vara att anse som

provokation. Det räcker med att polis som befinner sig utom synhåll finner det *önskvärt* att ett brott begås. Detta är det senaste JO fallet som behandlar provokation och det vore olyckligt om det får genomslag såsom rättesnöre.

Även Axberger skriver att en åtgärd skall vara passiv och inte innehålla några frestelser. I JK 1988A8 ansåg förvisso JK att det inte var fråga om en provokation när polis passivt följde en händelsekedja för att sedan gripa gärningsmannen. Även om det i detta fallet också måste sägas att det ur polisens synpunkt var önskvärt att händelsekedjan fullbordades till ett brott som polisen sedan kunde lagföra för. JK tog hänsyn till det svåra bevisläget i sin bedömning om polisen borde ingripit tidigare.

Förslaget till ny lagstiftning kan ses som en motreaktion genom att i förslaget införs att det krävs aktivt deltagande från polisens sida för att det överhuvudtaget skall anses som en provokation. Förslaget ställer upp en del exempelfall där provokation skall anses tillåten. Någon stringens kan inte utläsas ur dessa utan det handlar ibland om rena tillgreppsfrestelser liknande MC-fallet och att locka till stöld på arbetsplatser till mer komplicerade skeenden såsom kontakter med hälare och kopplare. Troligtvis är exemplen mer till för att styra vilka enskilda brott som provokation allmänt skall riktas mot än att visa på kriterier för när provokation kan användas. Att olaga diskriminering och försäljning av hyresrätter tas upp som exempel tyder också på kriminalpolitisk hänsyn än på en verklig vägledning om när en provokation kan tillämpas.

Intressant är att det lagförslaget ger en hel del ingående instruktioner i ett fall där en kvinnlig polis skall agera "lockfågel" avseende att kvinnan absolut inte genom klädsel eller uppträdande får avvika från vad kvinnor i allmänhet har på sig eller uppträder men när det gäller exemplet med en MC som "lockbete" inte finns sådana instruktioner. Tydligt är det så att det i lagförslaget anses att det är lättare för medborgaren att frestas till ett sexualbrott än ett tillgreppsbrott. Det låter inte helt genomtänkt.

När instanserna bedömer en provokation är de oftast mycket svepande i sina uttalanden. För att kunna bedöma i polisarbetet vad som anses provokativt så räcker det inte med att som i NJA 1960 s522 berätta att polisen gett instruktioner till en provokatör utan att närmare redovisa hur detta gått till. Riksåklagaren i fallet gör sedan ett uttalande där förfarandet anses mindre tilltalande. Resultatet blir att ingen vägledning getts.

JO uttalar än mer besk kritik i JO 1977/78 s 101 där han anser att förfarandet från polismannen inte bara är otillbörligt utan också att polismannen åsidosatt polismans skyldighet att uppträda på ett sätt som inger förtroende och aktning. I detta fallet spelade polismannen till synes

med i ett spel som inte var på hans egna initiativ. Är det detta som är föremål för kritiken eller vad? JO ger inga svar.

Asp konstaterar att ett tillhandahållande av stöldobjekt eller andra situationer liknande den i MC-fallet inte kan anses vara anstiftan eller medverkan till brott. Asp uttalar inte om förfarandet är att anse som provokation men det synes vara så att Asp inte anser att det är en provokation. Axberger tar upp ett par typexempel som också liknar MC-fallet (fast tidigare). Även Axberger anser att den sortens åtgärder inte är otillåten brottsprovokation om den riktar sig mot någon eller några som man vet har begått brott. Axberger uttalar att s.k blind provokation där provokationen inte riktar sig mot en särskild grupp misstänkta är att anse som otillåten.

Tillåtligheten av provokationen är i nuvarande rätt också beroende på vilken grad av misstanke om brott man har, brottets svårighetsgrad och det förväntade resultatet av åtgärden.

JO uttalar i MC-fallet att för tillåtligheten till provokation skall det finnas en *stark misstanke* om *grova* brott samt att man genom sakliga välgrundande överväganden kan anta att provokationen leder till *väsentliga nödvändiga* och i utredningen användbara resultat. JO tar upp exempel om att polis uppträder som köpare av ett befintligt parti narkotika och säger då att provokationen utförs för att bevisa innehavet. JO säger alltså att köp av narkotika för att bevisa innehav är giltigt, samtidigt säger JO att provokation skall rikta sig mot grova brott.

Eftersom JO är tyst om hur själva brottet försäljning, vilket kunde gjort brottet grovt, skall hanteras så har JO tydligen uppfattningen att provokationen skall bevisa ett grovt innehav, det kan bli ganska stora mängder narkotika som någon då skall misstänkas ha på sig. Finns det då dessutom en stark misstanke så kan den misstänkte kroppsvisiteras och kanske t.o.m kroppsvisiteras i fara i dröjsmål, eller är det tänkt att begreppet ”stark misstanke” skall ligga lägre än ”skälig misstanke”? Även JK ansluter sig till att det krävs stark misstanke om grovt brott utan att ge vägledning om var på skalan stark misstanke ligger. Axberger talar om att provokation är att anse som ett förprocessuellt oregrerat tvångsmedel och att det skall krävas lika hög misstanke om brott samt att brottet skall vara av allvarlig art precis som vid reglerade tvångsmedel. Axberger är ganska ensam om att tala om förprocessuellt tvångsmedel. En förundersökning startar vid misstankegraden anledning anta att brott förövats vilket är en låg grad av misstanke och reglerade tvångsmedel får i vissa fall användas när straffskalan är så låg som fängelse i straffskalan vilket innefattar de flesta brotten i brottsbalken.

