



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johanna Källrot

Provokativa åtgärder – lagstiftning?

Examensarbete
20 poäng

Per Ole Träskman

Straffrätt

Vårterminen 2007

Innehåll

FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
2 GÄLLANDE RÄTT	5
2.1 Terminologi	5
2.2 Bevis- och brottsprovokation	6
2.3 Var och hur regleras provokation? En allmän diskussion	7
2.4 Bör provokation vara tillåtet?	9
2.5 Polisrättsligt om provokation	11
2.5.1 Relationen mellan polisrätten och straffrätten	11
2.5.2 SOU 1982:63 Betänkande av 1981 års polisberedning	13
2.5.3 Summering av polisrätten	17
2.6 Praxis	20
2.6.1 Provokatörens ansvar	21
2.6.2 Sammanfattande synpunkter	24
2.6.3 Den provocerades ansvar	25
2.6.4 Sammanfattning av den provocerades ansvar	31
2.7 Europadomstolen	32
2.7.1 Teixeira de Castro	32
2.7.2 Det prejudicerande värdet	33
2.7.3 Summering av Europarätten	34
3 SOU 2003:74 ÖKAD EFFEKTIVITET OCH RÄTTSSÄKERHET I BROTTSEBEKÄMPNINGEN	36
3.1 Bör metoderna användas av de brottsbekämpande myndigheterna?	37
3.2 Bör metoderna lagregleras?	38
3.3 Skall metoderna regleras som straffprocessuella tvångsmedel eller arbetsmetoder?	39
3.4 Hur bör en lagregleringen utformas?	39
3.5 JO:s remissvar	41
4 INTERNATIONELLA REKOMENDATIONER OM SPANINGSVERKSAMHET	43

5 RÅ:S RIKTLINJER OCH RÄTTSPM OM PROVOKATIVA ÅTGÄRDER	50
6 SAMMANFATTNING	52
TACK	55
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	56
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	58

Förkortningar

EUROPOL	European Police Office
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
INTERPOL	International Criminal Police Organization
JK	Justitiekanslern
JO	Justitieombudsmannen
MO	Militieombudsmannen
Prop.	proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
TR	Tingsrätten

1 Inledning

Provokation är en av många okonventionella spaningsmetoder som används av polisen. Andra som kan nämnas är arbete med infiltratörer, (undercover-) agenter, informatörer osv. Metoderna används sedan länge i Sverige och de flesta andra länder.

Provokation går ut på att polisen provocerar någon att begå brott. Om provokationen utförs i syfte att finna bevis för tidigare eller pågående brottslighet omnämns denna spaningsmetod bevisprovokation. Men om provokationen utförs i syfte att lagföra en person för det framprovocerade brottet kallas detta handlande brottsprovokation, vilket generellt sett inte är tillåtet.

Uppsatsen består av en inledande fråga om provokation i någon form bör vara tillåten. Det diskuteras om det är en acceptabel metod att polisen och därmed staten lurar sina medborgare att begå brott.

Som stöd för denna diskussion har jag i huvudsak förlitat mig på resonemang från de två stora författarna i ämnet. Hans-Gunnar Axberger kom ut med sin bok *Brottsprovokation* år 1989. Han diskuterar brottsprovokations tillåtlighet enligt gällande rätt samt rättsverkan av otillåten provokation. Flera av författarens synpunkter angående hur gällande rätt bör ändras är ännu aktuella.

Petter Asp publicerade *Straffansvar vid Brottsprovokation* år 2001. Denna bok är mera inriktad på rättsverkan av en otillåten provokation, dvs. provokatörens ansvar och den provocerades ansvar. Den är teoretisk och innehåller många infallsvinklar på problematiken och möjliga lösningar.

Det finns ingen lagstiftning som tillåter eller förbjuder provokation. Därför har jag som huvudfråga valt att undersöka om en sådan skulle vara önskvärd och möjlig att införa och hur denna i så fall skulle vara utformad.

Frågan att lagstifta om provokation har behandlats ett flertal gånger sedan tidigt 80-tal. Det började med en rapport från Rikspolisstyrelsen (Spanarkrapporten) som ledde till att okonventionella spaningsmetoder kom att diskuteras i förarbetena till den nya polislagen. Någon paragraf rörande provokation blev dock aldrig aktuell i den nya lagen. Beredningen ansåg att alla principer gällande polisens agerande fanns innefattade i den nya 8 § polislagen (behovs- och proportionalitetsprincipen).

För att utröna polisens befogenheter och skyldigheter i sin tjänsteutövning och specifikt hur de bör agera i provokationer har polislagens förarbeten, främst SOU 1982:63 studerats.

Provokation kan diskuteras ur polisrättslig och straffrättslig synvinkel. Relationen mellan dessa begrepp diskuteras i uppsatsen. Den polisrättsliga aspekten rör frågan om provokationen varit tillåten utifrån de regler polisen har att rätta sig efter, ytterst polislagen. Den straffrättsliga bedömningen gäller om polisen skall anses straffrättsligt ansvarig för den gärning han provocerat den misstänkte att begå. I praxis har poliser fällts för medverkan och anstiftan till sådana brott, men även för tjänstefel. Eftersom de olika regelverken påverkar bedömningen av vad som är respektive inte är brottsligt, har de få rättsfall som rör provokatörens ansvar belysts. Detsamma gäller de rättsfall som rör den provocerades ansvar. I dessa fall är frågan om provokationen skall anses som otillbörlig och därmed påverka straffpåföljden.

Europadomstolens syn på provokation har undersökts eftersom Sverige ytterst måste följa prejudikat från domstolen gällande tolkningen av Europakonventionen.

Ytterligare ett försök att lagstifta om provokation gjordes i SOU 2003:74. Här presenterades ett förslag för att i lag reglera och i viss mån utvidga polisens befogenheter vad det gäller provokativa åtgärder. Detta förslag med efterföljande remissvar belyses eftersom det tar upp många av svårigheterna med att lagstifta om provokation.

Slutligen ger den internationella utblicken, i form av rekommendationer gällande spaningsverksamhet en bild av hur det internationella samfundet ser på provokativa åtgärder. Dessa författades av en informell arbetsgrupp av specialister vid ett möte anordnat av FN.

Alldeles nyligen presenterades riktlinjer från Riksåklagaren som utarbetats i samarbete med Rikspolisstyrelsen och Tullverket. De ska vara vägledande för åklagare vad det gäller den formella hanteringen av provokativa åtgärder.

2 Gällande Rätt

2.1 Terminologi

Provokation är ett samlingsbegrepp för bevis- och brottsprovokation. Provokation innebär att polisen provocerar fram ett brott. I propositionen till polislagen definieras provokation som:

”att polisen i sitt brottsbekämpande arbete använder sig av metoden att locka eller utmana någon till en handling eller ett uttalande, som kan vara besvärande eller på något annat sätt negativt för denne eller annan i dennes närhet (släkting, kompanjon etc.). Den person mot vilken åtgärden riktas är oftast en för brott misstänkt person, men det kan också vara frågan om någon annan som antas ha kunskaper om något av betydelse för polisens arbete, exempelvis ett vittne till en aktuell gärning.”¹

Brottsprovokation till skillnad från bevisprovokation är mera ingripande och anses generellt inte tillåtet.² Grovt förenklat kan det förklaras som att brottsprovokation enbart syftar till att uppmana någon att begå ett brott, medan **bevisprovokation** –genom att provocera någon till att begå ett brott– även syftar till att bevisa ett redan begånget eller pågående brott. Denna distinktion mellan bevis- och brottsprovokation nämns för första gången i Spanark rapporten³. Följande stycke är taget från rapporten:

”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 förenligt med gällande normer för hur polisarbetet skall bedrivas, att polisen genom provokation skaffar fram *bevisning* om planerad, pågående eller begånget (narkotika) brottslighet. Provokationen går alltså ut på att överbevisa brottslingen om en faktisk kriminell aktivitet.”⁴

Det är svårt att definiera en provokation som bevis- eller brottsprovokation eftersom en och samma provokation kan innefatta båda begrepp. Det som blir avgörande är om den provocerade åtalas för brottet ifråga eller den bakomliggande brottslighet som bevisats genom provokationen.⁵

Ett exempel är att provokatören gör ett provköp av narkotika från en misstänkt. Väljer åklagaren att åtala för både innehavet av narkotika och överlåtelsen, innefattar provokationen både bevis- och brottsprovokation. Eftersom endast bevisprovokation är tillåtet i Sverige, väljer åklagaren i praxis att åtala enbart för innehavet (bakomliggande brottslighet).⁶ Begreppet bevisprovokation kan anses missvisande på två grunder. För det första eftersom det innefattar att ett nytt brott provoceras fram och för det

¹ Prop 1983/84:111 s. 45. Se även SOU 1982:63 s. 129-130.

² Axberger s. 51.

³ Rapport utgiven av rikspolisstyrelsen för att utarbeta förslag för metoder vid spaning mot narkotikabrottslighet (Spanark rapporten).

⁴ Spanark rapporten s. 12.

⁵ Asp s. 207.

⁶ Asp s. 330.

andra eftersom det redan måste föreligga stark misstanke om brott för att en bevisprovokation ska få företas.⁷

Agent provocateur är beteckningen på den provokatör som har för avsikt att provocera någon till att begå ett försök till ett brott; dock med avsikten att brottet aldrig skall fullbordas. Provokatören kommer att förhindra att brottet fullbordas eller förlita sig på att brottet p.g.a. omständigheterna kommer att stanna vid försök.⁸

Provokatören (P) är en polisman som utför provokationen.

Den provocerade (X) är en brottsmisstänkt som blir utsatt för provokationen.

Desinformation innebär att man medvetet ger oriktiga uppgifter till personer som t.ex. misstänks för narkotikabrott. Tanken är att skapa oro eller motsättningar mellan narkotikabrottslingar eller provocera fram ett oförsiktigt handlande från en misstänkt person som kan avslöja denna.⁹

2.2 Bevis- och brottsprovokation

Det finns inget lagrum som direkt reglerar begreppet provokation. Det får anses utrett enligt det ovan anförda att **bevis- och brottsprovokation** kan innefattas i samma åtgärd och att rubriceringen är beroende av vad åklagaren väljer att åtala för. Om X åtalas för det framprovocerade brottet, så är det tal om otillåten brottsprovokation. Om han istället åtalas för den bakomliggande (uppdagade) brottsligheten så har en bevisprovokation ägt rum.¹⁰ Frågan är om bevis- och brottsprovokation kan skiljas åt och om det i så fall är önskvärt att lagstifta mot brottsprovokation.

Asp summerar sitt teoretiska resonemang kring bevis- och brottsprovokation genom att konstatera att även brottsprovokation bör kunna vara tillåtet, så länge som X inte åtalas för den framprovocerade gärningen. Detta är enligt Asp hur det går till i praktiken, åklagaren avstår från att åtala för det framprovocerade brottet.¹¹

Axberger är kritisk till denna inställning, och yttrar att:

”Distinktioner som starkt betonar en åtgärds syfte har dock den svagheten att de lämnar stort utrymme för i detta fall provokatören att rubricera sin handling på det ena eller andra sättet.”¹²

⁷ Axberger – en uppdatering s. 62. Se även Axberger s. 10.

⁸ Asp s. 20 ff. Se även Axberger s. 9.

⁹ SOU 1982:63 s. 131.

¹⁰ Asp s. 330.

¹¹ Asp s. 330.

¹² Axberger s. 11.

Han föreslår att det lagstiftas mot brottsprovokation, genom en straffbestämmelse som tar sikte på:

”...provokativa åtgärder i *direkt* uppsåt att få den provocerade bestraffad *för den framprovocerade gärningen...*”¹³

Bevisprovokationen skulle därmed per automatik vara utesluten och även fortsättningsvis tillåten.

Detta är en intressant idé, men jag tror inte att den kommer att komma åt all brottsprovokation. Istället kvarstår Axbergers farhågor, eftersom åklagaren i många fall kan välja att rubricera sin åtgärd som bevisprovokation även då detta inte varit fallet. Detta kan göras då det genom brottsprovokationen av en slump framkommit bevis om bakomliggande brottslighet. Dessutom skulle den av Axberger föreslagna lydelsen inte täcka begreppet otillåten bevisprovokation, dvs. den som sker i strid med 8 § polislagen samt de principer som utvecklats i praxis.

Sammanfattningsvis, så tror jag att ett uttalat förbud mot brottsprovokation kommer att leda till ytterligare komplikationer i bedömningen av provokationer. Detta eftersom bevis- och brottsprovokation kan innefatta samma åtgärd.

2.3 Var och hur regleras provokation? En allmän diskussion

Som ovan konstaterats, finns ingen lagtext som reglerar begreppet provokation.

Detta kan tolkas på två sätt.

- Straffrättsligt följer att det som inte är förbjudet är tillåtet.
- Från medborgarens sida är det önskvärt att staten agerar utifrån regleringar.¹⁴

Den enda skrivna lagtext som polisen har att rätta sig efter när det gäller provokation och utförande av övriga tjänsteuppgifter är den generella behovs- och proportionalitetsprincipen i 8 § polislagen. Här stadgas att:

”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 begränsar någon av de grundläggande fri- och rättigheterna som avses 2 kap RF får ej grundas enbart på bestämmelser i första stycket.”

¹³ Axberger s. 58.

¹⁴ Asp s. 168.

Förutom texten i denna paragraf finns viss vägledning i förarbetena till polislagen. I avsaknad av annat lagstöd eller förbud har det i praxis utarbetats principer för när provokation får tillämpas.

Dessa behandlar jag under avsnittet om polisrätten.

Avsaknad av lagreglering innebär att poliser som anses ha utfört otillåtna provokationer (brottsprovokationer och otillåtna bevisprovokationer) kan dömas för olika brott. Provokatören kan fällas för medverkan alternativt anstiftan då den provocerade har begått ett fullbordat brott. Tjänstefelansvar kan också bli aktuellt. Asp skriver att det inte är uteslutet att polisen även kan komma att dömas enligt narkotikastrafflagen 1 § när det gäller narkotikaprovokation som anses ha gått för långt.¹⁵

En lagreglering kring begreppet provokation skulle tydliggöra var gränsen till det otillåtna går. Flera olika förslag har framförts om hur provokation bör regleras. Det senaste i raden är SOU 2003:74 Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen, där viss provokation föreslås bli lagenlig. Denna utredning har mött hård kritik från JO och lär inte leda till någon förändring.

Jag tycker att utredningen och svaren från remissinstanserna visar på svårigheten att lagstifta om okonventionella rättsåtgärder.

Det har diskuterats om RB 23:12 skall tolkas extensivt och även innefatta begreppet provokation. Denna paragraf förbjuder att vid förhör under förundersökning:

”i syfte att framkalla bekännelse eller uttalande i viss riktning”

använda:

”medvetet oriktiga uppgifter, löften eller förespeglningar om särskilda förmåner, hot, tvång uttrötning eller andra otillbörliga åtgärder.”

Detta diskuterades av polisberedningen, som kom fram till att polisen i ett fiktivt fall måste anses befogad att lägga ut ett kuvert med en falsk lösensumma på en angiven plats, efter kontakt med en utpressare, i syfte att snärja densamma. Eftersom beredningen inte ansåg denna handling otillbörligt beslutades att RB 23:12 inte kan anses tillämplig på frågan om provokation.

Axberger skriver att han anser beredningens slutsats vara korrekt, eftersom RB 23:12 är en specialbestämmelse i processlagstiftningen och att det inte lär finnas anledning att låta denna utbreda sig och bli ett större effektivitetshinder än vad som följer av lagtexten.¹⁶

¹⁵ Asp s. 168.

¹⁶ Axberger s. 21 ff.

Riksåklagarmyndigheten har nyligen, i mars år 2007, offentliggjort riktlinjer för åklagare som rör handläggningen av provocativa åtgärder. Dessa har utarbetats i samarbete med Rikspolisens och Tullverket. Riktlinjerna ska i allt väsentligt vara en kodifiering av praxis.

2.4 Bör provokation vara tillåtet?

Frågan om provokation i någon form bör vara tillåten är omdiskuterad och det finns inget givet svar. Argumenten från båda sidorna har genomgåts för att nå en slutsats. Först redovisas argument mot att tillämpa provokation och sedan de som talar för provokation.

