



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Erik Pousard

Brottsprovokation
- Gränser och konsekvenser i svensk rätt -

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Gunnar Bergholtz

Straff- och processrätt

VT 2005

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Allmänt	5
1.2 Syfte	5
1.3 Avgränsningar	5
1.4 Metod och material	5
1.5 Disposition	6
2 UTGÅNGSPUNKTER	7
2.1 Terminologi	7
2.1.1 Okonventionella spaningsmetoder m.m.	7
2.1.2 Provokationsbegreppet	8
2.1.3 Agent provocateur	9
2.2 Några noter om integritet	10
2.2.1 Skydd för personlig integritet i svensk rätt	11
2.3 Maktutövning	12
2.3.1 Något om de principer som skall styra maktutövningen	12
3 PROVOKATIONS TILLÅTLIGHET	14
3.1 Brott- och bevisprovokation	14
3.1.1 Doktrin	15
3.1.1.1 Asp	15
3.1.1.2 Axberger	16
3.2 Praxis från JO och JK	17
3.2.1 Kommentarer	18
3.3 Provokation som polisiär arbetsmetod	18
3.3.1 Principer och riktlinjer	18
3.3.1.1 Besluts- och dokumentationskraven	20

3.3.1.2 Misstankens styrka	21
3.3.1.3 Brottslighetens grad	22
3.3.2 Praxis från JO och JK	22
3.3.2.1 Anmärkningar i anslutning till Harley-Davidson-målet	26
3.3.3 Polisiära avvägningar, proportionalitet och behov	26
3.3.4 Krav på provokatören	28
4 DEN PROVOCERADES ANSVAR	30
4.1 Allmänt	30
4.2 Praxis	31
4.3 Provokation som straffflindringsgrund?	33
5 PROVOKATÖRENS ANSVAR	36
5.1 Provokatörens straffansvar	36
5.1.1 Provokatörens fulla gärningsmannaskap	37
5.1.2 Medverkansansvar	37
5.1.2.1 Typfall 1 – Bristande uppsåt vid ”försöksprovokation”	38
5.1.2.2 Typfall 2 – Förebyggande av skada	39
5.2 Allmän straffrihetsgrund för provokatören?	39
5.3 Tjänstefel	40
5.4 Praxis	41
5.4.1 Kommentarer kring NJA 1988 s. 665	44
6 PROVOKATION OCH BEVISFÖRBUD?	46
6.1 Bevisförbud pga. av otillåten provokation?	46
6.1.1 Fri bevisprövning	46
6.1.2 Allmänt om bevisförbud	47
6.1.2.1 Kritik mot konstruktionen	49
6.1.3 Europakonventionen	49
6.1.4 Praxis från Europadomstolen	50
6.1.4.1 Artikel 8	50
Fallet Lüdi	50
6.1.4.2 Artikel 6	50
Texeira de Castro mot Portugal	52
6.1.5 Europadomstolen och rättsföljd av otillåten provokation	54
6.1.5.1 Bevisförbud i svensk rätt genom Europakonventionens efterlevande?	54
6.2 Alternativa lösningar	56
6.2.1 Processhinder	56
6.2.2 En tysk lösning på de Castro-problemet	57

7 BÖR BROTTSPROVOKATION LAGREGLERAS I SVENSK RÄTT?	59
7.1 SOU 2003:74	59
7.1.1 Behov och form	59
7.1.2 Närmare om provokationsregleringen	60
7.1.2.1 Graden av misstanke och brottsligheten grovhet	61
7.2 Kritik mot förslaget	61
7.2.1 JO	61
7.2.2 JK	64
8 SAMMANFATTANDE REFLEKTIONER	65
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	69
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	71

Sammanfattning

För att bemöta grov organiserad brottslighet krävs det att polisen ges ökade befogenheter, exempelvis genom möjligheterna till att begagna sig av s.k. okonventionella spaningsmetoder. Polisiära provokationer utgör en sådan metod. Med provokation i detta sammanhang avses att någon lockas eller utmanas till en handling som kan vara besvärande för denne eller någon i dennes närhet. Det anses tillåtet att en provokation genomförs i syfte att få fram bevisning (bevisprovokation) medan det anses otillåtet att polisens handlande företas i syfte att förmå någon att begå ett brott (brottsprovokation).

Genom bl.a. RF 1 kap. 2 §, RF: s andra kapitel samt Europakonventionen ges ett skydd för den enskildes integritet, vilken anses kunna kränkas genom polisiära provokationer. Provokativa åtgärder är oreglerade i svensk rätt, men det har utkristalliserats vissa principer som bestämmer en provokations tillåtlighet, enligt följande:

- det måste föreligga en stark misstanke om brott
- det skall röra sig om allvarlig brottslighet
- behovs- och proportionalitetsprinciperna skall beaktas
- provokationsbeslutet skall fattas av åklagare
- provokationsåtgärden skall noga dokumenteras

Huvudspörsmålet för bestämmandet av en provokationsåtgärds tillåtlighet är dock att avgöra huruvida den provocerade kommit att begå ett brott denne annars inte skulle ha begått. Är svaret på frågan jakande är provokationen att anse som otillåten. Genom att erforderlig hänsyn tas till de nyss utpräknade principerna kan detta undvikas.

I svensk rätt anses inte den provocerades rättsliga ansvar för den framprovocerade gärningen begränsas pga. den föregående provokationen. I praxis har uttalats att det krävs att provokationen framstår som uppenbart otillbörlig för att den provocerade skall kunna åtnjuta strafflindring.

Vid en provokationsåtgärd är det inte otänkbart att provokatören formellt uppfyller vad som krävs för gärningsmannskap eller medverkan. Ändock har provokatörens handlande inte ansetts ansvarsgrundande, vilket har förklarats med resonemang om att denne inte har erforderligt uppsåt eller att denne agerar i samma syfte som kriminaliseringen avser att skydda. Det brukar sägas att provokatörens handlande inte är rättsstridigt. I åklagarpraxis har problemställningen i undvikits. Detta kan delvis förklaras av att reglerna om tjänstefel i tillräcklig mån anses sätta gränserna för polisens agerande. Somliga menar dock att det är eftersträvansvärt att lagligen införa en straffrihetsgrund för provokatören.

Det har diskuterats om bevisförbud kan aktualiseras i svensk rätt pga. att en otillåten provokation genomförts. Så har skett i Europadomstolens praxis

och Europakonventionen har full rättsverkan i Sverige. En provokation som anses otillåten enligt svensk rätt synes även vara otillåten i Europakonventionens mening. Enligt Europadomstolens praxis skall det dock bedömas huruvida förfarandet i sin helhet är att anse som rättvist, varför det ändå kan antas att konventionsstaterna ges viss handlingsfrihet. Det är på sin plats att i sammanhanget erinra om den fria bevisprövningens grundläggande och centrala roll i det svenska rättssystemet. Det har därför framförts alternativa lösningar, till det för svensk rätt främmande, institutet bevisförbud.

Nyligen har det i en SOU framförts förslag på lagreglering av provokationsinstrumentet. Lagförslaget har på ett flertal punkter kritiserats, främst av JO.

Förord

Vill tacka min handledare Gunnar Bergholtz för all hjälp och uppmuntran i samband med mitt författande av denna uppsats. Vill även tacka institutionssekreteraren Ingela Brandt för all administrativ och praktisk hjälp. Slutligen vill jag självklart även tacka min familj för allt stöd jag fått.

Förkortningar

A. a.	Anfört arbete
ADB	Automatisk databehandling
Art.	Artikel
BHG	Bundesgerichtshof
BrB	Brottsbalk
BRU	Beredningen för rättsväsendets utveckling
Cit	Citeras
Dnr	Diarienummer
ECHR	European Court of Human Rights
FL	Förvaltningslagen
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JK	Justitiekanslern
JO	Justitieombudsmannen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NTfK	Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab
PolisL	Polislagen
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
SOU	Statens offentliga utredningar
S. s.	Samma sida
SvJT	Svensk juristtidning
Uppl.	Upplaga

1 Inledning

1.1 Allmänt

Denna uppsats behandlar det något kontroversiella ämnet brottsprovokation. Dagligen rapporteras från medier att organiserad brottslighet ökar och tar sig nya former. För att kunna bemöta denna verklighet menar många att polisen bör ges utökade resurser och befogenheter i sitt brottsbekämpande arbete. De så kallade okonventionella spaningsmetoderna är verktyg polisen kan begagna sig av vid bekämpandet av den organiserade brottsligheten. Bland dessa okonventionella spaningsmetoder märks provokativa åtgärder.

Det kan dock ifrågasättas i vilken grad polisen får medverka till att ett brott begås. Förutom att det är straffbart i sig att anstifta eller medverka till att en kriminaliserad handling begås synes även polisiära provokationer strida mot de brottsförebyggande uppgifter som tillkommer polisen. Det kan aldrig hävdas att polisen regelmässigt får förmå samhällets medborgare att begå brott, ändamålet kan bara helga medlen till en viss gräns. Överskrids denna gräns förbrukar staten det förtroendekapital den tilldelats av dess medborgare och det allmänna rättsmedvetandet riskerar att skadas.

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att beskriva inom vilka ramar en provokation kan få utföras. För det fall att provokationshandlingen överskridit vad som kan anses vara tillåtet undersöks i uppsatsen vad detta kan få för konsekvenser för såväl den provocerade som för provokatören. Särskilt undersöks om bevisning som åtkommit genom en otillåten provokation får användas mot den provocerade i en efterföljande rättegång. Frågan huruvida provokation lämpar sig som föremål för en lagreglering belyses även.

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen belyser främst svensk rätt. Ingående komparativa jämförelser utelämnas, ett *exempel* från tysk rätt har dock inhämtats. Äldre rättsteoretisk doktrin som behandlar provokationsrelaterade spørsmål är inte heller föremål för närmare studier i denna uppsats utan redogörs översiktligt.

1.4 Metod och material

Uppsatsen är främst av deskriptiv natur då den pretenderar på att ge en överskådlig bild av gällande rätt. Vissa slutsatser och förslag framförs i det avslutande kapitlet.

Två standardverk inom ämnesområdet har varit till stor hjälp i mitt arbete. Det rör sig om Petter Asps "Straffansvar vid brottsprovokation" samt Hans-Gunnar Axbergers "Brottsprovokation". Den sistnämnde har även författat en skarpsinnig artikel i en festskrift med titeln "Brottsprovokation – en uppdatering", som i det närmaste har fungerat som en utgångspunkt för mitt arbete.