JO verkar också i det aktuella MC-fallet luta åt att det *faktiska* resultatet av en provokation har viss betydelse för om den är att anse som tillåten eller otillåten då JO påpekar att polisen i fallet i slutändan endast kunde åtala för det framprovocerade MC-tillgreppet. Dessutom påtalar JO att polisen borde ingripit redan på försöksstadiet till tillgreppsbrottet. Jag anser att detta definitivt hade lett till en ur JO:s synpunkt otillåten brottsprovokation då polisen i sådana fall till synes inte ens hade haft någon vidare förhoppning alls att få andra resultat än endast lagföringen för det framprovocerade brottet.

Lagförslaget SOU 2003:74 har lagt både kravet på ”stark” misstanke och grova brott åt sidan och föreslår att provokation kan användas under en förundersökning utan särskild grad av misstanke och mot brott som har fängelse i straffskalan. Området för när provokation kan användas vidgas betydligt i förslaget och därmed också användbarheten. Naturligtvis avsåg inte lagförslaget att polislagens 8§ avseende proportionalitet m.m skulle åsidosättas.

Asp i sin tur värnar om integritetsskyddet när han förordnar att en stark misstanke om annat visst brott skall finnas för att provokation skall få användas ”då det alltid kan tänkas förmå människor att göra saker som de annars inte gjort” .¹

Det är inte heller helt självklart var misstankarna får riktas. SOU 1982:63 hävdar att okonventionella spaningsmetoder måste vara objektanknytna för att de rimligen skall kunna bedömas i efterhand om de varit försvarliga eller ej. Narkotikakommissionen säger att det skall stå klart att ett visst parti narkotika finns i omlopp och att det finns sannolika skäl misstanke om fullbordat brott. Axberger är mildare och ställer begreppen misstanke och brottets grovhet i vågskålar och resonerar kring att om det finns en stark misstanke om grov brottslighet i en viss grupp kan denna utsättas för provokation. Dock skall risken för att oskyldiga drabbas beaktas. Axberger tar upp ett exempel där polisen sätter in fejkade begravningsannonser i tidningen för att kunna lagföra gärningsmän som begår inbrott i villor när ägaren är på begravning. Axberges slutsatser i ett sådant fall är att det knappast kan anses vara en otillåten provokation utan att en rad omständigheter talar för att denna typ av efterforskning skall tillåtas. Axberger hävdar vidare att åtgärden inte vidtas mot en viss person och kränker därmed inte någons integritet (man kan här jämföra med MC-fallet ovan), åtgärden är neutral och det finns ingen beaktansvärd risk att annan än hypotetisk adressat lockas till brott genom åtgärden. Axberger säger också att åtgärden bör vidtas för att komma åt tidigare stölder och att det

¹ Asp s. 201

”konstruerade” brott som utförs inte skall leda till lagföring. Axberger har tydligtvis en annan inställning än JO i den här sortens fall eller man kan väl snarare säga så att JO inte har tagit till sig Axbergers resonemang. Vad Axberger inte synes tänkt på i detta avseende är att gärningsmän till villainbrott oftast väldigt snabbt gör sig av med det gods de tillgripit antingen genom försäljning för att finansiera sitt missbruk eller för att försörja släkten utom lands. Att inte lagföra för det brott som begås är därför inte acceptabelt då det skulle leda till att gärningsmannen i princip alltid går fri.

När förutsättningarna ovan är tillgodosedda, vem är det då som skall ta beslut i frågan?

Även här är inte rättsläget självklart numera. Ett flertal tunga instanser hävdar att beslut fattas av åklagare *eller* polischef. Detta skulle då vara den lägsta nivån för tillåtligheten av beslut. Denna uppfattningen har SOU 1982:63, HD, JK och Axberger. JO hade i de flesta tidiga fallen också denna inställning vilket ledde till att det fanns klara riktlinjer i ledarfrågan. Men i JO 1997/98 s118 uttalar JO att de fall där provokation kan tillåtas är antingen då det finns misstanke om grovt brott eller när det i övriga fall är särskilt påkallat att åklagare leder förundersökningen enligt fördelningsdirektivet. JO drar då slutsatsen att det *alltid* skall vara åklagare som leder förundersökning där provokation används. Dessutom anser JO att det bör vara åklagare som leder fallen då det i förlängningen är åklagare som skall driva dessa fall i rätten. Med JO:s resonemang att åklagaren skall driva målet i rätten så är det vad som sker normalt i alla andra mål också och sålunda skall åklagaren på tidigt stadie ta över även dessa mål. JO:s inställning leder lätt till att tid förlösas i oklarheter kring chefsfrågor och inte används till utredning om brott. Det slutliga resultatet är att det inte finns en klar linje längre.

Lagförslaget SOU 2003:74 lägger beslutsnivån på provokationen på undersökningsledaren och drar slutsatsen att det i normala fall är en undersökningsledare som handhar utredningar och därmed också är den som är bäst insatt i utredningen och därför väl lämpad att ta beslut om provokation. Detta är enligt min mening ett försök att öka användbarheten för provokation och det är ett gott försök. Risken är dock att provokation som i nuläget ses som en mycket het potatis inte kommer att användas om besluten tas på för låg nivå. Ingen är villig på lägre nivå att bära hundhuvet för en operation som går fel och därmed försaka chans att göra karriär. Detta leder ofelbart till att det är lätt att hävda att om man inte gör något så gör man heller inte fel. Provokation är inte ett lika inarbetat begrepp som övriga tvångsmedel där undersökningsledaren rör sig vant och kan känna sig kompetent.