Emot:

Från medborgarnas sida kan hävdas att 8 § polislagen inte rättfärdigar provocativa åtgärder från polisens sida. Enligt Asp skall ingrepp i medborgarnas liv enligt andra stycket 8 § polislagen, fordra lagstöd. Samtidigt anser han inte att provokation är att betrakta som ett sådant tvångsmässigt ingrepp i de grundläggande rättigheterna, men att det ändå bör fordra mer stöd än de allmänna uppgiftstagandena i polislagen.¹⁷

Provokation kan beaktas som ett inkräktande på den fria viljans område. Asp påpekar uttryckligen att han inte vill ge sig in i den filosofiska diskussionen rörande den fria viljan men talar om provokation som något som ”manipulerar individer”¹⁸ och ”att den enskildes skuld är förminskad”¹⁹. Detta resonemang avslutar han sedan genom att göra en helomvändning när han tillägger:

”Stark påverkan kan förvisso minska gärningsmannens skuld, men människan förutsätts i grunden kunna välja om hon vill falla för olika former av påverkan.”²⁰

Metoden kan, enligt Asp, anses som absurd eftersom staten först provocerar fram brottet - och därmed har fullständig kontroll över att någon fara eller risk inte föreligger - och sedan dömer och straffar för denna framprovocerade gärning. Han skriver:

”Dvs. de skäl som från moralisk synpunkt kan motivera påförandet av lidande behöver överhuvudtaget inte existera i de fall där brottet framprovocerats av staten.”²¹

Asp är inte konsekvent i sin terminologi, och det är ibland svårt att förstå vad det är han kritiserar. Han använder uttrycken ’provokation’, ’viss provokation som går över en viss gräns’ samt ’brottsprovokation’. Det är inte alltid tydligt om det bara är brottsprovokation eller även bevisprovokation som kritiseras.

¹⁷ Asp s. 169.

¹⁸ Asp s. 311.

¹⁹ Asp s. 311.

²⁰ Asp s. 311.

²¹ Asp s. 312.

Ett annat argument som Asp framför mot provokativa åtgärder, är att staten själv därmed använder sig av ojusta metoder som har en bedrägerilikhande karaktär.

Han påpekar att provokation ändrar på en grundläggande princip inom straffrätten. I övriga situationer när polisen beivrar brott, ingriper denna när brottet har begåtts och fokus ligger därmed på den brottsliga handlingen. När det gäller provokationsåtgärder skiftar denna ordning och polisen engagerar sig (provocerar) innan ett brott har kommit till stånd och fokus är därmed istället på den misstänkte och inte det individuella brottet. Faran för vart detta kan leda illustreras väl av Asp som menar att metoden visar på skiljelinjen mellan rättsstat och polisstat.

Som avslutande synpunkt, påpekar Asp att brottsprovokation kan öka maktmissbruk inom polisen; detta då metoden kan användas på ett diskriminerande sätt genom att riktas mot vissa speciella brott eller grupper av individer.

Jag instämmer med Asp att provokation som tillämpas utan några ramar, kan leda till de farhågor som presenterats ovan. I Sverige anses bevisprovokation tillåtet, men denna metod tillämpas enligt de principer som utvecklats i praxis och dessa förhindrar mycket av det missbruk som Asp tar upp.

Trots detta kan det diskuteras om dessa principer är tillräckliga för att förhindra ett missbruk av metoden.

Axberger tar upp en intressant fråga vad det gäller fara för ett brottsfullbordande. Då polisen utför en väl planerad provokation har den kontroll över händelseförloppet och frågan är om detta skall beaktas som en tillfällighet från den provocerades synpunkt. HD:s domar visar att frågan om en brottsplan är värd att tas på allvar, ska göras från den provocerades synpunkt och provokationen medför därmed i praktiken ingen svår avvägning i denna fråga.²²

För:

De argument som finns för att provokation ska få användas av staten är mera praktiska än etiska. I SOU 2003:74 presenteras ett argument vara att andra länder har en liknande ordning samt att Sverige använt sig av provokation sedan länge.²³

Jag tycker det kan ifrågasättas om detta argument är hållbart. Det finns instrument och metoder som används av många länder men som inte anses acceptabla på den grunden. Dessutom skulle detta argument inte leda till någon förändring i Sverige enbart av den anledning att metoden redan används.

²² Axberger s. 50.

²³ SOU 2003:74 s. 136.

Ett starkare argument, tycker jag, är att vissa brottstyper är mycket svåra att klara upp med konventionella polisiära metoder. Provokation används ofta vid brott där det inte finns något utpekad brottsoffer till exempel narkotikabrott och dobbleri. Det används även vid brott där offret sällan anmäler förövaren (t.ex. utpressning) men även vid brott där offret vanligtvis är ovetande som vid till exempel mutbrott.²⁴

Avslutningsvis instämmer jag med Asp och Axberger som hyser stora betänkligheter både ur rättsstats- och rättssäkerhetssynpunkt mot att staten använder provokation som metod att uppdaga brottslighet.²⁵ Jag anser det svårt att rättfärdiga statens användning av provokation på den grunden att det är en ojust metod. Trots detta förespråkar jag även fortsättningsvis att bevisprovokation bör användas. Detta stödjer jag på argumentet att det är mycket svårt att komma åt flera typer av allvarlig brottslighet med konventionella metoder. Dessutom anser jag att det fortsatta förbudet av brottsprovokation och de i praxis utvecklade principerna kring bevisprovokation minimerar en risk för missbruk av metoden.

2.5 Polisrättsligt om provokation

Polislagen innehåller föreskrifter för polisens arbete. I ett försök att finna vägledning hur polisen ska behandla frågor om provokation har förarbetena till lagen studerats, främst SOU 1982:63 Betänkande av 1981 års polisberedning. Spanarkapporten har jag behandlat i de delar denna har relevans i polisberedningen.

2.5.1 Relationen mellan polisrätten och straffrätten

Den litteratur som behandlar begreppet provokation kan sägas dela upp ämnet i tre områden. Ett område är polisrätten, som handlar om hur åklagaren skall avgöra om provokation bör tillgripas samt hur polisen skall agera. De andra två områdena rör straffrätten och kan bli aktuella i ett senare skede när provokationen ägt rum och denna på någon grund ifrågasätts. I en rättegång kan då en otillbörlig provokation komma att påverka X:s straffvärde genom strafflindring och P kan komma att straffas för otillbörlig provokation.

Relationen mellan polisrätten och straffrätten är komplex. Detta illustreras väl genom två uttalanden av Asp. Han skriver att:

”det inte råder något direkt, eller nödvändigt samband mellan de olika frågeställningarna (provokatörens ansvar, den provocerades ansvar samt tillåtligheten av brottsprovokation som polisiär metod). Svaret på en fråga implicerar med andra ord inte vad svaret på de övriga frågeställningarna är.”

²⁴ Asp s. 22-23.

²⁵ Axberger - en uppdatering s. 60. Se även Asp s. 308 ff.

Samtidigt skriver han att:

”den straffrättsliga bedömningen inte kan ske fristående från den straffprocessuella eller polisrättsliga, tvärtom påverkar olika regelverk bedömningen av vad som är, respektive inte är brottsligt.”²⁶

Att straffrätten och polisrätten påverkar varandra är uppenbart då polisen begår misshandel och ofredande i sin tjänsteutövning (i samband med gripanden och andra åtgärder) men att detta inte anses rättsstridig på grund av regler i polislagen. Asp påpekar att detta kan leda till argument som går i cirklar. Polisen måste fråga sig vad som är tillåtet enligt polislagen, medan de som dömer måste ta reda på vad polisen får göra enligt dessa regler för att kunna sluta sig till vad som är brottsligt.

Enligt Asp har polisberedningen, som lade fram den nuvarande polislagen närmast utgått från motsatt ståndpunkt i provokationsfallet och han skriver:

”beredningens ståndpunkt är m.a.o. att bedömningen av provokationsfall skall bero av en mer renodlad straffrättslig bedömning, dvs. om det man gör är brottsligt så är metoden otillåten.”²⁷

På denna grund anser Asp det tydligt att polisen enligt polislagen och andra polisiära regler inte kan rättfärdiga otillåtna handlingar på grund av en provokationsåtgärd. Asp kommer därmed till slutsatsen att om en särskild ansvarsfrihetsgrund ska tillskapas för poliser, måste detta ske straffrättsligt.

Jag instämmer att det är problematiskt att poliser i vissa fall blir dömda enligt medverkansansvar men tror inte på att införa ansvarsfrihet för poliser. Detta anser jag i linje med min uppfattning att det inte är möjligt att lagstifta om provokation som diskuteras i kapitel 3.

Asp angriper problemen från straffrättslig synvinkel och undersöker hur den polisrättsliga bedömningen påverkar straffrätten.²⁸ Han kommer fram till att vissa av de i praxis utvecklade principerna om tillämpning av bevisprovokation är formella och har därmed inte nödvändiga implikationer för *inhållet* i en provokation. Därmed bör de, enligt Asp, inte påverka X:s straffrättsliga ansvar. Oavsett om dessa formella principer har åsidosatts, bör X inte kunna åberopa strafflindring. De principer han anser vara formella är den att åklagaren skall fatta beslut om en provokation samt att dokumentation skall skötas på ett visst sätt. Han anser också att det gäller principen om graden av misstanke. Här framhåller han två anledningar. Den ena är att det från ett rättstatligt perspektiv måste anses tvivelaktigt att särbehandla individer på grund av misstankar, den andra är att graden av misstanke inte har något att göra med provokationens karaktär.

²⁶ Asp s. 34.

²⁷ Asp s. 96.

²⁸ Asp s. 194.

Jag instämmer och anser inte att dessa krav borde påverka X:s ansvar eller straffmätning.

2.5.2 SOU 1982:63 Betänkande av 1981 års polisberedning

SOU 1982:63 Betänkande av 1981 års polislag lade grunden för regeringens prop. 1983/84:111 med förslag till polislag m.m., som sedan blev polislagen. Beredningen behandlar frågan om polisens provokativa åtgärder under avsnittet: ”Vissa frågor rörande polisens spaningsmetoder”²⁹.

Inledningsvis konstateras att provokation knappast berörts tidigare men att det nu måste anses högaktuellt med tanke på det utvecklingsarbete som bedrivits inom rikspolisstyrelsen gällande metoder vid grov narkotikabrottslighet och ekonomisk brottslighet.³⁰

Definitionen på provokation är som angivits tidigare:

”att polisen i sitt brottsbekämpande arbete använder sig av metoden att locka eller utmana någon till en handling eller ett uttalande, som kan vara besvärande eller på något annat sätt negativt för denne eller annan i dennes närhet (släkting, kompanjon etc.). Den person mot vilken åtgärden riktas är oftast en för brott misstänkt person, men det kan också vara frågan om någon annan som antas ha kunskaper om något av betydelse för polisens arbete, exempelvis ett vittne till en aktuell gärning.”³¹

Nedan följer ett exempel på en tillåten provokation:

”Metoden används för att man ska få bevisning om planerad eller begången brottslighet. Ibland kan provokationen även syfta till att ett planerat brott skall fullbordas under sådana förhållanden att bevisning om detta kan säkras. Ett klassiskt exempel på åtgärder av sistnämnda slag, som emellertid ingalunda har förlorat sin aktualitet, erbjuder det fallet att någon som av en okänd person är utsatt för penningutpressning under hot om våldsåtgärder eller andra lagstridiga repressalier vänder sig polisen med begäran om hjälp. Polisen kan då tänkas medverka till att ett kuvert som innehåller pengar eller ser ut att gör det placeras ut på en viss plats som överenskommit med utpressaren. När kuvertet hämtas, iakttas detta av polisen, som antingen då omedelbart ingriper eller också följer med den som hämtat kuvertet till den personen som kan mosstänkas ha varit ledare för den lagstridiga aktionen.”³²

Den ovan givna citatet visar hur svårt det är för åklagare och poliser att avgöra vad som är tillåten bevisprovokation. Här står bland annat att: ”även syfta till att ett planerat brott skall fullbordas under sådana förhållanden att bevisning om detta kan säkras.” Det är just detta om fullbordat brott som ställer till problem. Polismannen som utfört provokationen kan bli ansvarig för medhjälp till brottet.

Utredningen konstaterar att det genom praxis och uttalanden från JO har utarbetats principer när provokation får företas:

²⁹ SOU 1982:63 s. 125.

³⁰ SOU 1982:63 s. 125.

³¹ Prop 1983/84:111 s. 45. Se även SOU 1982:63 s. 129-130.

³² SOU 1982:63 s. 130.

- endast tillämpligt i grova brottmål eller
- synnerliga skäl i övrigt har gjort det tillämpligt
- skall handhas med största restriktivitet och
- först efter beslut av rättsutbildat polisbefäl
- misstankens styrka är avgörande
- det intrång det innebär för den enskilda måste avvägas
- måste anses försvarlig i hänsyn både till skadeverkningar som det resultat i bevishänseende som uppnås.

Att de ovan redovisare principerna inte har inkluderats direkt i polislagen har kritiserats eftersom detta skulle ha givit åklagare och poliser tydligare anvisningar vad det gäller provokativa åtgärder.³³

Utredningen behandlar även valda delar av Spanarkrapporten. Denna rapport utarbetades inom rikspolisstyrelsen för att förbättra polisernas metoder vad det gäller att bekämpa den grova narkotikabrottsligheten. Rapporten var hemligstämplad i många år, vilket Axberger anser undergräver dess ställning som rättskälla.³⁴

Spanarkrapporten kan anses vara startskottet för att polisberedningen sedan behandlade frågan om provokation. Rikspolisstyrelsen hemställde med anledning av Spanarkrapporten år 1980 en skrivelse om vissa åtgärder att effektivisera polisens bekämpning av narkotikabrottsligheten. Regeringen beslöt sedan år 1981 att denna skrivelse inte skulle föranleda någon åtgärd mer än att ett exemplar av en inom justitiedepartementet upprättad promemoria skulle översändas till styrelsen för kännedom.

I promemorian under rubriken 'provokativa åtgärder' summeras vissa huvudpunkter:

- att rättsfall och JO uttalanden visar att provokativa åtgärder av visst slag måste anses tillåtna under vissa specifika förhållanden.
- att det ska röra grova brottmål,
- att det måste finnas synnerliga skäl,
- att avgörande måste vara misstankens styrka, samt
- att åtgärdens art, liksom det bevisvärde som står att vinna noga måste övervägas.

Det poängteras att det i rättspraxis aldrig anses tillåtet att provocera någon att begå ett brott som han sannolikt annars inte skulle ha begått. Det skrivs även att åtgärderna enbart bör kunna företas med tillstånd från en åklagare eller polischefsutbildad polisman. Köp av narkotika måste anses en tillåten metod med tanke på det starka samhällsintresset mot narkotikabrottsligheten. Noggrann dokumentation bör krävas.

³³ Axberger s. 15.

³⁴ Axberger s. 10.

I frågan angående köp och försäljning av narkotika uttrycker skrivelsen tydligt att försäljning aldrig kan vara en acceptabel metod. I Spanark rapporten hade detta föreslagits, men med iakttagande av största restriktivitet.

Promemorian avslutas med att något behov av lagstiftning på området för närvarande inte kan anses föreligga. Denna promemoria redovisades sedan i 1982 års budgetproposition (prop. 1981/82:100 bil. 5 s. 22-30) som i sin tur föranledde ett uttalande av riksdagens justitieutskott år 1982, genom ett betänkande som kom till den slutsatsen att frågan om polisens spaningsmetoder och om vilka regler som kan behövas på området bör behandlas närmare. Utskottet ansåg att frågan borde ägnas uppmärksamhet i polisberedningens arbete.

Mer än 20 år senare presenteras SOU 2003:74 Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen.

Många av de tankar som presenteras i SOU 2003:74 tycker jag har likheter med Spanark rapporten, som i stort föreslår en utvidgad rätt för polisen att provocera. Vare sig rapporten eller SOU 2003:74 föranledde någon lagstiftningsåtgärd, något som visar på oviljan att öka polisens befogenheter genom okonventionella metoder. Detta SOU behandlas i kapitel 3.