Vid sidan härav har svensk domstolspraxis studerats liksom fall från JO, JK och Europadomstolen. Ett tyskt fall är hämtat från Asps bok, då mina kunskaper i det tyska språket är helt obefintliga. Som brukligt är har även diverse lagförarbeten beaktats.

1.5 Disposition

Uppsatsens första avdelning syftar till att ge viss bakgrundskänedom om ämnets problematik. Häri behandlas de okonventionella spaningsmetoderna översiktligt, vissa terminologiska bestämmingar samt hur personlig integritet ställs mot den offentliga maktutövningen.

Nästa kapitel diskuterar provokationers tillåtlighet genom att inledningsvis beskriva den teoretiska indelningen mellan brotts- respektive bevisprovokation för att sedan rikta fokus mot de mer greppbara regler som polisen har att ta hänsyn till vid provokationsoperationer.

I de två efterföljande kapitlen diskuteras ansvarsfrågor för den provocerade och provokatören. Det sjätte kapitlet behandlar frågan huruvida bevisförbud pga. otillåten provokation kan inträda i en efterföljande rättegång.

I slutet av uppsatsen redovisas ett förslag om laglig reglering av provokationsinstrumentet och kritik mot detsamma. Avslutningsvis presenteras några personliga sammanfattande reflektioner.

2 Utgångspunkter

2.1 Terminologi

2.1.1 Okonventionella spaningsmetoder m.m.

Brottsprovokation ingår i den polisiära gråzon som brukar betecknas *okonventionella spaningsmetoder*. Begreppet introducerades i slutet på 1970-talet när Rikspolisstyrelsens s.k. Spanark-grupp presenterade en rapport.¹ I rapporten befanns det nödvändigt att bemöta den allt grövre narkotikabrottsligheten med mer offensiva polisiära insatser. Hans Holmér menade att eftersom brottsligheten kommit att bedrivas i mer organiserade former som på ett aktivt sätt förhindrar insyn krävs det att polisen "... utvecklar strategier som inte behövs användas vid traditionella brott."² I SOU 2003:74, "Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen", poängteras ånyo behovet av ökade polisiära befogenheter då den organiserade brottsligheten anpassar sig till en mer globaliserad värld.³ Gemensamt för de verksamheter som sorterar under kategorin okonventionella spaningsmetoder är att de kan framstå som tvivelaktiga ur rättsstats- och rättsäkerhetssynpunkt. Metoderna skall endast användas i undantagsfall i "särskilt kvalificerade utredningar".⁴

Trots avsaknaden av en definition av okonventionella spaningsmetoder ställer förarbetena upp tre principer som bör styra dessa:⁵

1. Polisen får aldrig själv begå ett brott för att efterforska eller avslöja brott,
2. Polisen får aldrig förmå någon annan att inleda en kriminaliserad handling, och
3. Polisen får aldrig underlåta att vidta åtgärder mot brott eller person som misstänks för brott.

¹ Prop. 1983/84:111, s. 47. "Spanark-rapporten": Rapport avgiven 1980-06-12 av en inom rikspolisstyrelsen tillsatt arbetsgrupp med uppgift att utarbeta förslag till metoder m.m. vid spaning mot narkotikabrottslighet. Då denna rapport utarbetades internt inom rikspolisstyrelsen samt att den i begynnelsen var hemligstämplad gör att dess status som rättskälla kan ifrågasättas. Terminologin från rapporten har dock i väsentliga delar använts i förarbeten, praxis och doktrin.

² Holmér, Hans, NTFK, 1984 s. 178. Författaren anger exempel på brottstyper som är svåra att upptäcka och som kan motivera provokativa åtgärder, såsom *victimless crimes* t.ex. narkotikabrott samt brott där det kan förväntas att offret har skäl att underlåta att anmäla exempelvis utpressningsbrott och mutbrott. Samma argument återfinns i SOU 2003:74 s. 114 f.

³ SOU 2003:74 s. 61 f.f.

⁴ A. a. s. 72.

⁵ Prop. 1983/84:111 s. 46 ff.

De olika okonventionella spaningsmetoderna baseras i stort sett på dessa principer, men för klarhets skull kan det vara motiverat att fortsättningsvis i uppsatsen betrakta brottsprovokation som en isolerad företeelse.⁶ Principerna kommer att behandlas närmare i kapitlet om provokationers tillåtlighet.⁷

2.1.2 Provokationsbegreppet

Det provokationsbegrepp som kommer att användas i detta sammanhang skiljer sig från ordets gängse innebörd i normalt språkbruk.⁸ För klarhets skull kan nämnas att provokationstermen i detta sammanhang inte är densamma som när någon begått brott exempelvis pga. ilska frambringad av brottsoffrets agerande. I polisberedningens betänkande från 1982 definierades provokation som ett handlande vilket innebar att polisen under förundersökning lockar eller utmanar en person till ett uttalande eller handlande som kan vara bevärande eller innebära negativa konsekvenser för honom eller någon i dennes närhet. I första hand riktas åtgärden mot någon som redan är misstänkt för något brott, men kan även riktas mot annan person som har betydelse för polisens utredning, såsom t.ex. ett vittne.⁹ Viktigt att notera är dock att det ej har utkristalliserat någon enhetlig innebörd av begreppet genom doktrin eller praxis.¹⁰

Vad beträffar termen ”brottsprovokation” kan det provocerande momentet bestå i psykiska angrepp som framkallar viss gärning eller underlättar dess utförande.¹¹ För att det skall handla om brottsprovokation krävs ett aktivt handlande från provokatören. Om handlandet självständigt initieras av gärningsmannen är det ej fråga om provokation även om den potentielle provokatören förhåller sig passiv eller spelar med i skeendet. Naturligtvis kan den följande utvecklingen i händelseförloppet göra att det är befogat att tala om provokation, även om initiativet kom från gärningsmannen. Det är fullt tänkbart att gärningsmannen vill avbryta det brott han påbörjat, men övertalas eller på annat sätt lockas att fullfölja agerandet. Även denna situation bör betecknas som provokation.¹²

Det kan hävdas att provokation innefattar moment av *tvång* då yttre faktorer påverkar en persons vilje- och känsloliv i viss riktning, varvid personen

⁶ Vid sidan av brottsprovokation märks bland de okonventionella spaningsmetoderna infiltration, agentverksamhet, desinformation, hemlig avlyssning och TV-övervakning.

⁷ Uppsatsens tredje kapitel.

⁸ I normalt språkbruk torde provoaktionsbegreppet i princip vara synonymt med retning, som syftar till att framkalla en besvärande känsla för den provocerade. I denna text är utgångspunkten att provokationen syftar till att framkalla en brotlig vilja eller handlande.

⁹ SOU 1982:63 s. 129 f.

¹⁰ Axberger, Hans-Gunnar, *Brottsprovokation*, Stockholm, 1989. s. 8. [Cit. Axberger I].

¹¹ A. a. s. 7. Termen innefattar med andra ord handlingar som i normalt språkbruk inte är att anse som provokationer. Axberger, Hans-Gunnar, *Brottsprovokation – en uppdatering. Flores juris et legum : festskrift till Nils Jareborg*, Uppsala, 2002. s. 62. [Cit. Axberger II].

¹² A. a. s. 53.

bestämmer sig för ett visst beteende och handlar i överensstämmelse med detta beslut.¹³ Brottsprovokation torde falla in på vad Olivecrona avser med personella tvångsmedel, dvs. åtgärden innebär att en person utsätts för ett tryck som medför en inskränkning i den allmänna medborgerliga friheten.¹⁴ Polisrättsutredningens definition av tvångsmedel byggde på Olivecronas uppfattning, då det konstateras att tvångsmedel är ingrepp mot de rättigheter för enskilda som skyddas av regeringsformen eller Europakonventionen. I delbetänkandet ”Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen”, SOU 2003:74, ges samma grundsyn på provokationsinstrumentet och denna utredning föreslår att provokativa åtgärder skall behandlas som ett straffprocessuellt tvångsmedel vid förundersökningen, förutsatt att det handlar om brott som har fängelse i straffskalan.¹⁵

2.1.3 Agent provocateur

Ordet provokation härstammar i rättsligt sammanhang från det franskklingade och internationellt vedertagna, uttrycket *agent provocateur*.¹⁶ Tidigt uttalades i svensk doktrin att en agent provocateur är en person som förleder andra att begå en brottslig handling för att dessa skall ådraga sig straff. Motiveringen till denna ståndpunkt stod att finna i resonemang som hävdade att provokatören inte ville åstadkomma någon materiell rättighetskränkning, utan snarare sökte förhindra den brottsliga effekten.¹⁷ I senare svensk doktrin har begreppet definierats som ett handlande där provokationen ligger nära anstiftan till brott, med skillnaden att provokatören ej har uppsåt att brottet skall komma till fullbordan.¹⁸

I ett straffrättsligt perspektiv reser agent-provocateur konstruktionen principiella frågor såsom huruvida provokatörens handlande kan grunda ansvar (varvid medverkansläran aktualiseras) och om provokationen på något sätt påverkar den provocerades ansvar samt om provokationen kan föranleda någon form av påföljdsrabatt. Diskussionen om agent provocateur har på senare tid i svensk doktrin ersatts av uppdelningen mellan brotts- respektive bevisprovokation.¹⁹

¹³ Helmius, Ingrid, *Polisens rättsliga befogenheter vid spaning*, Uppsala, 2000. Se s. 24 f. och däri refererad litteratur.

¹⁴ Olivecrona, Karl, *Rättegången i brottmål enligt rättegångsbalken*, 3:e uppl., Lund, 1968 s. 214.

¹⁵ Se närmare om utredningens förslag och slutsatser i uppsatsens 7:e kapitel. JO anser dock inte att provokation utgör ett straffprocessuellt tvångsmedel, se avsnitt 7.2.1.

¹⁶ Ordet agent torde innefatta myndighetsagenter i allmänhet och ej enbart polisprovokatörer, vilket kanske känns naturligt vid första anblick. Som exempel på myndighetsagenter tar Axberger upp fall där agenten på myndighets uppdrag uppviglar demonstranter för att på så sätt legitimera en regims efterföljande våldshandlingar. Axberger I s. 7 f.

¹⁷ Axberger II s 67. Det har hävdats att den provokativa åtgärden inte var rättsstridig, jmf Johan Muncks uttalande i NJA 1989 s. 498, refererat i avsnitt 4.2 nedan.

¹⁸ Asp, Petter, *Straffansvar vid brottsprovokation*, Uppl. 1:1, Stockholm, 2001. s. 20 f.

¹⁹ Axberger I s. 9.

2.2 Några noter om integritet

Det hävdas ofta i samband med diskussioner kring utökade polisiära befogenheter att dessa kan komma att kränka medborgarnas personliga integritet. Jag har därför funnit det motiverat att kort redogöra för vad detta, svårdefinierade begrepp kan innebära.