Jag anser att det inte försvårar provokationens tillämplighet om det läggs på åklagare att ta beslutet. Däremot får jag hålla med JO om att polischef inte skall ta befattning med den sortens operativa beslut. Jag grundar det dock inte på samma skäl som JO utan av den enkla anledningen att polischef generellt sett inte har kompetens att fatta beslut som rör den brottsutredande verksamheten. Flera fall visar på detta exempelvis Palmeutredningen, de turer som skedde kring JK 1989A7 m.m. I NJA 1988 s665 efterlyser Hovrätten klarare instruktionsläge och jag kan inte annat än hålla med dem.

Finns det utrymme för att låta polisman ta beslut om brottsprovokation i fara i dröjsmål? Inte i någon instans har det ansetts finnas utrymme för enskild polisman att fatta beslut om provokation i fara i dröjsmål. Ett visst utrymme generellt har det ansetts finna i nödreglerna. I SOU 1982:63 finns diskussionen om nöd men om man tittar på de rättsfall som berör frågan så är utrymmet för en provokation utfärdad i nöd mycket litet. Jag ser det som att ett beslut om provokation sällan behöver fattas under tidspress. Det bör ligga en noggrann planering bakom beslutet och att det sker med styrning för att kunna avgöra när provokationen inte längre är lämplig. Det är inte skäligen tillåta att en polisman försätts i en situation där han kan få svårt att avgöra hur nästa steg skall hanteras. Kanske kan man lägga ett beslut om fara i dröjsmål på särskilt utbildade polismän men de situationer där de kan tänkas behövas eller ens bör behövas måste bedömas som få. Allmänheten har en rätt att kräva att ett beslut som kan kännas integritetskränkande fattas under förhållanden som är reglerade. Inte heller SOU 2003:74 ger utrymme för att låta beslut om provokation fattas av polisman i fara i dröjsmål.

När det gäller vem som bör få utföra en provokation är det nuvarande rättsläget sådant att en privatperson får användas om synnerliga skäl tillåter det, dock är det inte tillåtet med någon organiserad verksamhet med privatpersoner som provokatörer. SOU 2003:74 upprättades i samband med ett lagförslag där även regler för infiltratörsverksamhet och skyddad identitet lades fram¹. Förmodligen ansåg lagförslaget att detta i sig var en kraftig utvidgning av rätten och att användandet av privatpersoner som provokatörer kunde ligga kvar på den restriktiva nivå som nuvarande rätt har.

Att använda privatpersoner som provokatörer kan ha ett flertal fördelar men också en mängd nackdelar. Fördelarna är naturligtvis att det förenklar de inledande kontakterna med kriminella nätverk, de uppgifter som kriminella kan ta fram om provokatören röjer inte provokatören. Nackdelarna väger dock enligt mig betydligt tyngre. Dels så är processuella tvångsmedel och våldsanvändning förbehållen polisen. En privatperson kan försättas i ett läge

¹ Se bl.a SOU 2003:74 s 290

där bristen på handlingsutrymme gör att privatpersonen utsätts för fara under ansvar från polis. Det kan också vara så att privatpersonen har en dold agenda avseende sin tilldelade uppgift vilket kan försätta både honom själv och kanske andra i fara. Dessutom så blir det gränsdragningsproblem i förhållande till de åtgärder som utförs, privatpersonen kanske gör något som är av tvivelaktig natur under myndighets flagg och hur löses då ansvarsfrågan?

Jag delar åsikten att privatpersoner bör användas restriktivt som provokatörer. Numera så har polisskolorna runt om i landet börjat leverera poliser i stor utsträckning vilket gör att det finns poliser som ännu inte är "brända" att tillgå. De här problemen belyser även Axberger.

Om en provokation inte skulle anses som tillåten då? Ansvarsfrågan både avseende provokatören och den provocerade är inte helt klargjort i nuvarande rättsordning.

Vad gäller ansvaret för provokatören så har Hovrätten i NJA 1988 s 655 visat på en inställning från domstolarnas sida att provokatören mycket väl ska kunna dömas för medverkan i eller anstiftan till ett brott som framprovoceras. Domstolen motiverar detta med den rådande medverkansläran och resonerar kring de objektiva och subjektiva rekvisiten. Provokatörerna i detta fallet åtalades för myndighetsmissbruk alternativt vårdslös myndighetsutövning men i Hovrätten diskuterades medverkansansvar för ett flertal narkotikabrott.