Nedan följer en redogörelse av och diskussion kring beredningens sammanfattande syn på provokation.³⁵

Inledande förs ett resonemang mot ett uttalande av JO. Det gäller dold polisövervakning där JO³⁶ uttryckt att öppen övervakning av allmän plats måste vara att föredra även om detta kräver mer polispersonal. Beredningen uttrycker en förståelse för olustkänslan som drabbar laglydiga medborgare att vara övervakad men poängterar att spaning till sin natur till stor del sker dolt; annars är det ingen mening med den. Att detta krävs för att tillräckligt effektivt bekämpa grov brottslighet skriver beredningen:

”har varit känt så länge modern polisverksamhet har bedrivits och fick en särskild markering när spaningsrotlarna inrättades år 1971.”³⁷

Beredningen behandlar det exempel som tagits upp ovan angående polisen som spelar med i ett utpressningsdrama och lägger ut ett kuvert med pengar på avtalad tid och plats för att kunna gripa utpressaren. Slutsatsen blir att detta måste ses som vilseledande men att det, trots detta, ska anses som en acceptabel metod från polisens sida. Det är inte en otillbörlig provokation.

Beredningen framhåller att polis aldrig får begå en kriminaliserad handling för att efterforska eller avslöja brott. Polis får heller aldrig provocera eller eljest förmå någon att inleda en brottslig aktivitet, dvs. aldrig provocera

³⁵ SOU 1982:63 s. 138 ff.

³⁶ JO 1971 s. 55.

³⁷ SOU 1982:63 s. 139.

någon att begå ett brott som han annars inte skulle ha begått. Den andra punkten kan sägas följa av den första, eftersom anstiftan är att anse som ett brott.

Beredningen ställer sig bakom tanken att poliser bör få köpa narkotika i sin provokativa verksamhet. Straffrättsligt ställer detta inte till problem eftersom polis i tjänst redan får beslagta och därmed handskas med narkotika utan att göra sig skyldig till narkotikabrott genom innehav. Detta kallas 'concursum necessarium'. Det påpekas att polisen dock ej får förmå någon att anskaffa narkotika som den provocerade inte innehar själv, då måste åtgärden anses otillåten även för poliser.

Det poängteras att polis aldrig av spaningsskäl får underlåta att vidta föreskrivna åtgärder mot brott eller en för brott misstänkt person om inte annat följer av reglerna om rapporttefergift. Gripande och förhör kan däremot uppskjutas i fall som gäller mycket grov brottslighet, så kallad interimistisk passivitet. Ett exempel på detta är kontrollerade leveranser. I dessa fall kan polisen vänta med ingripandet till ett senare skede, då huvudman och övriga brottslingar kan gripas.

Beredningen konstaterar att beslut om provokativa åtgärder alltid ska fattas av åklagare eller polisman i polischefsbeftattning och ställer krav på dokumentation.

Beredningen diskuterar begreppet desinformation och riktade åtgärder. Med desinformation avses vilseledande, medvetet oriktiga uppgifter, som polisen sprider bland t.ex. narkotikaligor. Dessa är ämnade för att skapa oro och motsättningar inom ligorna men även för att därigenom locka dem till röja sig genom oförsakta åtgärder eller genom att själva lämna uppgifter till polisen. Beredningen påpekar att:

”vissa former av desinformation inriktade på specifika fall måste nog accepteras”³⁸

men att en systematiskt bedriven verksamhet inte är acceptabel då den inte är objektanknuten. Beredningen understryker att polisens trovärdighet bland allmänheten kan skadas om denna typ av provokation skulle tillåtas.

Det framhålls att utöver de ovan redovisade principerna måste individuella övervägningar göras i varje enskilt fall. Åtgärden måste anses försvarlig med hänsyn till dess syfte och övriga omständigheter. Det måste också göras en avvägning mellan skadan och det intrång som provokationen innebär, jämfört med brottets grovhet och det bevisvärde som framkommer.

Beredningen summerar att den föreslagna 8 § polislagen inrymmer alla nämnda övervägandena, och att ytterligare reglering:

”i lag är som beredningen ser det varken nödvändig eller lämplig.”³⁹

³⁸ SOU 1982:63 s. 143.

³⁹ SOU 1982:63 s. 143.

Avslutningsvis skriver beredningen att:

”Vissa föreskrifter – bl.a. om beslutsnivåer – måste emellertid meddelas i annan form än lag.”⁴⁰

Det kan ifrågasättas om ovan nämnda principer verkligen framgår av 8 § polislagen. Detta är något som har kritiserats i doktrinen och jag anser att det skulle förtydliga rättsläget att kodifiera de nämnda principerna på något sätt.

2.5.3 Summering av polisrätten

Nedan följer en summering⁴¹ av den sammanfattning som Axberger gjort angående de principer som utarbetats i praxis vad det gäller användningen av provokation. De har sin grund i SOU 1982:63 men har i vissa hänseenden modifierats genom praxis och kommentarer från JO. Jag har även inkluderat Asps kommentarer samt mina egna reflektioner. Principerna nedan är kumulativa.

- **Det är aldrig tillåtet att provocera någon att begå ett brott som denne annars inte skulle ha begått**

Detta följer av SOU 1982:63, den nämnda Spanarkrapporten samt ett antal rättsfall, däribland NJA 1951 s.111, redovisat nedan. Axberger förklarar att uttrycket måste förstås som att det är tillåtet att framkalla den individualiserade handlingen, men inte att väcka en brottslig vilja. Polisens agerande måste därför vara tämligen passivt och utesluter t.ex. erbjudande av en osedvanligt stor ersättning eller annan uppenbar frestelse. Asp instämmer och konstaterar att:

”det bör kunna hävdas att det är otillbörligt att utsätta människor för sådana frestelser som det åtminstone i viss utsträckning är begripligt att de faller för.”⁴²

- **För att en provokativ åtgärd skall vara tillåten krävs stark misstanke om brott**

Denna princip har stöd i samma källor som ovan, samt i rättsfallet NJA 1953 s. 582, redovisat nedan. Axberger framhäver att misstankens styrka bör ligga nära visshet. Han uttalar även att misstankens styrka utgör den huvudsakliga gränsdragningen för när en provokation anses tillåten.

⁴⁰ SOU 1982:63 s. 143.

⁴¹ Axberger s. 27 ff.

⁴² Asp s. 324.

Jag håller inte med om att denna princip skulle vara viktigare än de andra, eftersom alla rekvisiten måste anses uppfyllda för att åtgärden skall anses acceptabel. JO påpekar detta flera gånger i sitt remissvar till SOU 2003:74.

Axberger berör i detta sammanhang huruvida en provokation får företas mot en grupp eller om misstanken måste vara riktad mot en viss person. Han anser att en provokation - om alla rekvisit är uppfyllda - borde få riktas mot en bestämd grupp, där misstanke föreligger mot en av individerna. Han påpekar att riskerna att lura andra att begå brott måste minimeras samt att risken för att dessa andra helt oskyldiga begår brott måste beaktas.

Denna diskussion kan i viss mån liknas vid den angående icke-objektanknuten desinformation, se ovan. Med tanke på att lagstiftaren redan angående denna - mindre ingripande åtgärden - uttryckte betänkligheter, indikeras att denna metod inte kan accepteras.

Frågan om brottet måste anses riktat diskuteras också av JO flera år senare i ett remissvar på SOU 2003:74. JO kritiserar beredningens förslag för att fiska efter brott och framhåller att de exempel som föreslås med sannolikhet inte kommer att uppdaga tidigare brottslighet.

Flera av de förslag som Axberger framför, har likheter med de som beredningen SOU 2003:74, 14 år senare föreslog. Bland annat tar Axberger upp exemplet att polisen noterat en pågående och systematisk brottslighet i form av inbrott i hus när ägarna är på begravningsplats. Han föreslår då att polisen bör kunna sätta in felaktiga dödsannonser och sedan bevaka huset i fråga, i hopp om att gripa inbrottstjuvarna. Enligt honom är detta en tillåten provokation, även om den inte är riktad eftersom den inte kränker någons integritet; vidare är den helt neutral och innehåller inte någon frestelse.

Ett annat förslag är att en kvinnlig polis bör kunna provocera en misstänkt våldtäktsman genom att vistas på utsatt ställe och inte avvika från hur kvinnorna i detta område ser ut och uppträder.

Axberger skriver också i en fotnot att denna sorts provokation även bör anses tillåten i de fall man misstänker att en viss person köper sexuella tjänster och att kvinnliga poliser även bör kunna utge sig för att vara prostituerade. Just detta förslag är identiskt med förslag i den nämnda beredningen.

I JO:s remissvar kommenteras detta exempel bland andra och det anses svårförenligt med principen att provokation endast ska ske för att uppdaga tidigare brottslighet.

Jag instämmer med JO när denne anför att:

”Jag kan här nämna motorcykeln som polisen ställt ut på gatan, överlåtelsen av hyresrätt till en polisprovokatör, den kvinnliga polisen som uppträder som prostituerad, polisspanaren av utländskt ursprung som försöker komma in på en restaurang och polismannen som får en kontakt med en prostituerad förmedlad. Det vill till en betydlig portion tur för att polisen

genom sådana åtgärder skall kunna få fram bevisning också om ett visst, redan begånget brott; man kan inte utan vidare utgå från att den som ertappas med att begå ett visst brott har gjort sig skyldig till andra liknande brott tidigare, och man är än mindre berättigad att dra den slutsatsen att han har begått just det brott som förundersökningen avser. Det finns, för att nämna ett par exempel, sannolikt mer än en person i trakten som skulle kunna vara intresserad av att stjäla motorcyklar eller utnyttja de tjänster som en prostituerad erbjuder.”
43

- **Provokation får tillgripas endast vid grov brottslighet**

Axberger framhåller att till grov brottslighet räknas med säkerhet brott mot rikets säkerhet och narkotikabrott. Definitionen innebär att brottet skall vara samhällsfarligt på något sätt. Han poängterar också att denna bedömning eller klassificering av grova brott är beroende av kriminalpolitiska modeströmningar.

Författaren ifrågasätter om denna princip är nödvändig.

Som Axberger poängterar så finns det många enklare brottstyper som inte anses grova, men som är svåra att förebygga och besvärliga att uppdaga utan provokativa metoder. Författaren anger i ett annat avsnitt⁴⁴ som exempel att det föreligger stark misstanke att illegalt spel bedrivs i en viss lokal. I detta fall är det att föredra att polisen kan kontrollera denna misstanke genom att göra ett anonymt besök under förespeglning att vilja spela, än att företa en s.k. razzia.⁴⁵ Axberger skriver att om polisen inte får påverka gärningsmannen i annat hänseende än tid, plats och andra omständigheter så fångar det utan tvekan gränsen mellan det tillbörliga och det otillbörliga. Han tillägger:

”Om detta kriterium tillämpas strikt så skulle kravet på att saken måste gälla grov brottslighet möjligen kunna utgå.”⁴⁶

Jag anser att detta är en mycket viktig poäng och jag tror att brottsbekämpningen skulle bli mera effektiv om kravet på grov brottslighet slopades. Jag anser att de övriga principerna som utvecklats i praxis och som gäller tillämpningen av bevisprovokation är tillräckliga för att upprätthålla rättssäkerheten.

- **Behovs- och proportionalitetsprincipen**

Dessa principer finns uttryckta i 8 § polislagen, och har framhållits som mycket viktiga när det gäller provokation.⁴⁷ De anses båda tillhöra den allmänna förvaltningsrätten och har varit oskrivna principer för polisens verksamhet under en lång tid.

⁴³ Remissammanställning av: Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen, SOU 2003:74 s. 31.

⁴⁴ Axberger s. 63.

⁴⁵ Axberger s. 62.

⁴⁶ Axberger s. 63.

⁴⁷ SOU 1982:63 s. 142. Se även Prop. 1983/84 s. 111 och s. 7.

Behovsprincipen kan sägas innefatta två avväganden.

1. Finns det mindre ingripande sätt att finna bevisning?
2. Ger den tilltänkta provokationen ett användbart resultat?

Proportionalitetsprincipen å sin sida innefattar avvägandet mellan intresset att skydda den personliga integriteten ställt mot avvägningen hur mycket nytta åtgärden skulle göra. Det kan alltså hända att behovsprincipen anses uppfylld men inte proportionalitetsprincipen, eftersom det intresse som provokationen skulle kränka väger tyngre än den beräknade bevisvärdet.

- **Beslut om provokation ska fattas på chefsnivå**

Denna princip visar att det krävs grundligt övervägande vid användning av provokation samt att det krävs kontroll över planering och genomförande. JO har i flera fall uttryckt att endast åklagare bör besluta om provokation.⁴⁸

- **Provokationsåtgärden måste noga dokumenteras**

Dokumentation anses viktigt på flera grunder. Polisen bör kunna motivera sina beslut med underlag och bör ha en redovisningsplikt för den maktbefogenhet som provokationsåtgärder innebär. Dokumentation är också önskvärd ur den misstänktes situation, för att undvika att den misstänkte får bära hela bevisbördan vid en eventuell rättegång. Detta ansågs vara fallet i det JO-ärendet som hade samband med NJA 1972 s.625, se nedan.

Sammanfattning

Axbergers sammanfattar att den övergripande principen måste anses vara att ingen skall förmås begå ett brott som han annars inte skulle ha begått. De efterföljande principerna anses upprätthålla detta krav. De två sista principerna är mera formella än materiella. Principerna är också tydligt uppdelade i ett subjektivt och ett objektiva synsätt. Det subjektiva synsättet utgår från den provocerades person och beror på dennas brottsbenägenhet medan de objektiva reglerna ser till tillåtligheten, i det förfarande som den provocerade utsätts för.⁴⁹ Axberger nöjer sig med att konstatera att åsidosättande av de olika principerna föranleder olika reaktioner.

2.6 Praxis

Det finns bara ett fåtal rättsfall som rör provokation i Sverige. De sträcker sig från år 1951 och framåt. Det magra antalet rättsfall gör det svårt att dra slutsatser på en del områden.⁵⁰ Jag har i stort utgått från Asps och Axbergers analyser av dessa rättsfall.

⁴⁸ Asp s. 196.

⁴⁹ Axberger - en uppdatering s. 69.

⁵⁰ Asp s. 178.

Europadomstolen har bara genererat ett renodlat fall om provokation och detta redovisas nedan.

Rättspraxis blir avgörande – i brist på lagstadgande som tillåter/förbjuder provokation - för att förstå när provokation får användas. Nedan redogörs först för de fall som rör P:s ansvar och sedan för de som rör X:s ansvar.

2.6.1 Provokatörens ansvar

En provokatör som utfört en brottsprovokation eller en otillåten bevisprovokation kan åtalas för flera brott. Rent formellt blir provokatören skyldig enligt medverkansreglerna i BrB 23:4 då X provocerats till att begå ett fullbordat brott. Polisen kan även dömas till ansvar för tjänstefel enligt BrB 20:1.⁵¹

En agent provocateur⁵² åtnjuter däremot ansvarsfrihet genom medverkansreglernas uppbyggnad, då medverkande skall dömas enligt sitt uppsåt. Eftersom en agent provocateur inte har för avsikt att brottet fullbordas, kan han inte dömas för något uppsåt.⁵³ Avvägningen om en polis har provocerat till ett försöksbrott eller ett fullbordat brott kan, enligt Asp, bli tekniskt och ge nyckfulla resultat.⁵⁴ Axberger instämmer i detta resonemang och påpekar att fullbordanspunkten för ett brott ofta framstår som ”rättspolitiskt nyckfull”⁵⁵.

Jag anser det angeläget att polisen skall få klara riktlinjer för att bedöma var gränsen för en otillåten provokation går.

NJA 1951 s. 111 – Summering av fallet:

En värnpliktig S vände sig till sitt befäl och avslöjade att en tredje värnpliktig X planerade att stjäla bensinfat. S avslöjade också att X hade bett S medverka till stölden. Flottiljledningen instruerade då S att spela med samt gav S en tid och plats för när brottet skulle begås. På detta sätt skulle X kunna gripas på bar gärning. Två officerare bevakade platsen för det planerade tillgreppet. X tilläts lämna platsen med ett bensinfat, men när han återkom för det andra greps han på bar gärning.

X dömdes för förmögenhetsbrott. Flottiljchefen dömdes till ansvar för oförstånd i fullgörande av tjänsteplikt på grund utav att han godkänt den framlagda planen. MO⁵⁶ förde talan och HD instämde i dennes uppfattning om att provokationsåtgärder ska användas restriktivt och att svårighetsgraden av brottet skall beaktas. Som stöd för sitt argument framförde MO att X inte tidigare varit straffad men likväl förletts begå förmögenhetsbrott.

⁵¹ Asp s. 168.

⁵² Se terminologi s. 15.

⁵³ Axberger s. 13.

⁵⁴ Asp s. 24.