Det saknas en universell definition på begreppet integritet.²⁰ Anledningarna till detta är flera; vad som innefattas av respekt för privatlivet skiljer sig mellan olika kulturer och platser och ytterst är det den enskilda individens egna känslor, upplevelser och värderingar som avgränsar dennes privata sfär.²¹ Klart är dock att termen integritet innefattar ett befogat intresse för den enskilde att få vara ifred.

En återkommande frågeställning är hur långt det skyddsvärda området sträcker sig. Detta område är mycket svårt att på förhand bestämma, möjligtvis kan det bildas en uppfattning efter det att integriteten har kränkts. I övrigt får integriteten preciseras för sig i varje enskild situation där ett eventuellt integritetsintrång värderas.²² På senare tid har integritetsdiskussioner aktualiserats i takt med att samhället kunnat tillgodogöra sig ny teknik för att samla in uppgifter om enskilda personer.²³

Ur ett samhällsligt perspektiv är det naturligtvis viktigt att integriteten respekteras för att inte medborgarnas förtroende för samhällets institutioner urholkas. Detta förtroende kan säkerligen komma i gungning om medborgarna exempelvis upplever att det finns en risk att polisen regelmässigt provocerar enskilda medborgare att begå brott. En dylik förtroendeskada kan ur ett samhällsligt perspektiv anses väga tyngre än det faktum att polisens arbete blivit mer effektivt.²⁴ Provokationsinstrumentet är oreglerat i svensk rätt men i SOU 2003:74 framförs att en laglig reglering av arbetsmetoder som redan används - men saknar positivt lagstöd - ökar skyddet för den personliga integriteten och stärker rättssäkerheten. En reglering ökar förutsägbarheten samt att risken att metoderna används på ett felaktigt sätt reduceras.²⁵

²⁰ Helmius s. 27. SOU 2003:74 s. 68. Ordet ”integritet” härstammar från latinets *integer*, vilket betyder hel eller ren, Helmius s. 96.

²¹ Helmius s. 97. Ang. begreppet ”privatliv” hänvisas för fördjupande studier till Helmius s. 99 ff. med noter.

²² SOU 2003:74 s. 68.

²³ Helmius s. 105.

²⁴ SOU 2003:74 s. 69, Axberger I s. 62.

²⁵ SOU 2003:74 s. 69. Mer om detta förslag till reglering i kapitel 7 nedan.

2.2.1 Skydd för personlig integritet i svensk rätt

Trots att integritetsbegreppet inte är rättsligt definierat återfinns diverse integritetsstadganden i internationella konventioner och svensk rätt.²⁶

Av regeringsformen 1 kap. 2 § tredje stycket framgår att det allmänna skall värna den enskildes privat- och familjeliv. Lagregeln är dock inte en rättsligt bindande regel, utan har karaktären av ett s.k. målsättningsstadgande. Anledningen härför var att lagstiftaren insåg svårigheterna med att ge begreppet integritet en tillräckligt klar avgränsning.²⁷ Det saknas någon allmän rättsgrundsats eller generell rättsregel till skydd för den personliga integriteten i svensk rätt. Med stadgandet i regeringsformen vill dock lagstiftaren på grundlagsnivå markera att den enskildes rätt till en privat sfär är grundläggande, om än inte absolut, i ett demokratiskt samhälle.

Stadgandet i RF 1 kap. 2 § kompletteras av de bindande föreskrifterna om grundläggande fri- och rättigheter som följer av regeringsformens andra kapitel. En väsentlig skillnad mellan regeringsformens inledande kapitel kan förenklat uttryckas som att det första kapitlet erbjuder den enskilde ett skydd *med hjälp* av det allmänna medan det nästföljande kapitlet skyddar medborgarna *mot* det allmänna. Det andra kapitlet manar det allmänna att förbli passivt såtillvida inte lagstöd finns.²⁸ De begränsningar av 2 kap. regeringsformen som kan göras följer av 2 kap. 12 §, vilken stipulerar att ändamålen med begränsningarna måste vara godtagbara i ett demokratiskt samhälle.

Straffrättsligt skydd mot integritetsintrång återfinns vidare i 4 kap. Brottsbalken, vilket innehåller bestämmelser om brott mot frihet och frid. Ett ytterligare exempel på integritetsskyddande lagstiftning står att finna i BrB 20 kap. § 1, vilken stadgar ett ansvar för tjänstefel vid felaktigt handskande med personuppgifter vid myndighetsutövning. Likaledes finns det en uppsjö av integritetsskyddande bestämmelser i annan lagstiftning.²⁹

I denna uppsats är det kränkningar av den *ideella integriteten* som diskuteras, dvs. intrång i den enskildes privatliv och/eller personlighet.

²⁶ Exempel på integritetsstadganden i internationella konventioner återfinns i Europakonventionens art. 6 och 8, vilka summariskt behandlas i avsnitt 6.1.4.

²⁷ SOU 1975:75 s. 168 f.

²⁸ Helmius s. 120 f. En regel i andra kapitlet som dock inte är konstruerad på detta sätt är 2 kap. 3 § andra stycket, vilken föreskriver att alla medborgares personliga integritet skall skyddas när uppgifter om denne är föremål för registrering genom ADB. Lagrummet stadgar att utsträckningen av detta skydd närmare skall bestämmas i lag, men det anmärkningsvärda är att begreppet personlig integritet används direkt i grundlagstexten, trots avsaknad av definition. Lösningen är att låta begreppet på en särskild innebörd i de framtida lagar som stiftas för specifika problem.

²⁹ Exempel på integritetsskyddande regler återfinns bl.a. i Sekretesslagen (1980:100) och i Personuppgiftslagen (1998:204).

Polisiära åtgärder som innebär manipulation eller deltagande i händelseförlopp kan kränka denna form av integritet.³⁰

2.3 Maktutövning

I tidigare avsnitt har jag kort beskrivit integritetsbegreppet, i detta underkapitel redogörs översiktligt för begreppet maktutövning, vilket kan kontrastera mot integritetsbegreppet.

Begreppen makt- och myndighetsutövning inte är synonyma, även om de stundtals används så. Myndighetsutövning är en juridisk-teknisk term medan maktutövning inte är vidare rättsligt definierat. Myndighetsutövning är reglerat i förvaltningslagen, vilken dock undantar polisens brottsbekämpande verksamhet från huvuddelen av lagens tillämpningsområde (FL 2,32 § §). Polisiärt brottsbekämpande arbete betraktar jag som en form av statlig maktutövning, vilken regleras av principer som framgår av 2 kap. RF.

Ett samhälles medborgare har ett befogat intresse av att allmän ordning och säkerhet upprätthålls. Det är därför nödvändigt att statens förvaltningsorgan har tillräckliga maktmedel till hands för att effektivt kunna uppfylla de uppgifter de tilldelats. Detta intresse kan inte tillgodoses fullt ut utan att statsmakten stundtals nödgas påverka enskilda intressen. Maktutövningen får dock inte ske godtyckligt, utan måste ske på ett sådant sätt som tryggar rätts säkerheten. Maktutövningen får inte överskrida ramen för myndighetens allmänna behörighet.³¹

För att polisen på ett effektivt sätt skall kunna bekämpa brottslighet krävs det att de har tillräckliga maktmedel och resurser. Å andra sidan begränsas de polisiära befogenheterna med hänsyn tagen till enskildas fri- och rättigheter. Det är i sammanhanget således fråga om en balansgång. Utgångspunkten för exempelvis ett polisiärt åtagande mot en enskild måste föregås av en avvägning där åtgärden måste motiveras utifrån hänsyn till skydd för demokrati och rättstaten.

2.3.1 Något om de principer som skall styra maktutövningen

Maktutövningen måste vara målorienterad i den mening att makten skall användas för att uppnå ett visst syfte, *ändamålsprincipen* skall följas. De begränsningar av de fri- och rättigheter i 2 kap RF, vilket 12 § andra stycket RF medger, får aldrig gå utöver de ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. I en polisiär kontext innebär detta att maktanvändningen inte får bero på den enskilde polismannens egna fria

³⁰ Helmius s. 124.

³¹ A. a. s. 55.

bedömning av vad som ändamålet kan kräva i det enskilda fallet. Ett ingripande måste ske i det syfte som den tillämpade bestämmelsen är avsedd att uppfylla. Ändamålsprincipen hindrar således att lagarna tillämpas i något annat syfte än de är avsedda för. Den kompletterar således *legalitetsprincipen*. Detta medför att polisen inte skall låta sig vägledas av andra intressen, något som innebär krav på saklighet och opartiskhet, vilket ger uttryck för ytterligare en princip; *objektivitetsprincipen*.³²

Det är inte tillräckligt att en åtgärd har formellt lagstöd och att den fyller kravet på ändamålsenlighet, utan ytterligare krav ställs på åtgärdens tillåtlighet enligt vad som följer av *behovs-* och *proportionalitetsprinciperna*.³³ Proportionalitetsprincipen innebär att det skall råda proportionalitet mellan tyngden av det intresse som motiverar våldsanvändning och graden av våld. Annorlunda uttryckt skall inte mer våld än vad nöden kräver användas. Behovsprincipen stadgar att ett visst ingripande bara får ske när det finns ett påtagligt behov och att ett lindrigare ingripande framstår som otillräckligt.³⁴ Vidare skall det maktmedel som innebär minsta möjliga ingrepp för den enskilde alltid väljas. Det krävs att integritetsintrånget är rättfärdigat, annars finns det risk att medborgarnas förtroende för rättsväsendet och polisen urholkas. Härutöver ställs det i ett rättsamhälle krav på att maktutövningen är normbunden, vilket följer av *legalitetsprincipen*.³⁵ Till sist kontrolleras myndigheternas verksamhet av andra myndigheter och av allmänhet, vilket fungerar om en rättsgaranti.

Givetvis är det omöjligt att formulera precisa bestämmelser som anger hur en polisman skall agera i det enskilda fallet, ett visst mått av handlingsfrihet ankommer på den enskilde polismannen och får inom vissa ramar göra en bedömning av vilken åtgärd som är lämpligast. Polismannens agerande måste dock kunna motiveras utifrån de principer som här räknats upp.

³² Helmius s. 66 f.

³³ A. a. s. 72 f.

³⁴ SOU 2003:74 s. 72.

³⁵ En sammanfattande historik beträffande principens framväxt och innehåll återfinns i Helmius s. 59 ff. Helmius bok innehåller vidare hänvisningar till fördjupande litteratur samt komparativa jämförelser.