Hovrättens slutsats kan utläsas som följande. En provokatör som i detta fallet avser att ta narkotika i beslag i samma stund som ett framprovocerat överlåtelsebrott sker brister i uppsåt avseende de subjektiva rekvisiten och går därför straffri. Men om provokatören medverkar till ett förvärv i överlåtelssyfte där provokatören inte omedelbart kan ta narkotikan i beslag och på så sätt föra ut det ur missbrukarleden kan provokatören enligt Hovrätten dömas för medverkan till detta narkotikabrott. Detta är ett problematiskt fall. Provokatören avser de facto att köpet mellan gärningsmännen skall äga rum, förvisso för att vid en tidpunkt tätt inpå lagföra dem, men trots allt sker det en överlåtelse utan provokatörens direkta övervakning. Medverkansläran är ett trubbigt instrument som Hovrätten använder sig av och som här inte är tillfredsställande. Man kan lätt hamna i en situation där resonemang förs kring om det föreligger uppsåt från provokatörens sida att ett brott verkligen skall fullbordas och dessutom utan att provokatören avser ingripa. Förvisso finns det inga begränsningar i Narkotikastrafflagen att brottet överlåtelse av narkotika för att vara straffbart kräver uppsåt till spridning. Så fort överlåtelserna sker har brottet inträffat. Det synes dock mig främmande att jämställa en provokatörs och en

köparens uppsåt i det fall en överlåtelse sker. Hovrättet argumenterar på så sätt att provokatören går fri från medverkansansvar i det hans uppsåt är att ta överlåten narkotika i beslag. Frågan är hur Hovrätten ställer sig i de fall när en missbrukare köper narkotika. Vanligtvis bestraffas köparen endast för innehav och inte som medverkan till överlåtelse. Hovrättens diskussion om provokatörens uppsåt till medverkan till försök till överlåtelse tycks vara märkligt.

Det är den här sortens otydligheter som gör att det är betydligt rimligare att i detta fall inrikta sig på, såsom tingsrätten gjorde i fallet, ett tjänsteansvar. Tjänsteansvaret skulle i så fall ligga på om det kan anses att en tillräcklig kontroll finns över skeendet så att skadeverkningarna hålls på en låg nivå. Vad man också kan diskutera är om en polisman i sin tjänst överhuvudtaget kan hantera narkotika på ett *olovligt* sätt? Poliser hanterar narkotika dagligen i sin tjänst. För att inte orimliga gränsdragningsproblem skall uppstå är det lämpligt att en polisman som i sin roll som polis för polisiära syften inte kan anses hantera eller befatta sig med narkotika olovligen. Polismannen måste anses ha ett allmänt bemyndigande att lovligen hantera narkotika annars skulle varje överlämning av narkotika mellan poliser prövas i rättegång. Ett ovarsamt hanterande av narkotika är följdaktligen också då att betrakta som grundande för tjänstefel.

SOU 1983:63 tar upp ett typexempel på vad de rättsligt sett anser kan grunda ansvar såsom för medverkan. Exemplet är vid köp av narkotika att någon aktivt söker upp en försäljare och förmår denne att anskaffa ett parti för försäljning som han inte redan innehar. Att köpa narkotika under sådana förhållanden anses då vara en otillåten metod för polisen¹. Med största sannolikhet är det detta uttalande som domstolen i fallet 1988 s. 655 ovan grundar sig på.

Dock just angående narkotika så anser jag att mitt resonemang här avseende att en otillbörlig brottsprovokation kan grunda ansvar endast såsom för tjänstefel är rimligt och faller in under gällande rätt. Det ger en trygg miljö för polisen att arbeta i. Straffskalan för medverkan till narkotikabrott är hög och ger inte en rättvisande bild av provokatörens uppsåt vid en eventuell otillbörlig provokation.

Detta resonemang kan däremot inte sägas vara en allmän ansvarsfrihetsgrund för provokatörer då den specifikt inriktar sig på narkotika och dessutom endast polisprovokatörens hantering av narkotika. Vad gäller provokation genom anstiftan eller medverkan på samma sätt vid andra brott är det betydligt svårare att i nuvarande rättsordning rättfärdiga

¹ SOU 1982:63 s141

att brottet tillåts bli fullbordat. Man kan knappast försvara varken rättsligt eller etiskt en provokation genom anstiftan till exempelvis ett fullbordat rån som sker utan att provokatören har kontroll och överblickar skeendet, trots att gärningsmännen grips efteråt.

Lagförslaget löser de flesta delarna i problemet med ett Alexanderhugg och låter helt enkelt en särskild ansvarsfrihetsregel säga att en åtgärd *får* göras som kan föranleda annan att begå brott. Regeln är heller inte preciserad till yrkesgruppen polis utan faller in på den som under en förundersökning vidtar de under paragrafen gällande tillåtna provokationer. Med den sortens lagstiftning undviks mycket av den godtycklighet som annars kan drabba en provokatör. Vad som saknas är en begränsning av vilka brott som åtgärden får framprovocera. Naturligtvis så skall polislagens 8§ tillämpas som dämpande regel.

JO och JK uttalar sig inte om provokatörens straffrättsliga ansvar utan inriktar sig mer på tillåtligheten eller lämpligheten av de provokationer som förekommit.

Asp är den som i doktrinen utförligast försöker vägleda i ansvarsfrågan både avseende provokatören och den provocerades ansvar.

Asp resonemang försöker främst att förklara hur man rättsligt kan försvara att en provokatör skall ha ansvarsfrihet för de brott som framprovoceras. Asp avfärdar nöd och samtycke som rimlig grund för provokatörens ansvarsfrihet. Asp ser däremot inget hinder för att använda sig av ett resonemang kring det överskjutande uppsåtet och provokatörens brist på detta som en lämplig väg att fria provokatören från ansvar, åtminstone vid försöksbrott där man tydligt kan urskilja försökspunkten.