⁵⁵ Axberger s. 14.

⁵⁶ Se s. 2.

HD anförde också att provokationen lett till ett brott som sannolikt annars inte skulle ha förövats.

NJA 1953 s. 582 – Summering av fallet:

Detta fall behandlar gränsen för tillåten spaningsåtgärd. Fallet har även varit föremål för en utredning rörande myndigheternas agerande i Kejneaffären.⁵⁷

Polisen misstänkte Kejne för homosexuell otukt och för tjänstefel (bestående i att som prästvigd utöva homosexuella aktiviteter). En person, Hellstadius, påstod sig ha haft sexuellt umgänge med Kejne i dennes bostad och att han hade kvarglömt sin graverade pennkniv där. Polisen initierade då en spaningsåtgärd som bestod i att Hellstadius skulle kontakta Kejne och be att få besöka dennes lägenhet, i syfte att finna kniven och därmed *bevisa* (egen kurs.) sitt påstående. När Kejne kontaktades sade han sig visserligen inte känna Hellstadius men gick med på att denne fick besöka hans bostad. Någon kniv hittades inte.

JO anmärker att det är tvivelaktigt vilket bevisvärde kniven skulle ha haft. Spaningsåtgärden bör – redan på denna grund - enligt min mening anses otillåten. Enligt HD har gränsen för det tillåtliga överskridits men förundersökningsledaren frikänns ändå med motiveringen att det inte finns någon uttrycklig regel eller praxis på området.

NJA 1988 s.665 – Summering av fallet:

Detta rättsfall har refererats till som prejudikatet som inte blev av. På grund av processuella skäl togs det aldrig upp av HD. Justitierådet Munck har uttryckt att domen måste anses ytterst tvivelaktig.⁵⁸ Fallet gäller två polismän P1 och P2 som dömdes för anstiftan och medhjälp till narkotikabrott i HovR, ett domslut som sedan upphävdes av HD på processuella grunder.

P1 och P2 var inte i tjänst då de träffade på en känd narkoman i staden. Denna tog kontakt med dem och erbjöd dem att skaffa fram narkotika. Polismännen såg sin chans och tackade ja. X förklarade då att han måste skaffa fram varan. P1 och P2 sade sig intresserade att köpa för 5 000 kronor. De följde med X till en plats där narkotikan skulle hämtas. X lämnade då över till Y och Z som skulle föra P1 och P2 till det ställe där narkotikan skulle överlämnas. Y försvann från platsen medan Z hämtade partiet narkotika. Z greps då han återkom.

I tingsrätten friades P1 och P2 eftersom de:

”handlat i god tro och efter bästa förstånd”⁵⁹

och eftersom det ansågs:

⁵⁷ SOU 1951:21.

⁵⁸ Kommentar till Polislagen – Munck och Berggren.

⁵⁹ NJA 1988 s. 665 på s. 668.

”styrkt... att otillbörlig provokation ej [hade] förekommit.”⁶⁰

Åklagaren överklagade och yrkade ansvar för vårdslös myndighetsutövning.

Hovrätten avstyrkte detta yrkande eftersom polisernas handlande inte hade någonting med offentlig maktutövning att göra.

Vid reform av tjänstefelansvaret år 1989 vidgades straffansvaret från att tidigare ha innefattat åtgärder företagna i myndighetsutövning till att innefatta de företagna **vid** myndighetsutövning.⁶¹

Hovrätten diskuterade istället möjligheten att poliserna gjort sig skyldiga till medverkan till brott. Detta analyserades med utgångspunkt i de tre brott som Z ansågs skyldig till:

1. försök till narkotikabrott (försök att överlåta narkotikan)
2. narkotikabrott (förvärv i överlåtnings syfte) och
3. narkotikabrott (innehav av narkotika).

För första brottet ansåg hovrätten visserligen att poliserna objektivt sett gjort sig skyldiga till anstiftan och medverkan eftersom utan deras provokation hade försöket sannolikt aldrig begåtts. Polisernas uppsåt (subjektiva rekvisitet) ansågs däremot inte täckt, eftersom de planerade att gripa Z innan överlåtelsen skett.

Poliserna ansågs däremot skyldiga till medverkan och anstiftan av det andra och tredje brottet. Dessa brott skulle sannolikt inte ha vidtagits utan polisernas provokation.

RÅ påpekade att hovrätten gjort ett grovt processuellt fel. Hovrätten hade dömt utöver vad åklagaren åberopat, eftersom uppsåtligt handlande från poliserna inte framstälts i yrkandet. HD upphävde därmed hovrättens dom i den del som gällde brottet för medverkan och anstiftan. Angående frågan om vårdslös myndighetsutövning var denna del lagakraftvunnen varmed den inte kunde prövas av HD.

Asp skriver att det är beklagligt att HD inte fick döma i frågan om medverkan och vårdslöst myndighetsutövande för poliserna. Han anser att det för polisen bör vara mycket angeläget att veta i vilka fall en provokation kan anses godtagbar. Det förhållandet att polismän sällan blir åtalade för medverkan och anstiftan av brott är inget godtagbart eller klargörande rättsläge.⁶²

Enligt Asp är HovR:s resonemang riktigt i tekniskt mening, men framhåller att det är svårt på sakliga grunder att motivera varför den som provocerar kan anses skyldig till ett brott, när detta brott enbart provocerats fram i syfte

⁶⁰ NJA 1988 s. 665 på s. 668.

⁶¹ Asp s. 279.

⁶² Asp s. 183.

att få gärningsmännen att begå ett senare brott, där provokatören inte anses skyldig (enbart på den grunden att detta stannar vid försök.)

Asp skriver:

”Detta visar på hur formell en bedömning blir om man lägger avgörande vikt vid huruvida det brott som anstiftats utgör försök till brott eller ett självständigt delikt”.⁶³

2.6.2 Sammanfattande synpunkter

Asp anser inte att det i gällande rätt går att utläsa någon tydlig ståndpunkt vad det gäller provokatörens ansvar.

I ett mera teoretisk resonemang summerar Asp sin syn på P:s ansvar. Han menar att P rättsligt måste ses som medverkande vid fullbordat brott eftersom det inte finns någon ansvarsfrihetsgrund, men utesluter inte att en sådan bör finnas. Asp anser även att P kan begå tjänstefel:

”i den mån han klart avviker från de principer som finns rörande provokativa åtgärder..”⁶⁴

Även Axberger förespråkar en ansvarsfrihetsgrund för provokatörer eftersom de:

”agerar i syfte att beivra det brott de formellt anstiftar.”⁶⁵

Problematiken om fullbordanspunkten för ett provokationsbrott lyftes fram i rättsfallet NJA 1988 s.665, men avgjordes aldrig i HD. Problemet är att polisens ansvar ser olika ut beroende på om ett brott klassificeras som ett försök eller som fullbordat. Om provokationen avser ett försöksbrott så kan inte P bli medverkansansvarig eftersom han då saknade uppsåt till brottets fullbordan. Axberger ifrågasätter detta och skriver:

”bör den, som ytterst avser att motverka det som kriminaliseringen av en gärning syftar till att motverka, verkligen anses som straffrättsligt medverkande till denna gärning, oavsett om det rör sig om försök eller fullbordat brott?”⁶⁶

I samma stycke kommenterar Axberger att åklagare i praktiken sällan åtalar poliser för medverkan. Detta är dock ingen garanti mot att detta inte sker och jag anser detta vara en av de viktigaste anledningarna till att klargöra reglerna kring provokation.

Axberger skriver också att äldre doktrin företrädde en annan syn. Här ansågs inte provokatören skyldig till medverkan ens vid fullbordat brott. Detta förklarades genom att poliserna inte:

”eftersträvade någon materiell rättskränkning”

⁶³ Asp s. 182.

⁶⁴ Asp s. 294 ff.

⁶⁵ Axberger s. 57.

⁶⁶ Axberger – en uppdatering s. 67.

utan tvärtom ville förhindra brottslighet.⁶⁷

Detta anser jag vara en intressant historisk tillbakablick men den har ingen strafftekniskt relevans idag.

Jag tror inte att det är hållbart att skapa en speciell ansvarsfrihet för poliser eller att på något sätt lagstifta om provokation. Detta redogör jag för i min sammanfattning.

2.6.3 Den provocerades ansvar

Fram till nyligen hade den provocerade ingen framgång med att åberopa ansvarsfrihet eller i andra hand strafflindring för de fall han/hon ansåg sig varit utsatt för en otillbörlig provokation. JO-anmälningar och rättsfall visar på detta. Nu har rättsläget till viss del ändrats.

Frågan om hänsyn bör tas till att den provocerades straffvärde i fall då en otillbörlig provokation genomförts har diskuterats en längre tid. Axberger har diskuterat en straffnedsättning i de fall genom en analog tillämpning av BrB 23:5:

”..den som förmåtts medverka till brott genom svek eller missbruk av vederbörandes förstånd dömas till lindrigare straff än vad som annars är stadgat för brottet”.⁶⁸

Svek bör kunna jämföras med bedrägeri och detta måste den provocerade anses vara utsatt för, enligt författaren. Han skriver att det inte går att hävda att gällande rätt påbjuder en sådan tolkning, men att det från legalitetssynpunkt inte finns något hinder mot det.⁶⁹ Samtidigt skriver han att stadgandet kanske inte är applicerbart i nämnda situation eftersom provokatören inte alltid är att anse som medverkande. Axberger skriver att trots detta anser han denna analoga tillämpning är rättfärdigad ur rättspolitisk hänsyn – eftersom det skulle ge straffnedsättning för den provocerade då denna utsatts för stark påverkan, samtidigt som HD:s ställningstagande att ansvarsfrihet inte ska bli tillämpligt kvarstår.

Asp uttrycker ett liknande synsätt:

”De skäl som kan anföras är förvisso ganska allmänna, men de pekar ändå klart i riktning mot att brottsprovokation bör beaktas i större utsträckning än som sker idag.”⁷⁰

Han påpekar att redan Europadomstolens avgörande 'Texeira de Castro' (se nedan) visar på detta. Skillnaden är att Asp föreslår en annan lösning. Den går ut på att beakta förekomsten av otillåten provokation först i straffmätningen. Här skall de kunna anses som billighetskäl enligt BrB

⁶⁷ Axberger s. 13.

⁶⁸ Axberger s. 46.

⁶⁹ Axberger - en uppdatering s. 64 ff.

⁷⁰ Asp s. 331.

29:5 p. 8. Hans modell tillåter en nyanserad bedömning av provokationen i det enskilda fallet och kan i extrema fall leda till påföljdseftergift.

En annan intressant fråga som jag vill nämna, men inte gå in djupt på, gäller frågan om faran (eller rättare sagt avsaknaden av fara) för fullbordat brott, då ett försöksbrott provocerats fram. Det kan ifrågasättas om denna omständighet bör tillmätas någon betydelse vid bedömningen av den provocerades straffansvar. Polisen har i dessa fall haft en sådan övergripande kontroll av skeendet att fara för brott inte förelegat. Axberger skriver att HD ser händelseförloppet strikt från den provocerades synvinkel och att provokation därmed är en tillfällig omständighet som inte påverka faran för brottets fullbordande.⁷¹ Rättsfallet NJA 1960 s.522 nedan, visar på detta.

NJA 1960 s.522 en summering av fallet:

Detta rättsfall gäller frågan om X:s ansvar vid försäljning av stulna premieobligationer. Situationen var den att Q kontaktade X och frågade om denne ville köpa premieobligationer. X hade inget intresse av dessa men sade sig känna till någon som kanske var intresserad. X träffade sedan P (provokatören) som visade sig ha ett intresse i att försöka sälja de nämnda obligationerna. Q ringde sedan upprepade gånger till X för att se hur det gick med försäljningen, varvid X började misstänka att obligationerna var stulna. X kontaktade därför P och påtalade detta samt sade sig därför tveksam till att medverka till affären. P sade då att X skulle erhålla hälften av vinsten. I samband med försäljning av obligationerna åtalades sedan X.

Frågan blev således om X:s handlande (trots att P hade full kontroll på situationen) kunde anses ha försvårat ett återställande av obligationerna. Den andra frågan var om P:s förespegling om vinsten (provokationen) som följde efter att X uttryckt en tveksamhet till affären, borde påverka X:s straffansvar.

HD ansåg på den första punkten att X, trots polisens kontroll över situationen, kunde anses skyldig. HD följde hovrättens domslut även i andra punkten och fann att P:s handlande inte kunde fritaga X från ansvar.

Jag anser att det hade varit av intresse om HD utvecklat resonemanget varför P:s handlande inte ansågs vara en otillbörlig frestelse.

Detta rättsfall har likheter med en hovrättsdom (HovR B830-06) som redovisas nedan. Här var frågan om ansvar och straffvärde för häleri och polisernas provokation ansågs som otillbörlig. I detta fall dömdes X (flera gärningsmän) för grovt häleri men erhöll påföljdseftergift. Skillnaden i utslaget beror på att poliserna i det senare fallet initierade brottet och detta påpekas i domskälen (se B830-06).

⁷¹ Axberger s. 50.

NJA 1972 s.625 – en summering av fallet:

Detta är ett omskrivet fall som gäller frågan om X:s ansvar vid olaga lotteri (enligt lotteriförordningen). Olaga lotteri är bara olagligt om vinst ges i pengar eller i form av pengars värde. Som innehavare av en tobaksaffär innehade X:s även en spelautomat där polletter kunde vinnas och endast användas till fortsatt spel. Under en provokativ åtgärd spelade en civilklädd polisman P på denna automat och insisterade sedan på inlösen – något som beviljades i form av cigarettpaket.

Asp skriver att fallet inte ger någon vägledning angående provokation. Detta grundar han på att HD redan tidigt i domen konstaterar att brott för olaga lotteri föreligger i och med att vinstpolletterna kan användas och överlåtas och därmed anses som pengar eller form av pengar. Med detta resonemang skulle den provokativa åtgärden vara onödig.

Axberg å andra sidan, skriver att fallet är skolexempel på provokation.

Jag instämmer med detta. Jag anser att Asp lyft HD:s resonemang ur sin kontext. HD:s resonemang fortsätter nämligen med:

”I dylika fall är möjligheten att överlåta rätten att spela uppenbarligen mycket begränsad, och detta slags vinst kan ej anses ha sådant penningvärde som nyss berörts.”⁷²

X döms slutligen för olaga lotteri på den grunden att han tillåtit P att *köpa* något för polletterna inte enbart på grunden att han tillhandahöll spelautomaten i sin butik.

HD fann inte heller att förekomsten av provokation påverkade X:s straffansvar. HD kommenterar däremot inte tillåtligheten i provokationen, men det har JO gjort, nedan.

JO instämde i Rikspolisens åsikt att provokationen var överflödig och att beslut om åtgärden borde ha fattats av högre auktoritet. Han instämde också att beslut av denna art måste fattas med restriktivitet och urskillning. Vidare konstateras det att provokation enbart skall användas vid grova brottmål, där synnerliga skäl påkallar det. På den grund att brottet inte var grovt och med beaktande av övriga omständigheter borde åtgärden, enligt JO, inte ha företagits.⁷³

Kravet att brottet måste anses som grovt för att en provokationsåtgärd ska få företas tycker jag är felaktig och borde slopas (se avsnitt 2.5.3).

NJA 1985 s.544 - en sammanfattning av fallet:

Rättsfallet handlar om ett otjänligt försök och frågan om provokatörens handlande ska påverka den provocerades straffvärde.

⁷² NJA 1972:111 s. 631.

⁷³ JO 1973 s. 91.

En man handlade med guld och ädelstenar. Det framkom att två män planerade en stöld från honom. På polisens inrådan parkerade han därför sin bil på sedvanligt sätt och lämnade sina värdefulla (tomma) väskor i bilen. De misstänkta tjuvarna X och Y bröt sig in i bilen och körde iväg. Frågan blev om X och Y skulle dömas för försök till grov stöld med tanke på vad tjuvarna trodde fanns i väskorna.

Först diskuterades polisens agerande av HD. Angående provokationsproblematiken konstaterades att lagreglering saknas på området och HD slöt sig därför till att polisen inte begått något brott. I RÅ:s revisionsgenmäle⁷⁴ skriver denne att oavsett hur polisens handlingssätt bedöms bör det inte påverka X:s och Y:s handlande, och hänvisar till tidigare praxis.