3 Provokations tillåtlighet

Det finns, som tidigare nämnts, ingen tydlig laglig reglering beträffande provokativa åtgärder i svensk rätt. I stället hänvisas i litteraturen till uppdelningen mellan bevis- respektive brottsprovokation.

3.1 Brott- och bevisprovokation

Enligt de principer som styr polisärt arbete får polisen aldrig provocera någon eller i annat fall förmå någon att inleda en brottslig aktivitet. Om fallet skulle vara det omvända torde polisen formellt uppfylla kraven för anstiftan. Det finns dock en acceptans för att polisen stundom skall kunna få använda sig av provokativa åtgärder. Tillåtligheten motiveras utifrån den speciella och grova brottsligheten som den okonventionella polisiära arbetsmetoden, i vårt fall provokationen, avser att bekämpa.

Termen *bevisprovokation* syftar till att beskriva de situationer där provokation är tillåten. Utgångspunkten är att det rör sig ett framprovocerande av bevis beträffande förhållanden som för polisen redan är kända men svåra att bekräfta i bevishänseende. Främst skall det röra sig om redan begånget brottslighet, men även planerad brottslighet kan vara föremål för bevisprovokation.³⁶ Ett krav på misstanke ingår således redan i definitionen av begreppet.³⁷ Tanken är att detta begrepp skall kontrastera mot den otillåtna brottsprovokationen där polisen provocerar med syfte att framkalla brott som föranleder bestraffning.³⁸ Distinktionen mellan brotts- och bevisprovokation synes vara unik för svensk rätt.

Uppdelningen mellan brotts- och bevisprovokation kan knappast betecknas som lyckad vid ett närmare studium. Begreppen är ej tillräckligt avgränsade mot varandra; en åtgärd kan vara bevisprovokation ifråga om säkrandet av bevisning av redan begånget brott samtidigt som åtgärden föranleder att ett nytt brott begås – åtgärden har således samtidigt formen av brottsprovokation.³⁹ Asp anför ett, i sammanhanget inte ovanligt, pedagogiskt typfall där en person innehar narkotika och provoceras att sälja denna. I förhållande till innehavet har polisen härmed troligen säkrat bevisning (bevisprovokation således) emedan provokationshandlingen samtidigt även innebär att ett nytt brott begås – brottsprovokation – då narkotikan överläts.⁴⁰ Terminologin på området är, som synes, luddig och var gränsen mellan brotts- och bevisprovokation går är svår att fastställa. Somliga menar att oklarheterna medför att det ställs höga krav på kontroll av

³⁶ SOU 1982:63, s. 130.

³⁷ Axberger I s. 52.

³⁸ Särskiljandet mellan brotts- och bevisprovokation anses härröra från Spanarkrapporten. Jfr Prop. 1983/84:111, s. 47.

³⁹ Axberger II s. 62 f. Asp s. 205 ff.

⁴⁰ Asp s. 205.

händelseförloppet utveckling.⁴¹ Huruvida det är möjligt att under hela provokationsförloppet bibehålla kontrollen så att förfarandet inte övergår till en renodlad brottsprovokation kan på goda grunder ifrågasättas.

Förutom att det är brottsligt i sig att provocera fram ett brott skulle en sådan polisiär arbetsmetod även strida mot 2 § polislagen, som stadgar att polisen har till uppgift att förebygga brott. En återkommande argumentering i debatten är att det skulle kunna vara acceptabelt med ”lättare” brottsprovokationer för att förebygga framtida, grövre och mer organiserad brottslighet. Ur detta vidgade perspektiv skulle agerandet kunna motiveras utifrån polisens brottsförebyggande funktion. JO har dock uttalat att förfarandets allmänt brottsförebyggande effekt inte skall få tillmätas betydelse vid bedömningen av den enskilda provokationshandlingen tillåtlighet.⁴² En dylik metod skulle även innebära en stor avvägningsproblematik för polisen då de har att bedöma nyttan av att underlåta att ingripa i det enskilda fallet. Med tanke på svårigheterna med att bedöma huruvida det rör sig om brotts- respektive brottsprovokation skall polisen allmänt sett iaktta stor försiktighet när ett dylikt ingripande är för handen.⁴³

3.1.1 Doktrin

3.1.1.1 Asp

Asp poängterar betydelsen av att *relatera* provokationen till det enskilda brottet. Om någon genom provokation förmås att begå ett brott är det fråga om *brottsprovokation* i förhållande till detta brott. Innebär samma åtgärd att det kastas ljus över tidigare brottslighet från samma gärningsman är det fråga om *bevisprovokation* i förhållande till denna brottslighet. Asp påpekar sammanfattningsvis att en och samma åtgärd kan utgöra: 1. *enbart bevisprovokation* (”*ren bevisprovokation*”), 2. *både bevis- och brottsprovokation* och 3. *enbart brottsprovokation*.⁴⁴ Enligt Asp kan det vara olyckligt att använda syftet som ett avgränsningskriterium för en provokationshandlings tillåtlighet eftersom syftet ej innefattar det brott som framprovocerats av den kombinerade bevis- och brottsprovokationen.⁴⁵

Beträffande tillåtligheten av provokationshandlingen menar Asp att när åtgärden endast har formen av bevisprovokation är den tillåten såtillvida att de principer som till uttryck i diverse rättskällor betraktas.⁴⁶ Asp hävdar vidare att även kombinationen av bevis- och brottsprovokation är tillåten under förutsättning att åtgärden vidtagits i enlighet med de principer som reglerar dylika åtgärder samt att det brott som framprovocerats *icke lagförs*.

⁴¹ SOU 2003:74 s. 115.

⁴² Jfr JO 2000/2001 s. 118.

⁴³ Helmius s. 184.

⁴⁴ Asp s 206 ff.

⁴⁵ A.a. s. 205.

⁴⁶ Se närmare om dessa principer i avsnitt 3.3 nedan.

Konsekvensen härav blir att de polisiära avvägningar som ligger till grund för agerandet ej behöver ta ställning till huruvida åtgärderna utgör brottsprovokation. Genom att underlåta att lagföra det framprovocerade brottet skulle agerandet vara att likställa med ren bevisprovokation.⁴⁷ Åtgärder som endast innebär brottsprovokation (enligt p.3 ovan) bör enligt Asp vara att anse som otillåtna då de i strid med gällande principer enbart syftar till att förmå någon att inleda ett brottsligt handlande.⁴⁸

3.1.1.2 Axberger

Med bevisprovokation avses enligt Axberger ett framprovocerande av en gärning som *syftar* att styrka bevisning om ett redan begånget brott. Denna ”syftes-konstruktion” skall kompletteras med ett krav innebärande att det åsyftade brottet skall vara föremål för stark misstanke.⁴⁹ Axberger fäster inte någon avgörande betydelse för bevisprovokationens tillåtlighet att ett eventuellt framprovocerat brott beivras. Syftet med provokationen är avgörande, resultatet av densamma är en fristående fråga. Vid en (otillåten) brottsprovokation är provokatörens syfte att framkalla den brottsliga gärningen.⁵⁰

Axberger söker bringa klarhet i begreppsförvirringen genom att formulera en tumregel innebärande att så länge syftet begränsar sig till att komma åt bevisning om ett redan begånget brott kan förfarandet betecknas som bevisprovokation, även om den leder till att offret förmås begå nya brott. Axberger menar dock att denna regel måste kompletteras med objektiva kriterier. En lösning är att fodra krav på misstanke av viss styrka angående det brott som provokationen avser att bevisa.⁵¹

Axberger påpekar att den terminologiska indelningen inte ger svar på frågan om provokationsåtgärdens *tillåtlighet*. Det kommer fortsatt att finnas situationer med otillåten bevisprovokation respektive tillåten brottsprovokation. Avgörande betydelse vid tillåtlighetsbedömningen bör enligt Axberger istället fästas vid spørsmålet om den provocerade uppmanats att begå ett brott som han annars inte hade utfört. Således kan brottsprovokation tillåtas såvida polisens åtgärder är modesta, enligt Axberger är direkta frestelser eller andra lockelser som är svåra att motstå att anse som otillåtna.⁵² Axberger fäster således avgörande betydelse vid hur hög graden av provokation (aktivitet från provokatörens sida) är i händelseförloppet.

⁴⁷ Asp hävdar att det förhållande att en bevisprovokation kan leda till brottsprovokation ofta är betingat av rena tillfälligheter, Asp s. 207. Invändningar mot Asps modell anføres i avsnitt 3.2.1. nedan.

⁴⁸ A. a. s. 208.

⁴⁹ Axberger I s. 11.

⁵⁰ A.a. s. 52.

⁵¹ A.a. s. 11. Axberger definierar bevisprovokation som en åtgärd för att framprovocera en gärning för att styrka ett begånget brott varom (stark) misstanke redan föreligger.

⁵² A.a. s. 52 ff.

3.2 Praxis från JO och JK

JO förfaller inte vara speciellt benägen att använda sig av termerna brotts- och bevisprovokation. I fallet JO 1977/78, s. 101, uppgav sig en polisman vara försäljare av illegal sprit, i syfte att komma åt bevisning mot den verkliga spritförsäljaren. JO uttalade att polismannens agerande var att ”jämställa med provokativt handlande” och därmed borde bedömas på ungefär samma sätt som en brottsprovokation. Polismannen fick kritik av JO för sitt val av arbetsmetod, men inga vidare åtgärder vidtogs mot honom.⁵³

JK-beslut 1982, A 28 - ”Fleming Broman-ärendet”⁵⁴

I det så kallade Fleming Broman-ärendet synes JK acceptera kombinationen av bevis- och brottsprovokation. Fleming Broman var en känd narkotikabrottsling som anlätades av polisen för att knyta andra personer till narkotikarelaterad brottslighet. Främst skulle Broman verka för att vissa personer förmåddes att sälja narkotika. Bromans arbete utmynnade i att två personer blev föremål för provokation. I det första fallet riktades provokationen mot en person som starkt misstänktes för ett fullbordat grovt brott och det bedömdes som mycket svårt att skaffa bevisning på annat sätt än genom provokation. JK ansåg att det var acceptabelt att försöka förmå denne person att sälja narkotika.

Den andra personen som skulle utsättas för provokation var inte föremål för en välgrundad misstanke. Det framkom att denne inte hade tillgång till narkotika, men att han kunde ordna saken från utlandet. Provokationen fullbordades inte då det på goda grunder ansågs föreligga en risk att den provocerade skulle kunna komma att begå ett brott han annars inte skulle ha begått. JK konstaterade att den planerade åtgärden var snarlik otillåten brottsprovokation.