När det gäller en provokation till fullbordat brott har Asp svårare att hitta en mer generell ansvarsfrihetsgrund utan lutar sig mot att BrB 29:5§p2 skall användas eftersom en provokatör regelmässigt försöker förmildra skadeverkningarna av det framprovocerade brottet. Paragrafen ger utrymme för påföljdseftergift. Asp har viktiga synpunkter och hans förslag om att låta bristen på överskjutande uppsåt hos provokatören vara en allmän ansvarsfrihetsgrund är lätt att acceptera. Svårare är det med lösningen kring det fullbordade brottet och BrB 29:5p2. Vad Asp säger här är alltså att man i princip skall erkänna provokatörens skuld i brottet och därefter hitta förmildrande åtgärder som leder till påföljdseftergift. Rent praktiskt skulle detta innebära att de polismän som aktivt använder sig av provokation som medel i förundersökning skulle få ett digert brottsregister över brott som de aldrig egentligen kan tänka sig att befatta sig med. Dessutom skulle det bli

en form av skenmanöver som troligtvis inte skulle röna allmänhetens uppskattning.

Asp:s slutsatser avseende ansvarsfrihetsgrund och bristen på överskjutande uppsåt kan tillämpas när provokatören provocerar fram ett försöksbrott, det är tydligt att Asp här avser att ansvarsfrihet kan förklaras vid den klassiska bevisprovokationen men kan inte lika tydligt förklaras vid brottsprovokation. Asp:s intention blir än tydligare när han hävdar att användandet av brottsprovokation leder till en polisstat, och det vill väl ingen ha. Asp har utförliga juridiska utläggningar vilket leder till lösningar som till syvende o sist inte utmynnar i praktiskt användbara resultat. Asp efterlyser såsom flera andra lagstiftning på området.

Axberger är inte så utförlig i ansvarsfrågan för provokatören utan inriktar sig på att en provokation som inte följt gällande riktlinjer skall bedömas såsom tjänstefel. Axberger har däremot ett eget förslag till lagstiftning om att provokation till brott skall leda till ansvar såsom för medverkan till brott. Axberger har alltså föreslagit en allmän regel för medverkan till brott där uppsåtet inte har betydelse. Det kan med fog anses vara magstarkt att man förstorar en provokatörs skuld i ett skeende istället för att som rimligt vore förminska den.

Vad som inte har resonerats kring sedan NJA 1951 s 111 vare sig hos HD, JO, JK eller doktrinen är det ansvar som eventuellt skall tillfalla behörig beslutsfattare. I ovan rättsfall så ställdes chefen för flottiljen till svars för agerandet då han godkänt en plan som andra utförde. I NJA 1988 s. 665 så meddelar de båda poliserna det som får anses vara närmaste befäl d.v.s polis på ledningscentralen som in sin tur sätter andra poliser i rörelse. Det hade tydligtvis heller ingen betydelse att en av polismännen var att anse som befäl på plats i egenskap av äldst i tjänst. Inte ens när denne tog på sig ansvaret. Hovrätten tvekar ändå inte för att döma polismännen som medverkande till brott gemensamt och i samråd. Hovrätten talar dock om förmildrande omständigheter men då främst avseende bristen på klara instruktioner. Hovrätten uttalar inte om det borde ligga ansvar straffrättsligt på den chef som tillåtit förfarandet.

Hur skall man då ställa sig avseende den provocerades ansvar för brott? I nuvarande svensk rätt så åtalas den som utfört en brottslig handling oavsett om handlingen framprovocerats eller inte. Det anses från HD:s sida dock att grund för strafflindring kan tänkas föreligga om polisen använt sig av metoder som framstår som *uppenbart* otillbörliga till exempel om polisen själv deltar i brottslig gärning och i samband därmed förmår någon att begå ett brott som denne sannolikt annars inte skulle begått. Frågan är när det kan anses att polisen själv deltar i en brottslig handling. Är det när polisen

medverkar till försök eller när polisen medverkar till fullbordat brott som skall vara att anse som otillbörligt. Troligt är HD menar att det är när en polis begår en otillåten brottsprovokation som en grund för strafflindring inträffar.

JO och JK uttalar sig inte i denna fråga. Att märka är att både Axberger och Asp anser att man inte bör döma för det framprovocerade brottet, åtminstone skall straffet regelmässigt nedsättas. Jag har samma inställning som HD i denna fråga och anser att det förvisso kan vara svårt med frestelser men det krävs ändå en viss brottslig vilja för att fullborda ett brott. Vill man begå ett brott och lyckas med detta så är det svårt att i rättssystemet hitta en friande grund. Men som HD uttalat är det en otillbörlig provokation så kan strafflindring användas dock med restriktivitet. Man kan i dessa fall använda sig av exempelvis BrB23:5§ (mycket sällsynt) eller BrB 29:5§. En aspekt till detta är som jag berörde ovan i anslutning till Axbergers exempel om villainbrott är att det vanligtvis är så att gärningsmannen i förklaringen endast kan åtalas för det brott han tas på bar gärning för eller när han efterlämnar spår. Dock brukar resultatet av att en notorisk villatjuv lagförs främst vara den att inbrotten i villor sjunker anmärkningsvärt. Detta är en aspekt som jag tycker väger stort för att lagföring av gärningsmannen skall ske.

Nära samman med den provocerades ansvar hör hur bevisning tillkommen genom provokation får användas.