Det mest uppmärksammade i detta rättsfall är HD:s generella utlåtandet om provokation. Detta ändrar nämligen något på den rättspraxis som utvecklats vad det gäller X:s straffmätning. HD konstaterar:

”Grund för strafflindring kan anses föreligga, om polisen använder sig av metoder som framstår som uppenbart otillbörliga, t.ex. om polisen själv deltar i brottslig gärning och i samband därmed förmår någon att begå ett brott som denne sannolikt annars aldrig skulle ha begått. I det nu aktuella fallet kan emellertid polisens handlande inte anses utgöra någon strafflindringsgrund.”⁷⁵

Detta uttalande anser jag, visar att den polisrättsliga bedömningen för första gången *kan* få konsekvenser för den straffrättsliga. Har en polisrättsligt otillbörlig provokation genomförts, så kan detta alltså påverka X:s straffansvar. Tidigare har inställningen varit att polisens handlande aldrig påverkat den straffrättsliga bedömningen av X, något som RÅ:s genmäle i fallet visade.

Asp är försiktig med att låta detta uttalande från HD få för stora verkningar. Han skriver att det med begreppet 'uppenbart otillbörliga' måste betyda extrema provokationsåtgärder från polisens sida för att detta skall komma att påverka X:s straffrättsliga ansvar. Han anser alltså inte polisrätten och straffrätten vara en gång för alla sammankopplade, utan förespråkar att en otillåten (men inte uppenbart otillbörlig) provokation fortfarande kan föranleda tjänstefelansvar utan att påverka X:s straffrättsliga ansvar. Efterkommande rättsfall (t.ex. NJA 1989 s.498 – se nedan) kan sägas stödja detta uttalande, men två viktiga rättsfall på senare tid styrker att förhållandet har ändrats.

NJA 1989 s. 498 – en summering av fallet:

Rättsfallet gäller en chilensk medborgare som stod åtalad för narkotikabrott i USA. Den amerikanska regeringen bad om utlämning från Sverige där X nu bodde. För att utlämna en person från Sverige krävs dubbel straffbarhet, d.v.s. att brottet i fråga även är straffbart i Sverige. Den tilltalade X, anförde att han utsatts för otillbörlig brottsprovokation och att han därmed ej kunde

⁷⁴ Asp s. 190.

⁷⁵ NJA 1985 s. 544 på s. 552.

anses ansvarig enligt svensk rätt. Enligt X låg initiativet till köp hos provokatören alla tre gångerna och X hade därefter kontaktat tredje part för att få tag i narkotikan.

HD uttalar i sitt domslut att en provokation inte kan påverka straffbarheten av den provocerade:

”Det förhållandet att någon påverkats till att begå ett brott genom sådan åtgärd från polisens eller annan brottsbekämpande myndighets 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”.⁷⁶

Detta uttalande kan sägas strida mot det tidigare konstaterandet i fallet 1985 s.544 (ovan).

Att polisen får uppträda som köpare av narkotika framgår av Justitierådet Muncks uttalande:

”Enligt de principer för s.k. okonventionella spaningsmetoder som riksdagen har ställt sig bakom (prop. 1983/84:111 s 44 ff.) anses det i Sverige liksom i åtskilliga andra länder under vissa förhållanden vara en godtagbar spaningsmetod att polismän uppträder som köpare av narkotika (jfr SOU 1982:63 s 129 ff. särskilt s 140 f). I det sammanhanget diskuterades inte närmare i vad mån den som säljer narkotika i ett sådant fall skall anses ha gjort sig skyldig till en straffbar handling. Som anförs i HD:s yttrande får emellertid principen i svensk rätt anses vara att gärningar som på ett eller annat sätt kan sägas ha framprovocerats under polisens spaningsarbete inte av detta skäl faller utanför det straffbara området. Någon allmän straffrihetsgrund för sådana situationer föreligger alltså inte.”⁷⁷

Detta instämmer jag i till viss del. Frågan är om Munck även menar att uppenbart otillbörliga provokationer inte skall påverka X:s straffvärde. I annat fall kan det inte anses i linje med HD:s uttalande i 1985 s.544 (se ovan).

HovR B830 – 06 – en summering:

Inställningen att X:s straffrättsliga bedömning inte skall påverkas av en provokation, även då denna varit otillåten, har ändrats efter en dom från Europadomstolen 1998 (se Teixeira de Castro, nedan). En efterföljande dom från HovR (B830 – 06) understryker detta.

Rättsfallet gäller en av de tre tavlor som stals från nationalmuseum i december 2000. Domen föll den 13 november 2006. Det bör påpekas att denna dom nu har överklagats. HD har lämnat prövningstillstånd och domen antas kunna få prejudicerande värde.

Tre mycket värdefulla tavlor stals i december år 2000 från Nationalmuseum. En återfanns kort därefter, men de andra två gick inte att återfinna.

⁷⁶ NJA 1989:82 s. 499.

⁷⁷ SOU 1989:82 s. 500.

I mars år 2005 greps och åtalades en man X för narkotikabrott i USA. Han sade sig ha tillgång till en av de saknade tavlorna och var beredd att lämna ifrån sig den. Tavlan togs därmed i beslag.

X erbjöds sig även medverka till att den tredje tavlan, Rembrandts självporträtt, återbördades mot att i gengäld erhålla ett lindrigare narkotikastraff i USA (plea bargain). Detta beviljades och polis i USA och Sverige började samarbeta för att spåra tavlan. Mannen kontaktade sin son som i sin tur tog kontakt med ett brödrapar. Dessa tre lyckades gemensamt få tag på tavlan genom en tredje part som innehade tavlan. Det hela slutade med att de förstnämnda tre, överlämnande tavlan till civilklädda poliser som utgav sig för att vara köpare. Efter överlämnandet kunde de tre männen gripas. I tingsrätten dömdes de tre för häleribrott men erhöll strafflindring på grund av brottsprovokationen ansågs otillbörlig. HovR slog fast tingsrättens dom i ansvarsdelen, men omvandlade straffet till påföljdseftergift på grund av att de tilltalade utsatts för en uppenbart otillbörlig brottsprovokation.

Hovrätten anför i sin dom att den instämmer i tingsrätten ansvarsbedömning men inte i valet av påföljd. Det prejudicerande värdet av Texeira de Castro (Europadomstolen, se nedan) har ändrat det svenska synsättet och HovR måste döma till påföljdseftergift. Detta är för att säkerställa att Europakonventionen artikel 6 om en 'fair trial' inte träds förnär. Hovrätten skriver i sin dom:

”Det ovan nämnda rättsfallet från Europadomstolen medför att den praxis som hittills förelegat i frågan om vilken inverkan brottsprovokativa åtgärder skall tillmätas delvis är överspelad och att förekomsten av sådana åtgärder numera måste i en helt annan omfattning än tidigare beaktas till förmån för en tilltalad.”⁷⁸

Polisens agerande ansågs som en otillbörlig provokation. Hovrätten angav flera skäl. För det första påpekades att samarbetet mellan den amerikanska och svenska polisen verkade ha återfinnandet av tavlan som främsta mål och endast sekundärt att lagföra de skyldiga personerna.

Polisen kritiserades för att den vare sig från början haft någon tydlig misstanke om vem som hade tavlan i sin besittning eller efter provokationen slutförts, lyckats ta reda på detta. De tre gripna dömdes för häleri, de var inte åtalade för att ha stulit eller besittit tavlan. Provokationen var med andra ord inte tillräckligt riktad.

Hovrätten skriver vidare att det enda material som provokationen genererade var telefonsamtal mellan X och de tre tilltalade. Genom dessa inspelade samtal framgår att de tilltalade inte hade någon aning om var tavlan befann sig när provokationen inleddes. Det framkom inte heller vem av de tre som tog kontakt med innehavaren av tavlan. Det kunde inte heller klarläggas om det var en av de tilltalade som tog kontakt med innehavaren eller tvärtom. HovR skriver att det ganska snart efter att spaningsarbetet

⁷⁸ HovR B830-06 s. 12.

inleddes borde ha stått klart att de tilltalade endast skulle kunna åtalas för häleri.

Detta tolkar jag som att domstolen menar att poliserna borde ha insett att provokationen skulle anses som en (otillbörlig) brottsprovokation eftersom de misstänkta inte skulle kunna åtalas för något bakomliggande brott. Det är detta som krävs för en bevisprovokation.

HovR summerar att detta utmynnat i att de tilltalade provocerats begå ett mycket grovt brott som de annars inte skulle ha begått. Domstolen noterar också att vad som får provokationen att framstå som särskilt otillbörlig är att polisen gått med på att låta X förmå sin egen son - en av de tilltalade – begå ett grovt brott.

Det blir intressant att se hur HD bedömer X:s straffmätning och påföljdsval.

2.6.4 Sammanfattning av den provocerades ansvar

HD:s inställning var fram till nyligen att X:s straffansvar och straffvärde inte bör påverkas av en otillbörlig provokation. I domsskäl NJA 1985 s.544 öppnar HD upp för att det kan finnas anledning till strafflindring i fall där provokation måste anses som uppenbart otillbörlig. Trots detta, undersöktes inte frågan i ett efterkommande rättsfall (NJA 1989 s.498). Axberger kommenterar att:

”det aldrig förekommit något fall där en gärningsman åtnjutit strafflindring på grund av att en brottslig gärning föregåtts av brottsprovokation.”⁷⁹

Ett prejudicerande fall från Europadomstolen år 1998 ändrar rättsläget. Den provocerade ansågs utsatt för en orättvis rättegång i sitt medlemsland, något som bryter mot Europakonventionen artikel 6 om rättvis rättegång ('fair trial'). Domstolen konstaterade att en otillbörlig brottsprovokation ägt rum och att detta inte kompenserats den provocerade på något sätt. Domskälen har tolkats på flera sätt. Asps tolkning - att den nationella domstolsprocessen kan kompensera för en otillåten brottsprovokation på olika sätt - har vunnit gehör i HD. Det sätt som Asp förespråkar och som HovR anammat (se HovR B830-06) framhåller är att X, först efter att ha dömts i ansvarsdelen kan få en strafflindring genom tillämpning av billighetsskäl (BrB 29:5 p.8) eller möjligen påföljdseftergift i extrema fall och på så sätt kompenseras för den otillbörliga brottsprovokationen.

Domen HovR B830-06 följer Europadomstolens syn och bryter därmed den svenska principen att en otillbörlig provokation aldrig påverkar den provocerades straffvärde.

⁷⁹ Axberger – en uppdatering s. 64.

2.7 Europadomstolen

I Europarätten finns egentligen bara ett renodlat fall av provokation. Detta är *Teixeira de Castro mot Portugal*, ECHR Rep. 1998-VI s. 1451 och anses med sitt prejudicerande värde ha ändrat den svenska relationen mellan polisrätten och straffrätten.

2.7.1 *Teixeira de Castro*

Kortfattat handlar rättsfallet om två civilklädda poliser som tagit kontakt med en person (V.S.) som var misstänkt för langning i mindre skala. Provokationen skulle leda polisen till V.S:s leverantör. Efter att ha närmat sig V.S. flera gånger för att be att få köpa hasch, bad poliserna nu att få köpa heroin. V.S. föreslog då att de skulle ta kontakt med X (*Teixeira de Castro*). Genom V.S. kom de i kontakt med X och denna lovade då att skaffa fram 20 g heroin. När narkotikan till slut överlämnades av X, greps han och dömdes i Portugal till 6 års fängelse. Efter att ha överklagat i alla nationella instanser, överklagade X till kommissionen.

Europadomstolen fann i likhet med kommissionen, att Portugal brutit mot artikel 6 i Europakonventionen. Av domslutet framgår att det finns en gräns för vad som skall anses som tillåten provokation. Domskälen är däremot inte tydliga och ett stort antal faktorer räknas upp som bidragande till konventionskränkningen.

Asp analyserar domen och ställer sig två inledande frågor.⁸⁰

1. Har domstolen använt sig av ett objektivt eller subjektivt synsätt?

Ett subjektivt synsätt utgår från den provocerades person, medan ett objektivt synsätt kan sägas utgå från tillåtligheten i det förfarande som den provocerade utsätts för.⁸¹

2. Asp ställer sig frågan om faktorerna som räknas upp av domstolen ska anses som kumulativa eller alternativa.

Svaret på den första frågan tycker jag är att båda synsätten använts. Den subjektiva sidan kommer fram såtillvida att det förs en diskussion om X kan anses vara benägen (predisposed) att begå brottet. Här diskuteras till hans fördel att han varit tvungen att skaffa fram narkotikan från en annan person och därmed troligen inte haft den i sin besittning, samt att han vid överlåtelsetillfället inte hade mera i sin besittning än den avtalade mängden. X fanns inte heller i något register och var inte misstänkt innan provokationen inleddes. Detta resonemang stöder att han utsätts för en otillbörlig provokation och att han inte skulle ha begått brottet, provokationen förutan.

⁸⁰ Asp s. 215.

⁸¹ Axberger – en uppdatering s. 69.

Den objektiva synen har också en avgörande roll i domskälen och här diskuteras om poliserna handlat utöver sin roll som spanare (under-cover) för att provocera fram brottet. Här skriver domstolen att poliserna inte enbart spelat med passivt, utan även direkt påverkat X:s handlande och förmått honom att begå brottet ifråga. Därmed anses även provokationen otillbörlig ur ett objektivt synsätt.

Angående den andra frågan, kommer Asp fram till att rekvisiten är alternativa. Han är skeptisk till flera av de faktorer som domstolen har ansett avgörande. Domstolen nämner:

- att åtgärden inte vidtagits under överinseende av en domare
- att den inte vidtagits inom ramen för en särskild aktion mot droger
- att X inte varit misstänkt
- att X inte kunde anses benägen att begå brottet (den subjektiva bedömningen)

Asp skriver:

”Det är ju inte främst det förhållandet att provokationen sker på ett okontrollerat sätt som gör det otillbörligt att lagföra X utan istället det faktum att X överhuvudtaget förmås begå ett brott (som han provokationen förutan kanske aldrig hade begått). 82

Jag instämmer med Asp att det viktiga är hur provokationen gick till samt X agerande och övriga omständigheter.⁸³ Att provokationen inte skedde under överinseende av en domare och att den inte skedde inom ramen för en särskild aktion mot droger tycker jag inte borde påverka X:s ansvars- eller straffbedömning.

2.7.2 Det prejudicerande värdet

Det prejudicerande värdet av detta mål, som jag tolkar det, är att X någonstans i processen måste blir *kompenserad* för en otillbörlig provokation, annars är detta ett brott mot Europakonventionen artikel 6. Målet ger inte så mycket vägledning om vad som klassas som otillbörlig provokation – eftersom domskälen i denna del inte är helt tydliga. Som jag nämnt innan, har domen tolkats på olika sätt i doktrin. Bland annat har Ulf Lundqvist⁸⁴ tolkat det som att den nationella domstolen borde tillämpa bevisförbud i förhållande till bevis som tillkommit genom otillbörlig brottsprovokation. Detta för att säkerställa att processen inte bryter mot artikel 6. Andra menar att domskälen lämnar det upp till varje land att välja hur detta vill kompensera för den otillbörliga provokationen.

En som anför denna teori är Asp och jag instämmer i detta synsätt.⁸⁵

⁸² Asp s. 217.

⁸³ Asp s. 215 ff.

⁸⁴ Polisprovokation och bevisförbud, SvJT 1999 s. 903-911.

⁸⁵ Asp s. 229.

Att HovR tagit till sig Asp:s tolkning i denna fråga tycker jag är tydligt i HovR B 830-06, där det skrivs att:

”Som framhållits av Petter Asp måste frågan om ett förfarande med provokativa åtgärder kommer i konflikt medregeln i artikel 6 i Europakonventionen om en rättvis rättegång prövas utifrån en helhetsbedömning där slutresultatet måste, för att kunna accepteras, bli att den tilltalade inte har berövats en rättvis rättegång”⁸⁶

Som stöd för sitt resonemang skriver Asp att Europadomstolen på flera ställen i domen påkallar, att dess uppgift är att göra en övergripande bedömning av om processen som helhet varit rättvis. Detta anser Asp indikerar att det bör stå medlemsländerna relativt fritt hur de väljer att kompensera under processens gång. Asp anser att många olika sätt vore gångbara men framhåller att strafflindning är den bästa kompensationen ur svenskt perspektiv.