JK uttalade: ”provokation får användas som spaningsmedel, när misstankar om betydande styrka föreligger om att fullbordat brott är för handen och provokationen endast syftar till att få misstankarna bekräftade”.⁵⁵ JK accepterade i detta fall den bevisning som erhöles beträffande *innehav* av narkotika genom att en överlåtelse av narkotikan framprovocerats. Enligt JK är inte en provokation acceptabel om det råder ovisshet huruvida brottet ändå skulle komma att bli begånget. JK villkorade inte tillåtligheten av bevisprovokationen med kravet på att underlåta lagföring av det framprovocerade brottet. Asp menar att ett dylikt villkor borde ha uppställts.⁵⁶

⁵³ Fall hämtat från Boutz, Kristina och Hultin, Owe *JO om förundersökning och tvångsmedel*. Uppl. 1:1. 1996, Stockholm. s. 337.

⁵⁴ JK-beslut. 1982, A 28. Dnr 536-82-22.

⁵⁵ A.a. s. 156.

⁵⁶ Asp s 207.

3.2.1 Kommentarer

JK: s uttalanden i Fleming Broman-fallet kan tolkas som att det ligger ett normativt krav i begreppet bevisprovokation; denna typ av provokation får inte syfta till att skaffa bevisning av den gärning som framprovocerats utan endast till lagföring av befintlig brottslighet. Asp tillägger i sammanhanget att åtal för ett framprovocerat brott ej får väckas.⁵⁷

Axberger ifrågasätter Asps villkorade konstruktion och ifrågasätter denna överensstämmer med gällande rätt. Om kravet på att stark misstanke om redan pågående brottslighet föreligger och det kan förutsättas att den brottsliga handlingen skulle ha ägt rum även utan provokationen, kan det inte kategoriskt hävdas att det framprovocerade brottet inte får lagföras.⁵⁸ Inte heller Europakonventionen synes uppställa samma krav som Asp framför.⁵⁹

Fästes avgörande betydelse för en provokationshandlings tillåtlighet till hur resultatet av åtgärden hanteras uppstår även en mängd praktiska problem. Trots att brottsligheten blivit framprovocerad står den tilltalade relativt maktlös inför ett stundande åtal. En åklagare som inte varit inblandad i själva provokationsbeslutet kan framföra att han inte är bunden av de begrundanden som föregick åtgärden. För denne åklagare gäller åtalsplikt och ingen egentlig grund för åtalsunderlåtelse föreligger. De enskilda polismännen som utfört provokationen kan på godtagbara grunder hävda att de handlat enligt de order eller instruktioner som de tilldelats i samband med att provokationsbeslutet fattas. Då brottsprovokation i svensk rätt inte utgör grund för ansvarsfrihet har domstolen å sin sida att döma för det som åtalats. Den som utsatts för en otillåten brottsprovokation har således inte i detta sammanhang några rättsliga garantier.⁶⁰

3.3 Provokation som polisiär arbetsmetod

3.3.1 Principer och riktlinjer

Frågan huruvida brotts- eller bevisprovokation är tillåten som polisiär arbetsmetod i svensk rätt är helt frikopplad från frågor som rör den provocerades eventuella ansvar.⁶¹ Polisens användning av provokation är oreglerad i svensk rätt. Några grundläggande principer för okonventionella spaningsmetoder har dock fastslagits i förarbeten och praxis.⁶²

⁵⁷ Asp s. 330.

⁵⁸ Axberger II s. 74 f.

⁵⁹ Se närmare om Europakonventionen avsnitt 6.1 nedan.

⁶⁰ Axberger II s. 74 f.

⁶¹ Asp s. 200 f.

⁶² Jfr SOU 1982:63 s. 140 ff. Kraven finner sin grund i proportionalitets- och behovsprincipen, vilka blivit föremål för laglig reglering i 8 § PolisL.

Den första av dessa principer anger att *polisen aldrig får begå en kriminaliserad handling för att efterforska eller avslöja ett brott*. Vissa undantag följer dock av denna huvudprincip; vissa av polisen företagna otillåtna handlingar kan bli tillåtna med hänvisning till BrB 24:4 (nöd), andra föreskrifter eller reduktionsslut utan direkt lagstöd exempelvis vid inköp av narkotika.⁶³

Nästa princip stadgar att *polisen aldrig får provocera eller förmå någon att inleda en brottslig aktivitet*, det är oacceptabelt att någon begår ett brott denne annars inte skulle ha begått. Möjligtvis kan det hävdas att detta följer redan av den första principen då det är frågan om att anstifta någon att begå ett brott, vilket i sig är en kriminaliserad handling. I vissa fall anses det dock vara acceptabelt att polisen inom vissa ramar förmår en gärningsman att avslöja sin brottslighet, varvid avgörande betydelse fästes på frågan huruvida polisen *förmått denne att begå ett brott han annars inte hade begått*. För polisen innebär detta att de inte får vara pådrivande, utan bör förhålla sig passiv i provokationsförfarandet.

Denna princip är dock svår att precisera, utgångstanken är en förställning om att brottet ändå skulle ha ägt rum ändå men vid en annan tid, annan plats och i samverkan med andra personer. När det talas om brott som annars skulle ha begåtts avses en brottslig gärning *av viss typ* och inte en specifik handling. Axberger hävdar att det allmänt kan sägas att det är tillåtet att framkalla den specifika gärningen, men det är otillåtet att väcka en brottslig vilja. Av detta följer att de provokativa åtgärderna måste vara förhållandevis passiva. Från fall till fall får bedömas hur pass aktiva åtgärder polisen får företa utan att passera gränsen för det otillåtna.⁶⁴ Principen kan vidare sägas vara av subjektiv karaktär då den utgår från den provocerades person. Den objektiva sidan tar i första hand sikte på graden av aktivitet från provokatörens sida, och huruvida denne följt de formella riktlinjerna för en tillåten provokation. Axberger menar dock att en prövning enligt båda synsätten medför samma resultat, då det är i grund och botten den provocerades brottsbenägenhet som avgör.⁶⁵

Till sist anförs en tredje princip innebärande att *polisen av spaningsskäl aldrig får underlåta att vidta föreskrivna åtgärder mot brott eller en för brott misstänkt person*. När polisen får kännedom om att ett brott förövats skall förundersökning inledas, dock anses det under vissa omständigheter tillåtet för polisen att avvakta med erforderliga åtgärder vid exempelvis s.k. kontrollerade leveranser, så länge ett senare ingripande kan säkerställas.⁶⁶

Axberger finner, i principerna ovan, ett outtalat krav på att åtgärden måste vara objektsanknuten dvs. att den skall vara riktad mot viss person eller viss

⁶³ Asp s. 195.

⁶⁴ Axberger I s. 28 f. 62 f.

⁶⁵ Axberger II s. 69.

⁶⁶ Asp s. 196.

verksamhet.⁶⁷ Utöver dessa grundläggande principer har ett antal krav för provokationers tillåtlighet utkristalliserat sig i gällande rätt. Dessa krav finns beskrivna i en mängd olika sammanhang. Det rör sig om att:

- Det skall föreligga en *stark misstanke* om brott.
- Endast vid *allvarlig brottslighet* får provokation användas.
- *Behovs- och proportionalitetsprinciperna* skall beaktas (vilka framgår av 8 § PolisL).
- Provokationsbeslutet skall fattas på *chefs nivå* (av åklagare främst).
- Noggrann *dokumentation* måste föras beträffande provokationsåtgärden.

Inte heller punkterna ovan är lagfästa. Axberger menar att en laglig reglering av punkterna skulle kunna leda till fördelar i form av klarhet och tillgänglighet.

3.3.1.1 Besluts- och dokumentationskraven

23 kap. RB styr hur en förundersökning skall bedrivas. Grundläggande är att förundersökningen skall ledas av åklagare så snart någon misstänks för brott, såvida inte saken är av enkel beskaffenhet enligt RB 23:3. Som ovan framgått krävs det att brottsligheten skall vara grov för att en provokation skall kunna aktualiseras. Om brottsligheten är av enklare natur är således bevisprovokation utesluten. Är någon skäligen misstänkt för brott är det bara åklagaren, i egenskap av förundersökningsledare, som har att fatta beslut om provokation. Även i de fall då gärningsmannen är okänd är det åklagare som skall fatta beslut om provokation då det i dessa fall får anses vara påkallat av särskilda skäl, enligt samma lagrum. Ett provokationsbeslut får aldrig fattas av den enskilde polismannen ute på fältet. Polisberedningen ansåg dock att polisman i chefsbefattning kunde fatta beslut om provokation.⁶⁸ Denna uppfattning har på senare tid övergivits i linje med JO: s uttalanden, som stipulerar att åklagare ensam är behörig att fatta provokationsbeslut. Denna regel vill garantera att åtgärden är noga övervägd och kontrollerad. Det är dock lämpligt att åklagarens beslut sker i samråd med polisbefäl, samt att polisen ges frihet att närmare utforma det praktiska genomförandet av provokationen.⁶⁹

Det skärpta dokumentationskravet motiveras främst av att åklagaren skall ges en korrekt helhetsbild av provokationsförfarandet.⁷⁰ Om dokumentationen är bristfällig kan det i efterhand vara svårt att avgöra om provokationen varit motiverad och genomförts på ett korrekt sätt. Dokumentationskravet kan således motiveras utifrån den enskildes

⁶⁷ Axberger I s. 23. Resonemang kring riktade/oriktade provokationer se avsnitt 3.3.2.1.

⁶⁸ SOU 1982:63, s. 142.

⁶⁹ Jfr. JO 1997/98 s. 118 (s. 130 f.).

⁷⁰ SOU 2003:74 s. 117 f.

rättsäkerhetsskydd men även polisen borde ha ett motsvarande intresse av att kunna bevisa den misstänkta brottslighet som motiverat provokationen.⁷¹

Kravet på att beslut om provokation skall fattas på hög nivå samt reglerna beträffande dokumentationen har en viss betydelse vid bedömningen av provokationens tillåtlighet, men saknar i princip betydelse vid bedömningen av den provocerades ansvar.⁷²

3.3.1.2 Misstankens styrka

Kravet på misstanke av viss styrka syftar till att förhindra otillåtna provokationer och motiveras utifrån integritetshänsyn. Allmänt kan det hävdas att polisen inte får utsätta den enskilde för integritetskränkande åtgärder utan en välgrundad motivering. Det finns ingen rättskälla som närmare anger hur stark misstanke som krävs för att en provokation skall få företas.