Det finns ingen begränsning i nuvarande rätt som diskvalificerar ett bevis. Alla bevis får tas upp i rätten och det är i rätten som värdet avgörs. Det är hos Asp och Ulf Lindqvist som man möter motståndet till denna ordning. De båda hänvisar till ett fall i Europadomstolen Teixeira de Castro v Portugal och tycker sig se att det inte längre går att hålla fast vid den linje som Sverige har i bevisfrågan utan bevis åtkomna genom brottsprovokation strider mot Europakonventionens art 6:1 avseende fair trial.

Europadomstolen fastslår dock primärt i domen att bevisnings giltighet skall lösas i nationell rätt. I detta fallet fäster domstolen vikt vid att den åtalade inte förekom tidigare i narkotikakretsar (åtminstone inte dokumenterat), en förundersökning var ej inledd mot den åtalade när provokationen genomfördes (i.e att en domare inte övervakade operationen), kontakten med polis skedde till en början med och genom mellanhänder dessutom tycker sig domstolen se att en avsikt att föröva brott hos Teixeira inte fanns innan provokationen började¹. Han var inte ”förutspådd” att begå brott. En variant av det i svensk rätt använda ”annars inte skulle begått”.

¹ Case of Teixeira de Castro v. Portugal 44/1997/828/1034 stycke 34f

Europadomstolens artikel 6:1 avseende fair trial torde riktas mot de tillfällen där någon ställs inför rätta på grunder som inte kan förutsättas eller där han inte kunnat påverka sin situation själv. Med andra ord när den åtalade ställs inför och åtalas med hjälp av metoder som varken är lagstadgade eller fast förankrade i rättspraxis och doktrin. I dessa fall är det även svårt att hävda den allmänna regeln att alla medborgare presumeras kunna sitt lands lagar och regler. Där har Europadomstolen sin funktion. Man kan alltså rimligt resonera såsom Lindqvist gör att en rättegång som i svensk gällande rätt baseras på en otillbörlig brottsprovokation inte kan anses vara rättvis. Dock är Lindqvist svävande när ett bevisförbud skulle regelmässigt inträda. Jag anser det är att gå för långt att avfärda de bevis som faktiskt nås. Resultatet av ett bevisförbud har alltför många oönskade effekter. Det torde vara en minoritet som är intresserade av OJ Simpsonliknande rättegångar annat än som TV-underhållning.

Slutligen i diskussionen är hur en provokation skall dokumenteras. Kravet på noggrann dokumentation har varit strängt genom alla instanser. Det är det enda grundläggande kravet som det inte finns några större tveksamheter om. De rättsvårdande instanserna och doktrinen är eniga. Det är heller inte så svårt att vara enig i en fråga som måste anses självklart. Vad som ställer till lite problem är vilket lagstöd som skall grunda hur dokumentationen skall föras. Detta främst för att lösa frågan i vilken utsträckning den misstänkte och dennes advokat skall ha tillgång till materialet. Det finns ingen uttalad regel för detta. Lagförslaget föreslår att man skall föra dokumentation med samma lagstöd som man använder till beslag.

Naturligtvis är det så att den misstänkte vid rättegången för sitt försvar skall ta så stor del av de handlingar som förbringas mot honom som möjligt. När det gäller dokumentation över polisprovokation kan det dock leda till att känslig information om polisens arbetsätt blir tillgänglig för kriminella. Det bör vara så att den misstänkte endast får besked om att en provokation ägt rum men att detaljerna kring detta förbehålls domstolen att ta ställning till.

5 Förslag till förändring och varför.

De största framgångarna med en provokativ arbetsmetod nås inom de så kallade offerlösa brotten där ingen av de inblandade är speciellt villiga att ta kontakt med polisen. Främst av dessa är narkotikabrotten.

I en Temoundersökning från 011022 ställdes frågan till intervjupersonerna om de var för eller emot att man i Sverige skulle tillåta viss narkotika. Resultatet visade att 96% av de tillfrågade var emot tillåtandet av viss narkotika, 3% var för att man tillåter ”lättare” narkotika såsom hasch eller s.k partydroger exempelvis ecstasy. 1% tog inte ställning. I samma undersökning så trodde 85% att det inte var möjligt att hålla narkotika borta från Sverige.

I BRÅ:s rapport 2000:3 Strategiska brott visar statistik att ca 25% av alla i Sverige födda förr eller senare lagförs för brott. I sin tur är det ca 60% av dessa där det stannar vid en engångsföreteelse. Med lite huvudräkning leder detta till att man med statistik kan säga att ca 15% av de i Sverige födda befinner sig i riskzonen att begå ett eller flera brott under sin livstid.

898 personer svarade på en fråga från Sydsvenskan 030507. Frågan som ställdes var om polisen skall få använda sig av provokation för att avslöja knarkbrott. 85% svarade ja och 15% nej.

Jag befann mig på en föreläsning med J Sarnecki 001031 på Polishögskolan i Stockholm. Enligt Sarnecki så kan befolkningen ur ett kriminologiskt synsätt grovt delas upp i:

Normala människor – om de begår brott så är det ofta beteendebrottslighet exempelvis trafikbrott. De är rädda att straffas och gör en stor social förlust om de upptäcks.

Presumptiva brottslingar- begår brott om rätt tillfälle ges. De är ibland rädda för straff och kan göra en social förlust vid upptäckt.

Kronikerna – söker aktivt möjlighet att begå brott. Är inte rädda för att bli straffade och gör ingen social förlust, tvärtom kan de i sitt umgänge vara en vinst att vara straffad. Lever en kriminell livsstil.