Ett annat sätt som teoretiskt skulle kunna kompensera för den otillbörliga provokationen är att behandla den som en grund för processförbud. Detta löser dock enligt min mening inte problemet – X ursäktas därmed helt. En annan lösning är att införa bevisförbud mot viss sorts bevisning. Asp för ett resonemang om hur godtyckligt en sådan lösning kan bli och jag instämmer att det är ett trubbigt instrument. För Sveriges del skulle detta rimma illa med principen om fri bevisföring. Den tredje och bästa lösningen ur svensk (och som jag anser ur alla perspektiv) är att låta graden av brottsprovokation verka efter ansvarsbedömningen i straffmätningen. Det kan då resultera i strafflindning och i extrema fall påföljdseftergift.

2.7.3 Summering av Europarätten

Förutom fallet Teixeira de Castro, tillkommer även en del vägledning om hur provokation skall behandlas genom beslut från kommissionen. De visar på vissa omständigheter som måste beaktas för att avgöra om provokationen är godtagbar enligt konventionen.

De flesta av dessa beslut har inneburit att klagomålen skrivits av eftersom de anses uppenbart ogrundade. Ett fall där klagomål tagits upp gällde två gärningsmän (X och Y) som dömts för penningförfalskning. De hävdade att ett brott mot artikel 6 förelåg, då polisen hade initierat och kontrollerat provokationen. Vidare hävdade de att det inte förelegat några misstankar mot dem. Här kommenterade kommissionen att det först och främst är upp till medlemsstaten hur den väljer att bedriva spaningsarbetet och att det är kommissionens uppgift att se till om förfarandet varit rättvist i sin helhet.

Detta, tycker jag, stödjer Asp resonemang (avsnitt 2.7.2) angående den nationella domstolens kompensation av en otillbörlig provokation.

⁸⁶ HovR B830-06 s. 12.

Kommissionen kom sedan fram till att det var tydligt att initiativet för gärningen kommit från X och Y och att polisen bara spelat med. Asp skriver att kommissionens uppfattning synes vara att om en gärning initierats av den tilltalade så kommer den generellt inte att beaktas som en provokation.

Andra kommissionsbeslut, tycker jag, visar på att den subjektiva synen tillmäts stor vikt, alltså hur benägen gärningsmannen varit att begå brottet. Ett exempel på detta resonemang är fallet Müller mot Österrike, där klaganden åberopat brott mot artikel 6 på grund av att han provocerats begå brottet ifråga. Kommissionen drog här slutsatsen att eftersom X handlat med narkotika tidigare, så bör X anses som beredd att begå brott av detta slag igen. Därmed tillmättes polisens agerande ingen betydelse.

Detta tycker jag är märkligt. Här diskuteras inte ens polisens agerande samt vem som tog initiativ. Klagandet avvisades som uppenbart ogrundat.⁸⁷

I två parallellfall, Shahzad mot Storbritannien och KL mot Storbritannien, dömdes X till ett långt fängelsestraff på grund av narkotikabrott. X åberopade att han utsatts för otillbörlig provokation från polisens sida. Här skedde en sammanvägning av det objektiva och subjektiva synsättet. Det ansågs att X initierat gärningen, samt att denne varit benägen att begå brottet på den grunden att X lång tid innan varit inblandad i handel med heroin.⁸⁸

Asp kommer till slutsatsen att han anser att det subjektiva synsättet har företräde i Europarätten. Detta stödjer han på den praxis som redovisats ovan samt huvudmålet Teixeira de Castro i Europadomstolen.⁸⁹

Axberger skriver angående fallet Teixeira de Castro, att domen visar på att vad som är otillåten brottsprovokation i Sverige i princip också är konventionsstridig.⁹⁰ Detta stämmer möjligen, men ger föga vägledning om vilken vikt de olika rekvisiten skall ges.

Den enda jag anser att man kan sluta sig till är att metoden hur en provokation bedöms är olika i Sverige jämfört med Europadomstolen. Sverige kan sägas ha en kumulativ lista av subjektiva och objektiva överväganden medan Europadomstolen och kommissionen lägger olika vikt vid alternativa (subjektiva och objektiva) kriterier i olika mål och beslut.

⁸⁷ Appl. No. 22463/93 Müller mot Österrike (Asp s. 214).

⁸⁸ Asp s. 212.

⁸⁹ Asp s. 216.

⁹⁰ Axberger – en uppdatering s. 74.

3 SOU 2003:74 Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen

Det största och viktigaste försöket till förändring och kodifiering av provokation i Sverige på senare år, är SOU 2003:74 Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen. Detta SOU har efter hård kritik från remissinstanserna, inte minst från JO, lagts på is och det är oklart hur mycket av innehållet som kommer att ligga till grund för en proposition.

Jag tror inte att det kommer att leda till någon proposition, eftersom utredningen som helhet förkastats av remissinstanserna.

Trots detta har utredningen fört fram många viktiga frågor och dess likhet med Spanarkrappporten från 1980-talet är slående. JO:s kritik har varit välmotiverad och ger, anser jag, ytterliggare en dimension till debatten kring provokation. Därför har jag valt att gå genom utredningen samt diskutera JO:s synpunkter.

En kodifiering genom lag gällande riktlinjer för provokation kommer förmodligen inte att ske, men Åklagarmyndigheten har just i samarbete med Rikspolisstyrelsen och Tullverket utarbetat riktlinjer för åklagare angående handläggningen av provokativa åtgärder.

Detta anser jag kommer att klargöra situationen för åklagare och polis.

Jag har valt att först redovisa innehållet i betänkandet SOU 2003:74 och sedan gå genom JO:s remissvar.

Man har delat upp frågeproblematiken i 4 delrubriker.

1. vill vi ha provokationsåtgärder i polisens arbete
2. bör detta lagregleras
3. är det tvångsåtgärder eller arbetsmetoder samt
4. hur bör en lagreglering utformas?

Huvudsakligen kommer fråga 1 och 2 diskuteras, eftersom de andra två frågorna utmynnar i en teknisk diskussion om paragrafens placering.

3.1 Bör metoderna användas av de brottsbekämpande myndigheterna?

Beredningen redogör för var och hur provokation används idag. Det konstateras:

- att de används av inhemsk såväl som utländsk polis och tull
- att resultaten används i myndigheternas arbete och brottsutredningssammanhang samt
- att resultaten många gånger används som bevis i rättegång

Det påpekas att dessa metoder är av mycket stor betydelse för bekämpning av organiserad och gränsöverskridande allvarlig brottslighet.

Jag anser att beredningen i denna del även borde ha tagit upp det faktum att det sällan finns något alternativ till provokation. Många av de brottstyper på vilka provokation används är svåra av flera anledningar att avslöja på konventionellt sätt. Bland annat är det ofta brott som inte har ett direkt brottsoffer (till exempel narkotikabrott) eller anmäls de sällan eftersom brottsoffret inte vågar (t.ex. utpressning) alternativt inte vet att de har blivit offer för brott (t.ex. mutbrott).

Man skriver att trots fördelarna, måste det noga övervägas om inte integritetsaspekten trots allt förbjuder användning av provokation.

Här stödjer sig beredningen på en utredning av Helmius.⁹¹ Hon drar slutsatsen att det enligt Europadomstolen (Niemiets mot Tyskland) finns en rätt att utan statens inblandning inleda förhållanden med andra människor, men att denna rätt inte kan antas vara så stark att polisen skulle hindras efterforska där misstanke om brott uppstått och där detta kan ge information som leder till att brott kan klaras upp.

Därmed sluter man sig till att det bara om myndigheten på ett:

”omfattande sätt följer och noterar de personliga aktiviteter som en person utför, för att på ett mer systematiskt sätt kartlägga personens liv, som skyddet för privatlivet mer allmänt riskerar att bli kränkt.”⁹²

Vidare skrivs att ingen av de nämnda provokativa metoderna innebär att en persons liv kartläggs systematiskt och därmed kan skyddet för privatlivet inte anses kränkt.

Slutligen sammanfattas att några andra integritetsaspekter inte heller påkallar att metoderna aldrig ska få användas. Personlig integritet och effektivitet i brottsbekämpningen måste vägas mot varandra och en reglering måste innebära att det tas hänsyn i båda riktningarna.

⁹¹ SOU 2003:74 s. 136; Helmius s. 180 ff.

⁹² SOU 2003:74 s. 137.

Jag tycker att beredningen i denna del borde ha behandlat ämnet provokation separat. Jag anser inte att diskussionen om buggning och andra okonventionella metoder är relevant i detta sammanhang. I frågan om buggning till exempel, så spelar den personliga integriteten en viktig roll, men med provokativa åtgärder är mera frågan om staten ska få lura medborgarna att begå brott.

3.2 Bör metoderna lagregleras?

Under denna rubrik sluter sig beredningen till att provokativa åtgärder bör ges lagstöd. Hur detta skall utformas diskuteras längre fram i beredningen.

I enlighet med ett utlåtande av Helmius⁹³, där det slåss fast att det enligt grundlag, vanlig lag eller internationella konventioner, inte krävs någon lagreglering på området, instämmer beredningen med författaren att det likväl kan vara önskvärt att kodifiera praxis. Både av den anledningen att polisen inte skall behöva agera i en juridisk gråzon men även att offentlig maktutövning skall ha lagstöd – så att enskilda vet vad de kan bli utsatta för.⁹⁴

Beredningen anser, att det inte är utrett om legalitetsprincipen träds för när i och med att reglering på området saknas. Det förs heller inget resonemang om detta, istället hänvisas till samma frågeställning i avsnittet där teknikbundna arbetsmetoder diskuterats. Här konstaterades att man inte heller kunnat komma fram till ett svar och därför beslutat sig för att reglera denna del i lag. De provokativa åtgärderna bör därför regleras i lag.

Här stödjer man sig också på SOU 2003:32 Vår beredskap efter den 11 september, där det ansågs angeläget att så snart som möjligt precisera rättsläget med beaktande av enskildas rättssäkerhet och på grund av effektiviteten i polisarbetet i spaning mot allvarliga brott.

Jag tycker beredningen på ett tydligt sätt visat att det finns ett behov av lagreglering på området. Det är viktiga principer som diskuteras och jag tycker att avvägningen är korrekt.

Frågan om en lagreglering skall ske, kommer enligt förslaget före en presentation hur modellerna för en sådan bör se ut. Jag tycker dock att den brännande frågan alltså är, om det praktiskt *går* att lagreglera provokativa åtgärder och att detta alltid varit kärnan i problemet. Det finns få principiella argument mot att reglera polisiära metoder, eftersom det anses positivt med tydliga gränser för offentlighetens maktutövning. Problemet är och förblir att okonventionella spaningsmetoder är mycket svåra att lagreglera just eftersom de är okonventionella. Syftet med dessa åtgärder är att de kan anpassas till varje situation och de är beroende av individuella avvägningar i

⁹³ SOU 2003:74 s. 136.

⁹⁴ SOU 2003:74 s. 138.

varje fall. Därav tycker jag att denna diskussion borde väckas redan under detta avsnitt i beredningen, eftersom det är onödigt att lägga kraft på en idé som inte har någon möjlighet att förverkligas.

Jag tycker även att det saknas en diskussion om alternativa sätt att kodifiera de önskvärda principer som har utvecklats i praxis, t.ex. genom riktlinjer.

3.3 Skall metoderna regleras som straffprocessuella tvångsmedel eller arbetsmetoder?

Enligt beredningen menas med begreppet straffprocessuella tvångsåtgärder endast åtgärder som får företas efter att en förundersökning inletts. Man föreslår att provokativa åtgärder även fortsättningsvis skall regleras som straffprocessuella tvångsåtgärder. Till stöd för denna åsikt, framhävs ett uttalande av JO där denna skriver att provokativa åtgärder ska användas vid:

”brottsutredande och inte i en brottsförebyggande verksamhet.”⁹⁵

Efter hänvisningar till avsnittet om kontrollerad leverans sluter sig beredningen till att det inte finns någon anledning att ändra på den rådande ordningen, nämligen att provokativa åtgärder endast får tillgripas sedan förundersökning inletts och alltså blir att bedöma som straffprocessuella tvångsmedel.

Vidare nämns att 11 septemberutredningen i denna fråga kom till en annan slutsats, nämligen att provokativa åtgärder även bör kunna användas utanför förundersökning, men endast med yttersta försiktighet.

Jag anser att det hade varit intressant med en diskussion varför dessa utredningar ser olika på frågan.

3.4 Hur bör en lagregleringen utformas?

Författningsförslaget:

27 kap. 17 a § RB

”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 föreskrivs i 13 § första stycket.”⁹⁶

⁹⁵ JO 2000/01 s. 134.

⁹⁶ SOU 2003:74 s. 141.

Beredningen konstaterar att det inte går att skilja begreppen bevis- och brottsprovokation åt. En och samma åtgärd kan innehålla båda dessa element. Det finns dessutom bevisprovokationer som anses otillåtna. På denna grund föreslås att man använder det samlande uttrycket provokativa åtgärder för båda begreppen och istället reglerar situationerna när de får användas.

Beredningen har delat upp polisens åtgärder i fyra olika grupper. Asp har gjort en liknande modell, men den innefattar 3 grupper.

1:a gruppen: Till den första gruppen hänvisas de fall där polisens agerande är så passivt att det inte kan kvalificeras att få kallas provokation. Axberger presenterar samma resonemang flera år tidigare. Han uttrycker att det måste finnas ett visst mått av provokation från polisens sida, annars är det bara tal om att förmå⁹⁷ någon till något. Ett exempel på detta är när polisens väntar med att ingripa (interimistisk passivitet) i narkotikasmuggling.

2:a gruppen: Denna kategori av åtgärder anses inte uppfylla kravet på benämningen provokation – då de åtgärder som vidtages inte förväntas leda till att den misstänkta personen kommer att begå ett brott. Ett exempel är att polisen uppträder som spekulant på narkotika och, på så sätt, manar personen till att avslöja sig genom att försöka sälja sin vara. Försäljningen avbryts av polisen innan det fullbordas.

Grupp 3: Åtgärder som faller in i grupp tre är de som klassificeras som provokativa åtgärder och de kommer att regleras av den nya paragrafen. Vad som utmärker dessa, är att de innebär ett aktivt uppmuntrande, en frestelse eller ett initiativ från polisens sida. Åtgärden skall aktivt syfta till att få den misstänkta personen att begå ett brott. Det måste antas att denna person sannolikt ändå skulle begå detta eller liknade handling om åtgärden inte vidtagits. Här ges många exempel. Ett av dessa är att en kvinnlig polis utger sig för att vara prostituerad, men att hon agerar så pass passivt så att initiativet helt ligger på kunden.

Grupp 4: Till denna kategori, hör otillåtna åtgärder, d.v.s. de som faller utanför den tilltänka paragrafens tillämpningsområde. Dessa åtgärder skulle, om de företogs, föranleda någon att begå ett brott som denna annars inte skulle ha begått. Ett exempel är att polisen tar kontakt med en langare och förmår denna att av tredje part skaffa fram ett parti narkotika för att överlåta till den civilklädda polisen.

Beredningen tar stöd i Narkotikakommissionens rapport.⁹⁸ Denna innehåller en del modeller som fortfarande kan ha viss aktualitet. Samtidigt bör det påminnas att denna rapport inte mottogs odelat positivt. Bland annat kan

97 Axberger s. 7 och s. 54. Se även Axberger - en uppdatering s. 62.

98 Narkotikakommissionen PM nr 5, Polisens insatser mot narkotikan, september 1983.

refereras till de betänkligheter som uttrycks i SOU 1982:63 angående narkotikakommissionens förslag att reglera provokation genom lagstiftning. Främst rörde oron att den föreslagna definitionen av tillåten provokation kunde komma att läsas motsatsvis.

3.5 JO:s remissvar

Flera remissinstanser har uttalat sig om betänkandet och kritiken är generellt inte positiv. En remissinstans som väger tungt är JO, och han tillstyrker inte förslaget.

Nedan redovisas och diskuteras huvudpunkterna av JO:s kritik, eftersom den tydliggör problematiken med lagstiftningsfrågan.

JO inleder med att kritisera att provokation klassificeras som tvångsmedel:

”Betänkandets tvångsmedelsdefinition skiljer sig i viktiga hänseenden från den vedertagna synen på tvångsmedelsbegreppet.”⁹⁹

Om en reglering av provokation skulle ske, föreslår JO att detta istället bör göras under kapitel 23 RB.