Axberger konstaterar att misstankens styrka inte generellt kan bestämmas, samtidigt som misstankens förekomst och styrka bestämmer vad som är tillåtet respektive otillåtet. Rent allmänt måste det råda proportionalitet mellan misstankens styrka och den grad av ingripande en viss åtgärd innebär. Existerar en stark misstanke om brott kan denna motivera att ett brott framprovoceras i syfte att klarlägga tidigare eller befintlig kriminalitet. Det finns enligt samma författare god anledning att upprätthålla sambandet mellan misstankens styrka och den kränkning som provokationen innebär, vilket följer av principen att ingen skall förmås att begå ett brott denna annars inte hade begått. Axberger menar att detta innebär att misstanken som huvudregel måste ligga nära visshet.⁷³

Liksom vad som bör gälla beträffande dokumentations- och beslutsnivåkraven menar Asp att graden av misstanke mot den provocerade inte bör spela någon roll vid bedömandet av den provocerades ansvar.⁷⁴ Tankegången grundas på två huvudskäl, för det första är det oacceptabelt ur ett rättsstatligt perspektiv att särbehandla personer grundat enbart på misstankar. För det andra har graden av misstanke, likt vad som gäller beslutsnivå och dokumentation, inget att göra med provokationens art; en totalt sett oacceptabel provokation kan riktas även mot en person som är stark misstänkt för brott. Vidare erinras om själva begreppet *misstanke*, en misstanke kan vara hur stark som helst under förundersökningsstadiet men likväl senare visa sig vara felaktig. I en sådan situation är det knappast rimligt att låta den föregående (felaktiga) misstanken få betydelse vid

⁷¹ Axberger I s. 36.

⁷² Asp s. 201.

⁷³ Axberger I s. 29 ff.

⁷⁴ Kravet på en viss grad av misstanke mot den provocerade hänger samman med hänsyn för den personliga integriteten. Det rör sig således om ett skydd från godtyckliga åtgärder från polisen. Vidare motiveras kravet på stark misstanke att det alltid finns en risk att den provokativa åtgärden kan få en person att sätta igång ett handlande denne aldrig annars hade gjort. Asp s. 201.

bedömandet av huruvida provokationen påverkar den provocerades ansvar.⁷⁵

Polisberedning fastslog att en provokativ åtgärd måste vara objektanknuten, dvs. riktad mot en viss person.⁷⁶ Axberger ifrågasätter detta krav då han finner att det kan vara acceptabelt att misstanken riktar sig mot en mindre bestämd grupp såtillvida det föreligger starka misstankar om att grova brott har begåtts. I dessa fall menar Axberger att kravet på misstankens styrka och brottslighetens grovhet bör skärpas ytterligare. Enligt Axberger måste dock risken för att någon oskyldig drabbas vägas in. Även en neutral provokation mot en mer obestämd grupp (s.k. oriktad misstanke) kan enligt Axberger accepteras; då provokationen inte riktas mot någon bestämd person är den inte integritetskränkande.⁷⁷

3.3.1.3 Brottslighetens grad

Axberger kategoriserar provokativa åtgärder som en form av förprocessuellt tvångsmedel varför det krävs, i likhet med formellt reglerade tvångsmedel, att det bara är vid fråga om *allvarlig brottslighet* instrumentet kan användas. Detta följer av proportionalitetsprincipen och ståndpunkten är förankrad i förarbeten och praxis.⁷⁸

Synen på olika brottstypers grovhet varierar i takt med nya kriminalpolitiska strömningar, varför Axberger anser det önskvärt att lagstiftaren preciserar vilka brott som skulle motivera spaningsmetoder av mer ingripande karaktär. Som grova eller ”allvarliga” brott räknar Axberger upp brott mot rikes säkerhet, svårare narkotikabrott samt brottslighet som till sin art är samhällsfarlig, exempelvis grovt bedrägeri.⁷⁹ Axberger ifrågasätter om kravet på brottslighetens grova natur är absolut. Enligt författaren finns det enklare brottslighet som är svår att förebygga och lagföra utan tillämpning av provokation. Axberger anger illegalt spel som exempel härpå. Kravet på brottslighetens grovhet skulle kunna åsidosättas, om polisen strikt följer principen att den utsatte inte förmås att begå ett brott denne annars inte skulle ha begått. Denna åsikt kan således motiveras utifrån behovsprincipen.⁸⁰

3.3.2 Praxis från JO och JK

Den svenska polisens erfarenhet av att använda provokation som arbetsmetod är relativt begränsad. Då provokation har använts har det ofta

⁷⁵ I en dylik situation bör bedömningen grundas på vad som är känt vid domstillfället. Asp s. 201 f.

⁷⁶ SOU 1982:63 s. 143.

⁷⁷ Mer om Axbergers syn på provokationers riktning i avsnitt 3.3.2.1. nedan.

⁷⁸ Liksom kravet på misstankens stryka bekräftas kravet på brottslighetens grovhet genomgående i de förarbeten och den praxis som refereras i denna uppsats.

⁷⁹ Axberger I s. 32 f.

⁸⁰ A. a. s. 33 och 62 f.

varit frågan om grova narkotikabrott, där andra spaningsmetoder visat sig otillräckliga. Det är vid ett provokationsförfarande ytterst viktigt med noggranna förberedelser, på ett tidigt stadium måste det säkerställas om den misstänkte avser att, oberoende av en eventuell provokation, begå brottet eller ej.

Förutom den grova narkotikabrottsligheten har svensk polis erfarenhet av provokationer vid grovt rån, grov utpressning (gillrande av fälla med kontanter) och grovt häleri.⁸¹ Enligt Axberger är det inte fråga om provokation om man i enighet med gärningsmannens instruktioner placerar ut t.ex. ett kuvert innehållande pengar, då detta endast är ett neutralt svar på gärningsmannens initiativ. Att syftet med utplaceringen är att gripa gärningsmannen spelar, enligt Axberger, ingen roll.⁸²

I det ovan refererade Fleming-Bromanfallet tar JK upp ett flertal av de principer som reglerar en provokationshandlings tillåtlighet. I den första fasen hade provokatören förmått den provocerade att överlåta narkotika denne redan innehade. JK menade att detta förfarande var tillåtet då redan innehavet utgjort ett fullbordat brott. Att provokationen konstituerade ett nytt brott (dvs. överlåtelse av narkotika) föranledde ingen annan bedömning då misstanken som grundade provokationen gällde innehav. Misstanken om innehavet var av betydande styrka. I övrigt rörde det sig om allvarlig brottslighet som hade varit svår att samla bevis beträffande på annat sätt. JK menade vid en samlad bedömning att det i fallet var fråga om bevisprovokation. I den andra fasen riktades misstankarna mot en annan person. Här var inte misstankarna av samma styrka som i första fasen av polisoperationen. Senare framkom att denne andra misstänkte inte innehade någon narkotika, men att han troligen kunde införskaffa det. Här bedömde JK situationen att provokationen skulle ha lett till att den misstänkte kom att begå ett brott han annars inte skulle ha begått. Om förfarandet skulle ha genomförts var det enligt JK fråga om en otillåten brottsprovokation.

JO 1997/98 s. 118 - ”Flyktingförläggningen”

I fallet JO 1997/98 s. 118 fick polisen ett tips från chefen för en flyktingförläggning om att narkotikahandling förekom på förläggningen. Polisen beslöt sig att skicka in en provokatör i förläggningen. Provokatören var en polisaspirant med utländskt påbrå. Tre av de presumtiva narkotikaförsäljarna greps vid den avtalade överlåtelsen, en fjärde person greps vid ett senare tillfälle. Det framkom i tingsrätten att de tilltalade hade innehaft den avtalade mängden narkotika och de dömdes till fängelse. I prövningen ansågs inte provokationen kunna leda till strafflindring för de tilltalade, med hänvisning till NJA 1985 s. 544 menade tingsrätten att polisen inte använt sig av metoder som framstod som uppenbart otillbörliga.⁸³ Tingsrätten dömde de tilltalade till fängelsestraff av

⁸¹ SOU 2003:74 s. 118.

⁸² Axberger I s. 59.

⁸³ Närmare om detta rättsfall, se avsnitt 4.2 och 4.3.

varierande längd för grovt narkotikabrott. Hovrätten kom att fastställa domen.

JO konstaterade inledningsvis att det var fråga om bevisprovokation då åtgärderna tog sikte på att skaffa fram bevisning om säljarens innehav. För denna bedömning talade även de faktorer att det var fråga om allvarlig brottslighet som omgärdades av stark misstanke. JO noterade att operationens åsyftade resultat knappast hade kunnat uppnås på annat sätt.

Vad gäller de mer formella faktorerna hade dock JO vissa synpunkter. Att polisen självständigt beslutat om provokationen kritiserade JO då detta beslut skulle ha ankommit på åklagare, i egenskap av förundersökningsledare, att fatta. Det ankommer således på åklagaren allena att fatta provokationsbeslut, vilket det numera synes det råda enighet om.⁸⁴

Vidare riktade JO kritik mot hur uppgiftslämnaren och den relativt oerfarna polisen använts under provokationsförfarandet. Enligt JO är det helt oacceptabelt att polisen har ett organiserat samarbete med privatpersoner i syfte att provocera fram brottsliga gärningar. Endast i särskilda fall får privatpersoner involveras och lämpligheten får bedömas från fall till fall. Användningen av privatpersoner måste allmänt vara ytterst restriktiv, då det finns risk att åklagare och polis förlorar kontrollen över händelseförloppet. Ett liknande resonemang kan enligt JO föras beträffande lämpligheten i att använda en oerfaren polisaspirant som provokatör. Det är eftersträvansvärt att de medverkande polismännen är kunniga och erfarna då händelseförloppet lätt kan utveckla sig i en oförutsedd riktning.⁸⁵

Slutligen ifrågasatte JO dokumentationens utformning och omfattning. Skarp kritik riktades mot det faktum att information om provokationen saknades i den annars fylliga anmälan som polisen upprättat. Med anledning av detta menade JO att anmälan var ”i viktiga hänseenden direkt vilseledande”. JO vidtog dock inga vidare åtgärder med anledning av detta, utan nöjde sig med den skarpa kritiken beträffande den bristfälliga dokumentationen. Axberger menar att polisens försumlighet vad gäller dokumentationen, ur rättsäkerhetssynpunkt, måste anses vara allvarlig.⁸⁶

Axberger noterar att det enda polisen hade kännedom om var att det på flyktingförläggningen pågick någon form av narkotikahandel, men att polisen saknade en tydlig bild av hur denna brottslighet tog sig uttryck. Axberger ifrågasätter med anledning härav om kravet på att provokationen skall avse annan brottslighet än den som framprovocerats (bevisprovokation) har försvagats.⁸⁷

JO 2000/01 s. 118 – ”Harley-Davidson-målet”

⁸⁴ Axberger II s. 70.