Genom ovan framställning av statistik och åsikter vill jag påvisa att provokation som utförs av polis inte har så stort motstånd bland befolkningen som ofta förutsätts hos bland andra JO, JK och Asp. Förmodligen är det så att människor i allmänhet till och med har en än mer vidsynt uppfattning om vad provokation innebär än vad som faktiskt tillåts i nuvarande regelverk. Jag vill dessutom visa att narkotikamotståndet fortfarande är högt samtidigt som uppgivenheten inför problemet är stort.

Detta ger enligt min åsikt utrymme för en mer offensiv narkotikabekämpning.

Metoden provokation är relativt sällsynt inom svenska förundersökningar. Huvudsaklig anledning till detta torde vara det oklara rättsläget eftersom goda resultat uppnås när det väl används.

Redan 1980 målade SPANARK upp en bild av ett scenario där narkotikan hade fått ett starkt fäste i Sverige och där möjligheterna att hindra detta med konventionella metoder var utomordentligt små. SPANARK föreslog ett flertal åtgärder för att hålla jämna steg med den tilltagande kriminaliteten. Varken polisberedningen i SOU 1982:63 eller andra rättsinstanser tog till sig SPANARKs domedagsprofetia. Nu har vi den situation som SPANARK förutsåg och det är dags att låta effektiva metoder bli användbara.

Som rättsläget är nu så råder begreppsförvirring tillsammans med oklarheter i beslutsfrågan. Samtidigt som det inte står klart vad som händer ifall en provokation inte anses tillbörlig. Det är en ohållbar situation och tydligare vägledning krävs. Det är inte funktionellt att låta polisens operativa arbete styras av svepande formuleringar.

Den formulering som tydligast utkristalliseras som grund för tillåtlighet både i den svenska praxis och i Europadomstolens fall Teixeira de castro är att man får inte provocera någon till att begå ett brott som *denne annars inte skulle begått*.

Detta uttryck anses skilja mellan tillåten och otillåten provokation. Uttrycket är trots detta det som knappast har fått vägledning alls. Hovrättens uppfattning som redovisats tidigare måste anses helt oförsvarlig. Även Europadomstolens motivering synes svårförståelig då Teixeira inte verkade ha så svårt för att få fatt i narkotika för försäljning.

För att få ett flyt i tillämpningen föreslår jag en metod för att utröna hur *annars inte skulle begått* kan tolkas.

Mitt förslag riktar sig inte mot den enskildes förutbestämmdhet att begå brott vilket annars är det vanliga sättet att försöka sig på en tolkning av uttrycket.

Jag tror att det är här som motståndet mot provokation ligger. De myndigheter som ansvarar för rättstillämpningen vill inte ta till sig att det finns kroniker utan tycker att diskussionen kring om människor är förutbestämda att begå brott är kränkande och vill därför inte ta den.

Mitt förslag utgår istället från att det generellt sett bland befolkningen finns ett motstånd mot att begå brott, särskilt brott av mer sammansatt slag. De är de här brotten av mer sammansatt slag som jag anser att en provokation kan riktas mot och att den provokationen kan vara mycket aktiv. Jag förutsätter att ett brott av sammansatt slag inte begås av människor som av en tillfällighet utan att ett sådant brott kommer att begås oavsett provokation. Provokationen tidigarelägger endast tillfället när brottet begås.

Vad är då ett sammansatt brott? Det finns redan inom juridiken ett begrepp benämnt sammansatt brott. Detta begrepp ligger mycket nära det som jag vill framföra. Jag behöver dock utvidga begreppet något för att passa in i min slutsats. Min definition av vad ett sammansatt brott är att det är ett brott som innehåller två eller flera ”trösklar” (i det vedertagna begreppet sammansatt brott är detta oftast rekvisiten) som måste överskridas innan brottet fullbordas, brottet har en uppbyggnad antingen i tid eller i konstruktion som ger möjlighet för gärningsman att tillbakaträda utan att fullborda brottet.

Exempel på ett sådant brott är (enligt min utvecklade definition) narkotikabrotten som då är ett sammansatt brott. Dels så finns vetskapen att narkotika är en otillåten substans, den vetskapen avkrävs alla i det svenska samhället och det är inte kriminaliserat att tänka på narkotika. För att brottet skall fullbordas krävs någon form av befattning eller försök förberedelse stämpling därtill. Om en provokatör frågar en person om denne har något att sälja triggas det medvetandet hos den provocerade. Är det en som inte har för avsikt att begå narkotikabrott så hamnar han vid den första tröskeln att narkotika är en förbjuden substans och tackar därför nej. En person som med vetskap om att narkotika inte är tillåtet går vidare och erbjuder narkotika till försäljning eller erbjuder sig att skaffa fram narkotika till försäljning har då övervunnit brottets motstånd och kan anses kunna ha begått brottet förutan provokationen.

Ett annat exempel är en rånsituation där det krävs tillgrepp medelst våld. Detta brott har ett kraftigt motstånd som måste övervinnas. Om en provokatör klär ut sig till äldre man med rullator och nonchalant svingar handväskan fram och tillbaka skulle de flesta människor i det normala fallet

som bäst upplysa denne om faran med detta och som sämst inte bry sig. En person som letar tillfälle att begå brott utför brottet.