JO kritiserar att beredningen vill ta bort klassificeringen bevis- och brottsprovokation och istället inrätta de fyra kategorierna av provokationer. Det ifrågasätts om de åtgärder som grupperas i kategorierna 1 och 2 - och därmed inte innefattas i den tilltänkta paragrafen, - därmed helt ska falla utanför någon reglering. JO påpekar att beredningen nog inte menar att förbjuda denna sorts åtgärder, men att det ur rättssäkerhetssynpunkt måste anses ohållbart att viss provokation regleras och viss inte. De i praxis utvecklade principerna som gäller tillämpningen av provokativa åtgärder kan i och med en reglering inte fortsätta vara gällande.

Enligt den föreslagna paragrafen (se ovan), ska åtgärder från polisens sida endas företas för att:

”utröna omständigheter som kan vara av betydelse för utredning om brottet”.

JO kritiserar beredningen för att den inte genomgående stödjer denna princip.

Jag instämmer i denna kritik. Flera av de exempel som ges, på situationer då åtgärderna får företas, verkar inte knyta an till principen. De är inte riktade åtgärder och det anses därmed oklart vilken tidigare brottslighet som polisen hoppas finna bevis för. Ett exempel är, den ovan givna situationen att en poliskvinna ger sig ut för att vara prostituerad. Det finns säkert många som skulle vilja utnyttja denna tjänst och frågan är vilken tidigare brottslighet som kan lyckas bevisas. JO avslutar med att konstatera att denna icke riktade provokation, enligt Axberger är otillåten idag.

⁹⁹ JO:s remissvar till SOU 2003:74, s. 29.

Ytterliggare en försvagning av rätts säkerheten är enligt JO att de i praxis utvecklade principerna inte inryms i den föreslagna paragrafen. Kravet att stark misstanke skall föreligga och att brottet ska vara grovt för att en provokation skall få företas, skulle därmed falla bort. Enligt förslaget ska det räcka med en mycket låg misstankegrad, nämligen:

”.....om det kan antas att denne skulle komma att begå samma eller liknande gärning även om åtgärderna inte vidtas.”¹⁰⁰

Dessutom föreslår beredningen att förundersökningen skall kunna beslutas av förundersökningsledare och inte enbart av åklagare, till skillnad från idag.

Jag instämmer helt i denna kritik.

JO summerar sin kritik av förslaget genom att konstatera att det inte kan anses uppfylla de rättssäkerhetskrav som bör gälla i en rättsstat. JO anser inte heller att de nämnda åtgärderna på något sätt skulle öka antalet uppklarade brott och skriver:

”Som har framhållits i det föregående syftar den föreslagna regeln primärt till att göra det möjligt för polisen att, med vissa begränsningar, förmå personer att begå brott. Enligt min mening är antalet brott som begås i samhället tillräckligt stort polisens medverkan förutan. Jag avstyrker av nu angivna skäl, att BRU:s förslag i denna del läggs till grund för lagstiftning.”¹⁰¹

Angående frågan om provokation överhuvudtaget bör kodifieras i lag skriver JO:

”Risken med en lagreglering av provokation – även om man skulle sträva endast efter att kodifiera de principer som tillämpas för närvarande – är att regleringen i vissa fall kommer att visa sig vara för vid och i andra för snäv.”¹⁰²

Detta tycker jag är talande och visar på problemet med att reglera okonventionella metoder i lag.

¹⁰⁰ SOU 2003:74 s. 141.

¹⁰¹ Remissammanställning s. 32 ff.

¹⁰² Remissammanställning s. 33.

4 Internationella rekommendationer om spaningsverksamhet

I september år 2005 var FN värd för en konferens i Wien om spaningsverksamhet. Inbjudna var domare och åklagare från hela världen. Ett dokument författades, med rekommendationer riktade till alla stater, om spaningsverksamhet (investigative techniques). Eftersom texten författades på engelska, citeras den på originalspråket. Delar av dokumentet rör provokationsåtgärder. I flera fall diskuteras frågan i samband med andra spaningsmetoder. Trots detta, tycker jag att rekommendationerna ger en tydlig indikation på hur det internationella samfundet ser på frågan.

Jag har valt att lyfta fram vissa av rekommendationerna och jämföra dem med svensk rättsskipning.

Dokumentet är uppbyggt så att först definieras begreppen, sedan identifieras problemområden och sist följer rekommendationerna.

Definitionen av 'undercover techniques' blev:

"A planned investigative and surveillance process in which police officers use disguises and subterfuges to gain information and evidence in respect of alleged criminal offences and offenders, particularly in those situations and for those persons resistant to traditional law enforcement methods."¹⁰³

Denna definition kan innehålla flera aspekter av spaningsverksamhet i Sverige. Provokation är bara en av dessa, andra exempel är infiltration, och de spaningsåtgärder som informatörer utför.

Här följer rekommendationen angående hur spaningsverksamhet bör regleras:

"Regulating Undercover Operations

Recommendation 24:

Undercover operations need to be regulated, though this may be done by legislation, regulatory provisions, or administrative guidelines. Whichever measure is used, what is important is to guide and control the conduct of such activity.

Some of the basic requirements for the law/regulations/guidelines identified by the experts are:

- (1) identification of the authority responsible to authorize, control and stop the operation (magistrate, public prosecutor, senior police officer);
- (2) limitations on types of activities that may be carried out;

¹⁰³ Expert working group report on special investigative techniques s. 19.

- (3) special provisions on criminal and civil liability of undercover operatives;
- (4) protection of agents, informants, persons involved in the undercover operation and their relatives;
- (5) sufficient safeguards in the process to ensure the protection of fundamental rights;
- (6) appropriate requirements for reporting.

Undercover operations are of an invasive nature; a police officer using a fictitious identity infiltrates people's homes, businesses and private lives in order to obtain intelligence or evidence. For this reason, it is important that such operations are subject to guidelines and appropriate controls."¹⁰⁴

Många av de ovan listade punkterna, finns som principer utvecklade i praxis i Sverige. Däremot är de inte reglerade och kontrollerade som rekommendationen föreskriver. Nedan jämförs dessa i svensk praxis utvecklade principerna med punkterna i rekommendationen.

Punkt (1) kan till viss del anses uppfylld, i och med att endast åklagare får fatta ett beslut om provokationsåtgärder. Det är åklagaren som har kontroll av skeendet och möjligheten att avbryta provokationen.

Punkt (2) kan anses uppfylld av Sverige genom 8 § polislagen (behovs- och proportionalitetsprincipen). Provokationsåtgärden måste stå i rimlig proportion till vad som kan vinnas med den. Grundprincipen om att polisen inte får begå en kriminaliserad handling för att efterforska eller avslöja brott¹⁰⁵, kan ytterligare sägas sätta gränsen för vilka åtgärder polisen får utföra.

Punkt (3) kan inte anses uppfylld i svensk rätt. Det finns inga speciella bestämmelser om straffrättsliga eller civilrättsliga ansvar för de poliser som utför provokationer.

Punkt (4) är inte uppfylld i Sverige. Det finns inget skydd för dem som medverkar i en provokationsåtgärd eller personer till dem närstående.

Punkt (5) kan anses uppfylld i svensk rätt. Enligt andra stycket 8 § polislagen får polisen inte utföra ett ingripande enligt första stycket, som begränsar någon av de grundläggande fri- och rättigheterna som avses i 2 kap RF.

Punkt (6) kan anses uppfylld i Sverige. Provokationsåtgärden måste noga dokumenteras enligt principer utvecklade i praxis.

Sammanfattningsvis kan konstateras att 8 § polislagen samt uttalande i förarbetena till polislagen tillsammans med de i praxis utvecklade principerna till viss del kan anses uppfylla rekommendationerna ovan. Det saknas dock ett sammanhållet och kodifierat regelverk.

¹⁰⁴ Expert working group report on special investigative techniques s. 19.

¹⁰⁵ SOU 1982:63 s. 140.

Nästa rekommendation rör frågan om provokation bara bör vidtas vid en viss typ av brott:

”c) Scope of Application

Recommendation 25:

The law should permit the use of undercover operations generally and allow for the admissibility of the evidence gathered, regardless of the particular crime involved. Its use in practice however should be proportional, taking into account in particular the invasive nature of the technique and the costs of managing such a technique.

In some States, undercover operations are restricted to certain crimes. Often this is accomplished by setting out by list in relevant legislation, the offences for which such a measure may be employed in the course of an investigation. For a number of reasons, this approach is not recommendable. Such lists would require the legislator to amend the law every time that an important category of criminal offence develops into a priority area or is considered as “serious enough” to justify and allow the use of such investigative techniques. The approach also provides a clear road map for criminal gangs as to the types of activities, which carry a risk of undercover infiltration and those that do not. It is also clear that effective investigative work requires a proper balance between regulation and flexibility and a regimented and restricted approach to undercover operations does not strike an appropriate balance in this respect.

In reality as well, because undercover operations are costly, difficult to set up and implement and involve a substantial amount of prior planning, coordination and control, they will in practice be used in limited circumstances, mostly for serious crimes.

At the same time, in practice, undercover operations must be employed in circumstances where the use of the measure is proportional to the investigation, taking into account the seriousness of the crime, the potential value of the use of the measure, the invasive nature of the technique and the costs of organizing and managing such an operation.”¹⁰⁶

Denna rekommendation bryts ner i de tre styckena ovan.

Det första stycket konstaterar att staterna inte bör ha en klassifikation på vilka brott som kan föranleda en provokativ åtgärd. Detta har Sverige i och med kravet att det måste handla om grov brottslighet.

Det andra stycket fastslår varför provokativa åtgärder inte *behöver* (egen kurs.) begränsas till vissa typer av brott. Den höga kostnaden och den krävande arbetsinsatsen i form av planering och koordination som krävs för en provokation, anses enligt rekommendationen automatiskt leda till att åtgärden endast tillämpas i ett fåtal situationer och huvudsakligen på grövre brott. Detta är ett för Sveriges del främmande argument. Det kan tyckas att det inte bör anses förenligt med rättsäkerhet att förlita sig på att de som planerar provokationen alltid fullt ut kan tillämpa proportionalitetsprincipen.

Jag håller dock fast vid att kravet på grov brottslighet bör utgå i svensk rätt och jag grundar detta på ytterligare argument, se nedan.

Det sista stycket under rekommendationen framhåller att en provokation bör företas med beaktande av den information som står att vinna, den integritetskränkning detta innebär samt brottets svårighetsgrad.

Jag tycker att det presenteras bra argument mot att diktera en brottskatalog över vilka brott som ska tillåta provokativa åtgärder. Systemet blir stelt genom att det hindrar poliserna och åklagarna samt gagnar de kriminella.

¹⁰⁶ Expert working group report on special investigative techniques s. 20.

En av de främsta anledningarna till att i Sverige avskaffa kravet att brottsligheten måste vara grov för att polisen skall få använda sig av provokativa åtgärder, tycker jag, är att det finns brottslighet som inte klassificeras som grov men som är mycket svår att komma åt med konventionella metoder. Detta nämns inte. Jag tycker att argumentet att provokationsåtgärder är mycket dyrbara i tid och pengar - och att det därför faller sig naturligt vilka brott som prioriteras med denna metod - låter rimligt.

I sista paragrafen påpekas åter att en avvägning måste göras i varje enskilt fall, mellan vad som står att vinna och vilket intrång provokationen innebär för den personliga integriteten. Detta anser jag som ovan att 8 § polislagen uppfyller.

Nästa rekommendation rör frågan om hur poliser skall undantas från lagföring vid brott som företas i spaningsverksamhet.

“Recommendation 28:

The law relating to undercover operations should recognize that undercover agents might commit certain criminal offences, within defined parameters. Depending on the applicable legal system, this can be accomplished by:

- > providing for specific exemptions in legislation;
- > jurisprudence which establishes that the agent does not have the requisite intent for the commission of the offence; or
- > relying on the doctrine/guidelines that a prosecution will not be initiated in such cases because there is no reasonable prospect of conviction and such proceedings would not be in the public interest.

There are significant issues surrounding the question of the commission of criminal offences by operatives during undercover operations. In some countries, while an undercover agent may carry out an act which is criminalized, he or she does not commit a criminal offence, because the legal system requires the respective intent for the commission of an offence (“mens rea”). However, this approach does not work in all countries, and the undercover agent -to work effectively- needs to be legally protected with respect to acts committed in the course of an operation. For such operations to be carried out effectively the agent must have flexibility to commit certain acts without the prospect of criminal prosecutions in order to gain trust and reach higher echelons of an organization. At the same time, undercover operators cannot have free reign to commit crimes. There must be a proportionality test that is applicable, as well as clear limitations on the scope of the protection to avoid blanket immunity for all types of criminal behaviour. (My bolding) Generally only if the action was justified in the circumstances and proportionate to the investigative interests, will the agent benefit from an exemption of criminal liability. Once again, though the applicable test needs to be framed in flexible terms. For example, a list of specific offences/actions that the agent cannot engage in should be avoided. This would provide guidance for criminals as to how to “test” possible undercover operatives. It is better to use a more general test of proportionality.

The Group distinguished between “foreseeable” and “unforeseeable” offences. Some experts mentioned also the distinction of “primary” offences and “secondary” offences. The foreseeable/primary offences are those implied in the normal course of the operation (e.g.: participating in drug sales). The proportionality test is mostly relevant for the commission of unforeseeable/secondary offences – for example when the operative is asked to engage in a particular activity in order to test his or her commitment to the criminal organization.

States should also recognize that the immunity provided to operatives should take into account possible civil, as well as criminal liability that the operative may be exposed to.

If the conduct of an operative has to be specifically authorized by an official, the law/guidelines should be flexible to allow for a pre-authorization of foreseeable conduct and subsequent authorization of unforeseen activities that meet the test of proportionality.”¹⁰⁷

Denna rekommendation vänder sig till spaningsarbete i allmänhet som därmed inkluderar provokation, men även andra metoder.

Det rekommenderas att poliser måste få begå vissa brott när de agerar i en provokationssituation. Det lämnas flera förslag på hur länder skall kunna lösa denna fråga rent strafftekniskt.

Några exempel är att ansvarsfrihet för poliser skapas, alternativt att polisens uppsåt inte anses uppfyllt.

Ett annat förslag är att tydliga riktlinjer garanterar provokatören att inte bli åtalad om han har agerat enligt de riktlinjer som gäller. Att åklagaren inte tar upp ett sådant fall grundar sig då på att det föreligger mycket små utsikter till fällande dom eftersom beivrande av denna slags brott inte ligger i allmänhetens intresse.

Svensk rätt har inte reglerat frågan om polisens ansvar vare sig lagtekniskt eller i praxis. Det anses generellt mycket svårt för poliser att veta vilka brott de kan bli åtalade för i anslutning till en provokativ åtgärd.

Som redovisats ovan har emellertid både Axberger och Asp föreslagit en ansvarsfrihetsregel för poliser.

Det andra, av mötesdeltagarna föreslagna alternativet - att polisens uppsåt inte skall anses täckt – finner jag svårförenlig med den svenska modellen, där polisen måste anses ha uppsåt till brottets fullbordan i det fall detta har planerats.

Det tredje alternativet nämligen att förlita sig på att åklagaren inte kommer att åtala polisen är inte optimalt och garanterar inte att polisen inte blir lagförd.

Trots detta anser jag, som tidigare, att det lagtekniskt inte är möjligt att lagstifta om en ansvarsfrihetsregel för poliser även om detta vore önskvärt. De nya riktlinjerna från RÅ stadgar att en polisman som följer riktlinjerna inte skall lagföras för ett fullbordat framprovocerat brott. Förhoppningsvis kommer dessa riktlinjer förtydliga för polisen vilka regler som gäller och leda till att färre polismän åtalas enbart på grund utav att de provocerat någon att begå ett fullbordat brott.

¹⁰⁷ Expert working group report on special investigative techniques s. 22.

Mötesdeltagarna uttrycker även i denna rekommendation att det inte är önskvärt att upprätta en lista över tillåtna brottstyper. Istället skall i varje situation en individuell proportionalitetsbedömning vara vägledande för den typ av brott som en polis skall kunna begå i en provokationssituation.

Rekommendationen fastställer inte bara att poliserna skall vara skyddade straffrättsligt, utan även civilrättsligt. Sverige har inget skydd mot civilrättsliga anspråk i denna situation och det kan ställa till problem inte minst vid skadeståndsanspråk.

Slutligen rekommenderas att poliser skall ges viss frihet att agera på fältet, så länge detta kan försvaras enligt proportionalitetsprincipen. Svensk rätt uppfyller inte detta krav, eftersom det är åklagaren som beslutar om och genomförande av provokativa åtgärder.