⁸⁵ Se vidare avsnitt 3.3.4.

⁸⁶ Axberger II s. 70.

⁸⁷ A.a. s. 71.

Ytterligare ett uppmärksammat granskningsärende från JO, som behandlar frågeställningar i samband med brottsprovokation, är det s.k. ”Harley-Davidson-målet”.⁸⁸ Polisen hade i detta fall ställt ut en motorcykel av märket Harley Davidson mitt i centrala Stockholm som ett lockbete då ett flertal stölder av denna motorcykeltyp förekommit. Polisens plan var att förfölja förövaren vid det förmodade tillgreppet och på detta vis samla information om den pågående brottsligheten. Inte helt oväntat stals motorcykeln, men gärningsmannen undkom och kunde gripas först en månad senare.

Polisoperationen misslyckades således och JO uttalade att den inte på något sätt ledde till att tidigare stölder klarades upp. JO konstaterade att agerandet var ett led i utredningen av tidigare stölder, att ett tillgrepp inte bedömdes som osannolikt och att ett tillgrepp var att anse som en önskvärd händelse ur ett spaningstekniskt perspektiv. Dessa förhållanden sammantaget med det faktum att polisen underlätit att ingripa innan gärningsmannen avlägsnat sig på motorcykeln gjorde att det enligt JO var fråga om provokation. JO poängterade att bevisprovokation syftar till att få fram bevisning om ett redan begånget brott, varvid stark misstanke om grov brottslighet måste föreligga. Vidare måste det kunna antas att åtgärden leder till väsentliga och användbara resultat. Argumentet att åtgärden genomförts för att få fram bevisning om tidigare brottslighet saknade i sammanhanget betydelse enligt JO då det enda polisen kunnat räkna med att få fram bevisning om var just det framprovocerade tillgreppet, vilket gjorde att förfarandet stod ”i uppenbar strid med behovs- och proportionalitetsprinciperna.”⁸⁹ Att bevisning om tidigare brottslighet skulle säkras framstod som ytterst osäkert och enligt JO får bara provokativa åtgärder användas i brottsutredande syfte, brottsförebyggande aspekter saknar i sammanhanget relevans. JO ifrågasatte således två mycket väsentliga punkter i sammanhanget; dels beträffande misstankens styrka, dels om åtgärden överhuvudtaget skulle kunna förväntas leda till relevanta och användbara resultat. JO konstaterade sammanfattningsvis att polisens åtgärd att ställa ut motorcykeln sammantaget med polisens underlåtenhet att ingripa innan gärningsmannen avvikit ”... inte i någon nämnvärd mån skiljer sig från vad som brukar förstås med en brottsprovokation.”⁹⁰

Liksom i flyktingförlägningsfallet JO kritiserade polisens agerande på ytterligare ett flertal punkter. För det första hade inte beslutet om operationen fattats av åklagare. Dokumentationen var vidare bristfällig då det inte framgick vem som hade fattat beslut om åtgärden. Förfarandet som helhet hade klart stridit mot behovs- och proportionalitetsprinciperna, samt risk för ekonomisk förlust för polismyndigheten förelåg. Inte heller i detta fall drev inte JO vidare ärendet, utan nöjde sig med ovan refererade kritik,

⁸⁸ JO 2000/01 s. 118.

⁸⁹ A. a. s. 135.

⁹⁰ A. a. s. s.

trots ”...att polisen gjort det mesta fel och lagstridigheten var uppenbar...”, som Axberger uttrycker saken.⁹¹

3.3.2.1 Anmärkningar i anslutning till Harley-Davidson-målet

Sammantaget följer av JO:s uttalanden i detta fall att ändamålet med åtgärderna måste syfta till att uppnå ett visst och förbestämt resultat. Fallet illustrerar även den förvirrade begreppsbildningen kring brottsprovokation; såväl den lokala polismyndigheten som Rikspolisstyrelsen och Riksåklagaren hade egna tolkningar av provokationsbegreppet. Är det blotta uppställandet av ett stöldbegärligt fordon tillräckligt för att konstituera en provokation, eller måste åtgärden riktas mot någon person? Den lokala polismyndigheten ansåg att utplaceringen av motorcykeln var endast att betrakta som *bevisprovokation* då den endast syftade till att insamla bevis om tidigare begångna motorcykelstölder. En dylik tolkning illustrerar enligt Axberger faran med att låta begreppet bevisprovokation avgränsa mot det otillåtna då det i förlängningen skulle innebära att alla provokationer är att anse som tillåtna så länge de kan motiveras utifrån informationsinsamling rörande pågående brottslig verksamhet.⁹²

I sammanhanget finns det enligt Axberger således anledning att särskilja riktade respektive *icke riktade provokationer*. De senare kännetecknas av att det saknas ett moment av interaktion mellan provokatören och någon viss person. Här kan inte provokatören, ens i teoretisk mening, vara att anse som medverkande till brottsligheten. Enligt samma resonemang kan det inte heller bli aktuellt att betrakta provokatören som anstiftare till den kriminaliserade gärningen. Följaktligen borde det enligt Axberger föreligga en högre acceptansnivå beträffande icke riktade provokationer jämfört med vad som gäller då polisen provocerar viss person eller viss grupp. JO förde tyvärr ingen diskussion kring uppdelningen mellan icke riktade respektive riktade provokationer, vilket hade kunnat bidra till att rättsläget hade kunnat klargöras ytterligare.⁹³

3.3.3 Polisiära avvägningar, proportionalitet och behov

Genom att behovs- och proportionalitetsprinciperna lagfästes, 8 § PolisL, och placerades under rubriken ”Allmänna principer för polisingripanden” ville lagstiftaren ge dessa ett allmängiltigt genomslag för all polisär verksamhet.⁹⁴ Således skall en avvägning i enlighet med principerna företas inför varje polisiärt ingripande. Lagrummets första stycke lyder:

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

⁹¹ Axberger II s. 71.

⁹² Axberger II s. 72.

⁹³ A. a. s. s.

⁹⁴ Helmius s. 89.

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.

Proportionalitetsprincipen, invävd i lagrummets första mening, innebär att polisens våldsanvändning ställs i relation till farans beskaffenhet. Ju allvarligare fara desto verkningsfullare medel får polisen använda. Den fara som det talas om riktar sig mot samhälleliga intressen som allmän ordning och säkerhet. Polisens våldsanvändning riktas mot enskilda intressen, varvid ingrepp mot personlig frihet och integritet anses vara allvarligare än ingrepp mot egendom eller ekonomiska intressen.⁹⁵ En avvägning måste ske där provokationens syfte ställs mot de föreliggande skyddsintressena. För provokativa åtgärder följer således av proportionalitetsprincipen att det måste vara fråga om grov brottslighet för att åtgärderna skall få företas. Stadgandet innebär vidare att det medel som innebär minsta möjliga intrång för den enskildes rätt och frihet alltid skall väljas när olika metoder står till buds. När det minsta möjliga intrånget värderas skall inte bara direkta verkningar räknas utan även indirekta biverkningar såsom olägenheter och obehag.⁹⁶

För provokationer innebär behovsprincipen att det saknas alternativa, lindrigare metoder, eller att dylika åtgärder prövats utan framgång. Av samma princip följer ett krav på att provokationen måste kunna antas leda till väsentliga och användbara resultat.⁹⁷ Vidare följer av behovsprincipen att ett polisingripande skall upphöra så snart syftet med ingripandet uppnåtts eller det visat sig resultatlöst.

Principerna har tillmätts betydelse i praxis, i exempelvis NJA 1953 s. 582 ”Knivfällan” fann HD att de vidtagna spaningsåtgärderna inte var motiverade då misstanken ej var tillräckligt stark och brottsligheten inte tillräckligt grov, vilket visar på en proportionalitetsargumentation. HD ifrågasatte vidare om åtgärderna kunde förväntas att ge bevismässiga resultat, här ifrågasattes således åtgärdernas försvarlighet genom behovsprincipen.⁹⁸ Liknande resonemang för JO i anslutning till Harley-Davidson-fallet.⁹⁹

Sammanfattningsvis kan det konstateras att graden av iakttagande av principerna spelar en betydande roll vid bedömandet av en provokationsåtgärds tillåtlighet. Genom allmänna överväganden måste valet av spaningsmetod motiveras utifrån åtgärdens syfte och övriga omständigheter. Den skada och intrång som åtgärden innebär eller riskerar

⁹⁵ A. a. s. 90.

⁹⁶ Prop. 1983/84:111 s. 78.

⁹⁷ Axberger menar att behovsprincipen ställer absoluta krav, åtgärden skall vara nödvändig (alternativ saknas) samt att den skall förväntas ge resultat. Proportionalitetsprincipen stipulerar att avvägning skall genomföras varvid skyddsintressena skall beaktas. En åtgärd kan härför vara acceptabel enligt behovsprincipens prövning men otillåten enligt proportionalitetsprincipen om den kränker ett skyddsintresse i alltför hög grad. Axberger I s. 34 f.

⁹⁸ Fallet refererat i avsnitt 5.4 nedan.

⁹⁹ JO 2000/2001 s. 118.

att innebära vägs mot kriminalitetens grovhet och de bevismässiga resultat som kan uppnås. Denna avvägning ställer krav på den som har att fatta beslut, då en hög grad av noggrannhet erfordras.¹⁰⁰ Enligt JO måste en provokation kunna genomföras på ett riskfritt och kontrollerat sätt.¹⁰¹

Asp uttalar att en provokation inte nödvändigtvis måste innebära ett tvångsmässigt ingrepp i grundläggande rättigheter, men åtgärden har ändå karaktären av ett ingrepp som torde *fordra mer legalt stöd* än de allmänna uppgiftsstadganden i Polislagen.¹⁰² Dessa stadgar består i att upprätthålla allmän ordning och säkerhet, i övrigt bistå allmänheten med skydd och annan hjälp samt att verka för rättvisa och trygghet. Den enskilde polismannen måste utifrån objektiva grunder kunna motivera den vidtagna åtgärdens lämplighet i förhållande till aktionens ändamål.¹⁰³ Det förhållande att brottsprovokation inte är lagligen reglerat i svensk rätt förefaller, minst sagt, uppseendeväckande om man ansluter till Asps ståndpunkt.