Rena frestelsebrott exempelvis att lägga en plånbok innehållande en mängd kontanter utanför det lokala socialkontoret är då motsatsvis inte tillbörligt då det endast finns en tröskel att överskrida för att begå stöldbrottet d.v.s själva tillgreppet. Detta kan då träffa alltför stor del av befolkningen och sålunda inte stå i samklang med uttrycket *annars inte skulle begått*.

Sålunda anser jag att vissa brott har ett så stort inneboende motstånd att de som utför dessa sannolikt inte är förstagsångsförbrytare, oavsett om de är lagförda tidigare eller ej, utan de facto skulle begått motsvarande brott förutan provokationen.

Denna vägledning stämmer också någolunda överens med lagförslagets indelning i vad som är tillåten provokation. På vissa ställen går min definition lite längre och på något ställe, exempelvis att lägga ut en plånbok för att lagföra personal, så är min definition strängare.

Den springande punkten är som jag sagt tidigare uttrycket ”annars inte skulle begått” och hur denna hanteras. Om man då som jag försöker göra ser på det tilltänkta brottets konstruktion istället för den tilltänkta brottslingens predisposition och resonerar inte individuellt utan generellt när en frestelse kan bli för stor så tror jag att motståndet mot provokation hos lagstiftaren mattas något. För att utveckla ytterligare menar jag att om man förflyttar tillåtligheten av provokation från ett hypotetiskt prov avseende den provocerades eventuellt kriminella inställning till en objektiv beskrivning av de brottstyper som kan antas vara av sådan art att en provokation endast tidigare lägger ett utförande gör att det blir för allmänhet och rättsvårdande myndigheter betydligt enklare att förstå provokation som medel.

Sammanhörande problem är att det inte står klart vad som inträffar om provokationen anses otillåten.

Jag anser vilket jag tidigare sagt att det är orimligt att döma en provokatör till exempelvis grovt narkotikabrott vid en narkotikaprovokation där regelverket inte följts då provokatören i sitt agerande inte handlar som för att begå narkotikabrott utan som för att fullgöra myndighetsutövning, sin tjänst, som han förvisso kanske utfört felaktigt. Det finns en så stor diskrepans i straffvärdet avseende narkotikabrott och tjänstefel så att det är oacceptabelt att utrymmet finns. Trots det så är det fortfarande inte helt självklart att provokatören endast kan ansvara såsom för myndighetsutövning. Här bör en förändring ske snarast.

Lagförslaget SOU 2003:74 löser ut de flesta av problemen och borde ha införts i anslutning till att den lades fram. De enda problemen är att dokumentationsregeln inte passar in på provokation och att uttrycket ”kan antas att denne skulle komma att begå samma eller liknande gärning även om åtgärderna inte vidtas” inte till fullo klargörs. Reglerna om dokumentation av beslag passar inte in då det låter gärningsmannen i alltför stor utsträckning ta del av metoder som används i brottsbekämpningen. Avseende uttrycket ovan så anser inte jag att det räcker med de typfall som förslaget ger. Typfallen är så specifika så de talar i praktiken om att provokation får användas *endast* i dessa fall. Det finns inget hinder att applicera mitt förslag avseende sammansatta brott på uttrycket *kan antas* ovan.

Ansvar för den provocerade har tydiggjorts i gällande rätt och bör ligga kvar på den nivå att en eventuellt otillbörlig provokation kan beaktas i påföljdsfrågan. Det finns ingen anledning att införa någon form av bevisförbud eller straffrihet.

Är det då rimligt att anse att det finns en risk att som Asp uttrycker det ”vem som helst” kan råka illa ut om provokation tillåts i mer aktiv form. Svaret på den frågan är nej. Vem som helst kommer inte att råka illa ut dels p.g.a att motståndet att begå brott är alltför stort hos de allra flesta dels att det krävs en noggrann planering av en provokation bland annat för att utesluta att oskyldiga drabbas. Särskilt också om man skulle använda sig av den tes om sammansatta brott som jag förordnar.

Med klarare regler kommer det också att spridas en vetskap om att provokation förekommer vilket medför att flertalet människor blir än mer obenägna att begå brott.

Käll- och litteraturförteckning

Asp Straffansvar vid brottsprovokation

Axberger Brottsprovokation

Brottsbalkskommentaren Träskman m.fl

SPANARK- rapporten

Kripot utredningen RPS Rapport 1994:3 Promemoria angående kontrollerade leveranser

Svensk Juristtidning 1997 s. 215, 1999 s. 903

KARNOV lagsamling med kommentarer

Sydsvenska Dagbladet

BRÅ rapport 2000:3 Strategiska brott

BRÅ PM 1982:2 Narkotikabrott

BRÅ 1984:1 Kriminologi och kriminalpolitik

Föreläsning J. Sarnecki 001031

SOU 2003:74

SOU 1982:63

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från högsta domstolen

NJA 1951 s111
NJA 1953 s582
NJA 1960 s522
NJA 1972 s625
NJA 1985 s544
NJA 1986 s489
NJA 1988 s665
NJA 1989 s498
NJA 1996 s443
NJA 1998 s204
NJA 2003 s323

JO ämbetsberättelse

JO 1953 s131
JO 1973 s91
JO 1977/78 s101
JO 1977/78 s126
JO 1997/98 s118
JO 2000/01 s118

JK

JK 1982 A28
JK 1988 A8
JK 1989 A7
JK 1994 A16

Europakonventionen

Teixeira de Castro v Portugal 44/1997/828/1034