Nästa rekommendation har uppställts i syfte att säkra bevisupptagning under en provokation samt minimera risken för att polisen bryter mot reglerna kring provokativa åtgärder:

”Recommendation 31:

To guard against violations of restrictions relating to inducement/provocation/entrapment, law enforcement officers are encouraged to adopt measures such as:

- Ensuring there is corroborating evidence of the agent’s conduct by use of electronic surveillance or other witnesses.
- Providing ongoing legal advice during the operation.
- Providing undercover agents with appropriate legal training on these standards.

Such measures serve as safeguards to ensure that efforts relating to undercover operations provide a useable result in later trials. If there are possibilities to challenge evidence and/or related police activities, the perpetrator will likely do so in court. These listed safeguards provide a basic protection not against such challenges, but against unfavourable rulings in the trial proceedings.”¹⁰⁸

Expertgruppen tog sig sedan an frågan hur bevisning upptagen inom spaningsverksamhet kan *säkras* (egen kurs) på bästa sätt och vilka rutiner som bör användas för att säkerställa att agenter följer regelverket. Denna rekommendation riktar sig därmed till flera olika operationer där provokation är inräknat.

Tre olika förslag läggs fram:

- dubbla bevisupptagningar ske när det är möjligt, detta kan göras genom ljudinspelningar eller genom att vittnen hörs efteråt
- de poliser som arbetar med en provokationsåtgärd även skall ha viss grundläggande juridisk utbildning och

¹⁰⁸ Expert working group report on special investigative techniques s. 23.

- kunna inhämta juridisk rådgivning under en pågående provokation för att säkerställa att inga regler träds förnär.

Den svenska polisen har interna riktlinjer angående provokativa åtgärder och det är möjligt att dessa uppmanar till dubbel bevisupptagning samt att polisen har tillgång till juridisk rådgivning.

Sammanfattning

Sammantaget anser jag att Sverige endast lever upp till ett fåtal av rekommendationerna.

Vi saknar nämligen ett samlat, kodifierat regelverk för provokativa åtgärder.

Straffrättsligt och civilrättsligt skydd för de poliser som utför provokativa åtgärder är svagt och skydd för provokatörens familj saknas också.

De svenska reglerna kring provokativa åtgärder anser jag stela i jämförelse med rekommendationerna. Detta visar sig bland annat i att Sverige har en klassificering över de brott som får föranleda provokativa åtgärder samt att poliserna på fältet har liten möjlighet att agera på eget initiativ – ens inom givna ramar.

Rekommendationerna är inte bindande men de förmedlar hur många av världens ledande demokratier ser på instrumentet provokation. Jag tycker Sverige bör ta intryck av detta, speciellt med tanke på det ökade internationella polissamarbetet (Interpol och Europol) samt den snabbt ökande gränsöverskridande brottsligheten. En enhetlig syn på och behandling av frågorna kring provokation underlättar arbetet mellan alla länder. Därför anser jag att Sverige bör anpassa gällande rätt till dessa rekommendationer. Det viktigaste i denna process är att rättssäkerheten upprätthålls.

5 RÅ:s riktlinjer och RättsPM om provokativa åtgärder

Handläggning av provokativa åtgärder

RÅ har i samarbete med Rikspolisstyrelsen och Tullverket den 12 mars år 2007 utfärdat riktlinjer med hänvisning till åklagarens handläggning av provokativa åtgärder. Härmed följer kommentarer på innehållet av dessa riktlinjer och medföljande RättsPM trots att uppsatsen skrivits med utgångspunkt att dessa skulle publiceras efter uppsatsens avslutande.

Riktlinjerna stadgar (summering):

- att polismyndighet eller Tullverket som underlag för en provokation skall upprätta en genomförandeplan. Undantag till detta kan ske då ett sådant förfarande allvarligt skulle riskera syftet med åtgärden. I sådana fall ska åklagare så snart som möjligt upprätta en genomförandeplan.
- att polismyndighet eller Tullverket skall kontakta åklagare för närmare anvisning i de fall provokationen enligt genomförandeplanen på något sätt bör ändras eller anpassas.
- att speciella föreskrifter skall gälla kring dokumentation och registrering av provokativa åtgärder.

Syftet med riktlinjerna är att upprätta rutiner för åklagarna vad det gäller handläggning av provokativa åtgärder. Detta skall föranleda en mera enhetlig och rättssäker hantering av dessa åtgärder.

RättsPM (2007:4)

Som ytterliggare stöd för polis, åklagare och tull publicerades RättsPM (2007:4) i mars år 2007 av brottmålsavdelningen vid RÅ:s kansli. Detta skall agera som stöd för de ovan givna myndigheterna när frågan uppstår om och i så fall hur en provokativ åtgärd skall genomföras. PM innefattar en kodifiering av de i praxis gällande principerna kring provokation och innehåller några preciseringar. Det stadgas också vad konsekvenserna av en genomförd provokation ska vara för den provocerade samt provokatören.

En av de principer som tillförs något nytt är den att provokativa åtgärder endast får användas för att avslöja grov brottslighet. Här stadgas:

”Provokativa åtgärder får endast användas för att avslöja allvarlig brottslighet.

Organiserad eller systematisk seriebrottslighet är tillräckligt för att kravet skall vara uppfyllt, även om inte varje enskilt brott kan anses vara allvarligt.”¹⁰⁹

¹⁰⁹ Provokativa åtgärder RättsPM 2007:4, brottmålsavdelningen, mars 2007 s. 30.

Axberger redogjorde för denna princip flera år tidigare och föreslog då att ytterligare typer av brott bör kunna föranleda provokativa åtgärder (se avsnitt 2.4.3). I PM likställs Axbergers definitionen 'grov' med 'allvarlig' brottslighet. Enligt citatet ovan kan provokation nu komma att användas för att uppdaga flera typer av brott framöver.

Detta anser jag är positivt (se avsnitt 2.4.3).

Promemorian innehåller något helt nytt vad det gäller provokatörens ansvar:

”- Provokation som genomförs på ett korrekt sätt innebär att åtal inte skall väckas mot provokatören, oavsett om provokationen syftat till att den provocerade skall göra sig skyldig till ett fullbordat brott.
- Om provokationen är otillåten är utgångspunkten att provokatörens ansvar skall behandlas i enlighet med bestämmelserna om tjänstefel.”¹¹⁰

Detta är klagande. Polisen skall få provocera till fullbordat brott. Om en polis inte följt reglerna skall han dömas för tjänstefel. Därmed är diskussionen om polisen skall kunna dömas för medverkan och/eller anstiftan till ett fullbordat provokationsbrott förhoppningsvis avslutad.

Riktlinjerna och promemorian från RÅ skall agera som stöd för åklagare, poliser och tull. Ytterst är det dock prejudicerande domar från Europadomstolen och HD som utvecklar rätten.

Den 24 januari år 2007 meddelade HD prövningstillstånd av HovR B830-06 (se avsnitt 2.5.3) och detta avgörande förväntas ge klarhet i två viktiga frågor.

Den första gäller den praktiska tillämpning av principen att det aldrig är tillåtet att provocera någon att begå ett brott som denne annars aldrig skulle ha begått.

Den andra gäller vilken betydelse en otillåten provokation ska få för den provocerades ansvarsbedömning.

I det aktuella målet anser RÅ att de tilltalade varit beredda att begå brott av ifrågavarande slag, provokationen förutan. Han anför att provokation därmed inte bör påverka de tilltalades straffmätning nämnvärt. Under alla förhållanden anser åklagaren att de vidtagna åtgärderna inte kan anses så otillbörliga att det bör föranleda en påföljdseftergift.

¹¹⁰ Provokativa åtgärder RättsPM 2007:4, brottmålsavdelningen, mars 2007 s. 31.

6 Sammanfattning

Riktlinjerna och promemorian från RÅ kodifierar de principer som utvecklats i praxis som reglerar polisens användning av provokation. Det är samma principer som Axberger 18 år tidigare sammanställde, från då gällande rätt (se avsnitt 2.5.3). Rättsutvecklingen har medfört några preciseringar av dessa principer och promemorian ger klargöranden om konsekvenserna av provokationsåtgärder för provokatören och den provocerades ansvar.

Promemorian stadgar att provokation inte bör delas upp i tillåten bevis- och otillåten brottsprovokation. Detta motiveras med att båda begreppen kan innefattas i samma åtgärd.

Detta synsätt instämmer jag i (se avsnitt 2.2).

Det poängteras att frågan istället är om någon har förmåtts begå ett brott som han eller hon annars inte skulle ha begått, eftersom det inte är tillåtet att väcka en brottslig vilja.

Ett av tillägget i PM gäller principen om att brottet måste anses allvarligt för att provokativa medel skall få användas. Det stadgas att provokation nu även får användas mot organiserad och systematisk seriebrottslighet, även då varje individuellt brott inte skall anses allvarligt.

Detta ser jag som en positiv utveckling som kommer att göra provokation mera effektiv, eftersom den kan tillämpas mot flera typer av brott. Jag anser inte att detta kommer att påverka rättssäkerheten negativt eftersom övriga principer som gäller tillämpningen kvarstår. Jag förespråkade denna utveckling i linje av Axbergers resonemang (se avsnitt 2.5.3).

En stor del av uppsatsen har ägnats åt SOU 2003:74. Detta lagförslag om provokation avstyrktes av JO. Tillsammans med JO:s remissvar visar denna utredning på svårigheten att lagstifta om okonventionella spaningsmetoder i allmänhet och provokativa åtgärder i synnerhet.

De principer som tillämpas för att avgöra när provokation får användas, är i hög grad skönsmässiga. Detta gäller inte minst 8 § polislagen - den enda lagtext som går att härleda till avvägningen om provokativa åtgärder skall användas – som innefattar behovs- och proportionalitetsprincipen. De ytterliggare kraven:

- att det aldrig är tillåtet att provocera någon att begå ett brott som denne annars aldrig skulle ha begått
- att det skall föreligga stark misstanke om brott
- att provokation förutsätter initiativ från provokatören samt

- att metoden enbart får användas för att avslöja allvarlig brottslighet

är alla subjektiva, skönsrättsliga bedömningar som varje åklagare måste ta ställning till.

Med hänsyn till bedömningen som måste göras i varje enskilt fall när det gäller provokativa åtgärder samt med beaktande av de misslyckade lagstiftningsförsök som gjorts, sluter jag mig till att det inte är möjligt att på ett effektivt sätt lagstifta om provokation.

Detta kan förklaras med att okonventionella polisiära metoder bygger på att de måste kunna anpassas individuellt i varje situation, vilket gör det svårt att snäva in och definiera dem som begrepp samt reglera deras användning. Som JO:s remissvar till SOU 2003:74 visar skapar det problem när viss provokation blir klassificerad och därmed reglerad medan viss provokation faller utanför (se avsnitt 3.5). Jag tycker JO summerar problematiken när han i sitt remissvar skriver:

"Risken med en lagreglering av provokation – även om man skulle sträva endast efter att kodifiera de principer som tillämpas för närvarande – är att regleringen i vissa fall kommer att visa sig vara för vid och i andra för snäv."¹¹¹

Åsikten att provokation inte låter sig regleras i lag på ett effektivt sätt, motsäger inte att en lagstiftning på området är önskvärd. Det måste alltid anses önskvärdt i en rättsstat att lagstifta kring polisiära metoder både från medborgarnas och statens perspektiv.

Relationen mellan polisrätten - med andra ord vad som enligt polislagen skall anses som en tillåten provokation - och straffrätten, dvs. hur ansvaret för den provocerade skall påverkas av en polisrättsligt otillåten provokation har förändrats efter Europadomstolens dom Teixeira de Castro (se avsnitt 2.7.2).

Domen slår fast att en otillåten provokation på något sätt måste kompenseras den tilltalade. I en efterföljande dom slår HovR (B830-06) fast att detta i svensk rätt bör ske genom att i straffmätningen beakta billighetsskäl och i sällsynta fall bevilja påföljdseftergift (se avsnitt 2.6.3). Detta fall har givits prövningstillstånd i HD och utfallet kan komma att påverka rättsutvecklingen.

Promemorian från RÅ presenterar hur provokatörens ansvar skall beaktas vid en otillåten provokation. Polisen skall i dessa fall dömas för tjänstefel.

PM slår också fast att polisen har rätt att provocera en misstänkt att begå ett fullbordat brott. Detta klargör en fråga som länge har diskuterats och som har resulterat i att poliser blivit dömda för medverkande till och anstiftan av

¹¹¹ Remissammanställning SOU 2003:74 s. 33.

brott, enbart på grund av att provokationen resulterat i fullbordat brott och inte stannat vid försöksbrott (se avsnitt 2.6.1).

Jag anser att RÅ:s riktlinjer och PM kommer att leda till en högre grad av rättsäkerhet. Riktlinjerna stadgar tydliga rutiner för åklagare som kommer att leda till en mera förutsebar och enhetlig tillämpning vid hanteringen av provokativa åtgärder. Promemorian tydliggör och preciserar de principer som måste övervägas vid användandet av provokativa åtgärder samt vilka konsekvenser en otillåten provokation bör ha på provokatörens respektive den provocerades ansvar.

Tack

Jag vill tacka statsåklagaren Nils-Eric Schultz för råd och stöd och utbildningshandläggare Hampus Åqvist vid polisen i Malmö för råd och användbara kontakter som jag har haft nytta av under arbetets gång.

Tack också till ämnesrådet Joel Brorsson på Justitiedepartementet, byråchefen Stefan Johansson på Åklagarmyndigheten för material och svar på frågor och till kommissarien Ulf Lindström, chef för narkotikaroteln i Malmö, som tog sig tid till samtal och som gav mig nya infallsvinklar till problemställningen.

Till sist vill jag tacka jur. kand. Pia Sellers för språkgranskning av uppsatsen.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur:

Asp, Petter, *Straffansvar vid brottsprovokation*. Göteborg 2001, Upplaga 1:1

Axberger, Hans-Gunnar, *Brottsprovokation*. Stockholm: Juristförlaget, 1989, skriftserien nr 25

Axberger, Hans-Gunnar, *Flores juris et legum: festskrift till Nils Jareborg, 'Brottsprovokation- en uppdatering'*. Uppsala: Iustus 2002

Helmius, Ingrid, *Polisens rättsliga befogenheter vid spaning*. Uppsala: Iustus 2000, Serie: Skrifter från Juridiska fakulteten i Uppsala, 84

Lundqvist, Ulf, '*Polisprovokation och bevisförbud*'. SvJT 1999 s.903-911

Munck, Johan och Berggren, Nils-Olof, *Polislagen: en kommentar*. Stockholm: Nordstedt 1989

Offentligt tryck:

JO 2000/01 s.134

JO 1971 s.55

JO 1973 s.91

Polisens insatser mot narkotika, Narkotikakommissionen PM nr. 5
September 1983

Prop. 1983/84 s.111 med förslag till polislag m.m.

RÅ 2007:1, Riksåklagarens riktlinjer, *Handläggning av provokativa åtgärder*, beslutade 12 mars 2007

RättsPM 2007:4 *Provokativa åtgärder*, Brottmålsavdelningen,
Åklagarmyndigheten, mars 2007

SOU 1982:63 *Betänkande av 1981 års polisberedning*

SOU 2003 :74 *Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen, samt remissvar*

SPANARK- *Spaning mot organiserad narkotikabrottslighet*,
Rikspolisstyrelsen, Rapport 1980-06-12

UNODC Legal advisory section, *Informal expert working group on special investigative techniques*, Best practices and recommendations on legal challenges for controlled deliveries and undercover operations September 2005

Rättsfallsförteckning

Svenska domstolar:

NJA 1951 s.111	27
NJA 1953 s.582	27
NJA 1960 s.522	32
NJA 1075 s.625	32
NJA 1985 s.544	33
NJA 1988 s.665	28
NJA 1989 s.498	34
HovR B830-06	35

Europadomstolen:

<i>Texeira de Castro mot Portugal</i> , ECHR, Rep.1998-VI s.1451	33
------------------------------------------------------------------	----

Europakommissionen:

Appl. No. 22463/93 <i>Müller mot Österrike</i> ,	36
Appl. No. 34225/96 <i>Shahzad mot Storbritannien</i>	36
Appl. No. 32715/96 <i>K.L. mot Storbritannien</i>	36