Det hävdas att polisen aldrig själv får begå brott i sin brottsbekämpande verksamhet samt att polisen inte får provocera någon att påbörja en brottslig gärning. Detta låter gott nog men vid ett närmare studium uppenbaras problematiken med att fastställa vad som är att anse som brott. Polisen måste stundom i sin verksamhet handla på ett sätt som för ”oss dödliga” skulle vara brottsligt utan att ådra sig straffansvar. Enligt polislagen är det exempelvis tillåtet att polisen i vissa fall handlar enligt vad som formellt är att anse som ofredande eller misshandel. En polis som begår en dylik handling med stöd av polislagen uppfyller formellt brottsbeskrivningen men handlingen är inte att anse som rättstridig.¹⁰⁴

3.3.4 Krav på provokatören

Det är viktigt att en provokationsåtgärd förgås av noggrann styrning och planering. Polisen har aldrig full kontroll över händelseförloppet i en provokationssituation, oavsett förberedelser och planering kan händelser inträffa som gör att situationen tar sig en ny riktning. Medvetenheten om dessa risker gör att det måste ställas stora krav på de medverkande polismännens kompetens, rutin och handlingskraftighet. JO har uttalat att det är olämpligt att använda oerfarna poliser, såsom aspiranter, vid provokationer.¹⁰⁵

Som huvudregel bör användningen av *privatpersoner* i provokationsärenden vara ytterst restriktiv. Ur ett straffrättsligt perspektiv reses frågan huruvida den ansvarsfrihet som på olika grunder anses acceptabel för polisen även skall omfatta privatpersoner som handlar på uppdrag av polisen. Vidare kan

¹⁰⁰ Prop. 1983/84:111, s. 47 f.

¹⁰¹ JO 1997/98, s. 131 f.

¹⁰² Asp. 169. Jfr. Helmius s. 192 f.

¹⁰³ Prop. 1983/84:111 s. 55 f.

¹⁰⁴ Asp s. 203. Jfr Johan Muncks uttalande i NJA 1989 s. 498 i avsnitt 4.2 nedan.

¹⁰⁵ JO 1997/98, s. 131 f.

det diskuteras om det har någon betydelse för den provocerades ansvar om denne provocerats av polis eller privatperson. Det kan ifrågasättas om polisen överhuvudtaget kan eller bör involvera privatpersoner i sin brottsbekämpande verksamhet.¹⁰⁶ JO har uttalat att det bara är i undantagsfall, såsom vid misstanke om mycket grov brottslighet, som privatpersoner bör inblandas. Ett mer organiserat samarbete där privatpersoner systematiskt används i provokationsaktioner framstår som oacceptabelt. Lämpligheten att privatpersoner bistår polisen i provokationer får följaktligen bedömas från fall till fall. JO påtalade i flyktingförläggning-fallet riskerna med att anlita en privatperson i provokationssyfte. Att polisen tappar kontrollen över händelseförloppet genom oklar ansvarsfördelning under olika moment i provaktionen är inte ett helt osannolikt scenario.¹⁰⁷ I Fleming Broman-fallet konstaterade JK att omständigheterna inte medgav att nyttjandet av en polisman i provaktörsrollen skulle kunna antas leda till ett tillfredsställande resultat. Då det var fråga om ett enskilt fall fann inte JK anledning att rikta principiell kritik mot privatpersonens medverkan.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Asp. 202, JO 1997/98 s. 131 f.

¹⁰⁷ JO 1997/98, s. 118.

¹⁰⁸ JK 1982, A 28, s. 157 f.

4 Den provocerades ansvar

Den som provocerats till brott vill förmodligen invända med att han inte bär rättsligt ansvar för det brott som framprovocerats. Då rättsligt ansvar konstaterats blir regelmässigt nästa invändning från den provocerade innebärande att provokationen åtminstone utgör en förmildrande omständighet. I detta kapitel visas att dylika invändningar från den provocerade knappast vinner framgång.

4.1 Allmänt

Den provocerades ansvar vid brottsprovokation är inte reglerat i svensk lag- eller författningstext. Ett stadgande som rör en form av provokation återfinns i BrB 29:3 p. 1. Lagrummet saknar i princip relevans vid brottsprovokation, då rekvisitet ”grovt kränkande beteende” knappast tar sikte på brottsprovokationssituationer.¹⁰⁹

Utgångspunkten i svensk rätt är att förekomsten av en provokation inte påverkar frågan huruvida den provocerade faktiskt har begått ett brott, ett synsätt som återfinns i många rättssystem.¹¹⁰ Mot denna uppfattning kan invändas att det inte finns någon risk för att den provocerades gärning kan komma att skada det intresse kriminaliseringen vill beskydda eftersom hela förfarandet är konstruerat och kontrollerat. Så snart de formella förutsättningarna för gärningen straffbarhet är uppfyllda är den framprovocerade gärningen att anse som straffbar. För den provocerades ansvar spelar det således ingen roll om han provocerats eller anstiftats. Konstateras det att den provocerade blivit föremål för anstiftan (dvs. att provokatören bedöms som straffansvarig), menar dock vissa att detta bör kunna beaktas vid påföljdsfrågan genom en analog tillämpning av BrB 23:5.¹¹¹

Axberger refererar till nedan angiven praxis och konstaterar att det däri inte står att finna någon grund för ansvarsfrihet för den provocerade. Vad gäller frågan huruvida en provokation kan ses som en förmildrande omständighet anför Axberger att det jämlikt HD: s resonemang i NJA 1985 s. 544 kan finnas ett stöd för straffflindring i vissa fall. I dessa situationer krävs det att provokationen är att anse som uppenbart otillbörlig.

¹⁰⁹ Jfr. terminologin i avsnitt 2.1.2 ovan.

¹¹⁰ Jfr. Asp s. 224, Axberger I s. 71, Axberger II s. 63 samt NJA 1989 s. 498.

¹¹¹ Axberger I s. 54 f. Se vidare avsnitt 4.3.

4.2 Praxis

Av ett flertal rättsfall följer att en gärningsman som provocerats till ett brott inte genom provokationen fräntas det rättsliga ansvaret för sin handling.

NJA 1960 s. 522 – ”De stulna obligationerna”

I NJA 1960 s. 522 stod en skraddarmästare åtalad för häleri efter det att polisen provocerat honom att sälja oegentligt åtkomna obligationer. Skraddarmästaren hade visat sig tveksam till en försäljning när det stod klart för denne att obligationerna var stulna, men uppmanades av provokatören som lovade ytterligare ekonomisk ersättning att slutföra affären. Beträffande frågan om huruvida den provocerades ansvar påverkats av provokatörens agerande uttalade hovrätten att detta inte var en omständighet som kunde reducera den tilltalades ansvar. HD instämde i hovrättens uppfattning. Noterbart är att provokatören var en privatperson som systematiskt samarbetade med polisen varvid han erhöll 10 % av värdet av vad som kunde återställas. Någon ingående principiell diskussion om lämpligheten av detta arrangemang står ej att finna i rättsfallet.

NJA 1985 s. 544 ”De otjänliga ädelstenarna”

Rättsfallet 1985 s. 544 är främst ett känt exempel på bedömningen av otjänliga försök, men är i detta sammanhang värt att uppmärksammas då HD lämnar dörren på glänt för strafflindring för den provocerade. I fallet hade en ädelstenshandlare på inrådan av polisen lastat tomma väskor för att avslöja en stundande stöldaktion. Som väntat stal tjuvarna ädelstenshandlaren bil innehållande väskorna och frågan var att avgöra huruvida detta var att anse som ett försök till grov stöld.

Beträffande provokationsfrågan konstaterade RÅ att avsaknaden av laglig reglering och den knapphändiga praxisen på området talade för att polisen inte förfarit brottsligt. Hur det än må vara med den frågan påverkar inte det bedömningen av den gärning som de tilltalade dömts för. Efter det konstaterats att ett brottsligt försök till grov stöld förelåg å gärningsmännens sida uttalade HD: ”Grund för strafflindring kan tänkas 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 denne sannolikt annars aldrig skulle ha begått. I det nu aktuella fallet kan emellertid polisens handlande inte anses utgöra någon strafflindringsgrund.”¹¹²

¹¹² NJA 1985 s. 544 på s. 552.

NJA 1989 s. 498 ”Utlämningsfallet”

I rättsfallet NJA 1989 s. 498 stod Felix åtalad för narkotikabrott i USA. Denne anförde att en förklädd polisman hade uppsökt honom med en förfrågan om att få köpa narkotika, varvid han tog kontakt med en tredje person, från vilken narkotikan införskaffades. Felix överlät narkotikan till polismannen, ett förfarande som upprepades vid ytterligare två tillfällen. Vid varje tillfälle så var det den förklädde polismannen som var initiativtagare till narkotikaöverlåtelsen. Felix gjorde gällande att han ej gjort sig skyldig till något straffbart i Sverige, då han blivit provocerad att begå brottet. USA:s ambassad hade begärt att få Felix utlämnad varvid denne invände att kravet på dubbel straffbarhet ej var att anse som uppfyllt.

HD hade att ta ställning till huruvida utlämning från Sverige kunde genomföras. Angående provokationsinvändningen uttalade HD: ”Det förhållande att någon påverkats till att begå ett brott genom sådan åtgärd från polisens eller annan brottbekämpande myndighets sida som syftar till att röja egen eller annans brottslighet inverkar enligt vad som får anses vara vedertagen uppfattning i princip inte på gärningens straffbarhet...”.¹¹³ HD uttalade vidare rent allmänt att det under vissa omständigheter kunde finnas skäl för en mildare bedömning. Dylika skäl ansågs dock inte föreligga i det aktuella fallet. HD formulerade sig som synes i generella ordalag, vilket torde behäfta rättsfallet med stor prejudicerande tyngd. HD:s bedömning följer en allt tydligare inställning i praxis som avvisar brottsprovokation som grund för ansvarsfrihet.¹¹⁴

Referenten i målet, justitierådet Johan Munck, instämde i HD: s resonemang beträffande principfrågan, dvs. att det förhållande att gärning provocerats fram inte påverkar straffbarheten. Munck konstaterade att en polisman som framprovocerat ett narkotikaköp ej tar olovlig befattning med denna. Efter detta konstaterande ställde Munck följdfrågan om detta innebär att den provocerade skall kunna gå fri på objektiv grund. Han jämförde med det som i doktrin kallas putativt brott (dvs. att gärningsmannen tror att han begår ett brott, men befinner sig i villfarelse beträffande vissa omständigheter som medför att brott inte föreligger). I allmänhet anses putativa brott vara ansvarsfria. Munck avvisade denna tankegång efter en jämförelse med den situation där en privatperson frivilligt överlämnar narkotika till polisen. Här är inte personens syfte *rättstridigt* utan sammanfaller med det ändamål som lagstiftningen söker uppfylla, dvs. förhindra omsättning och missbruk av narkotika. Trots att gärningen formellt faller under brottsbeskrivningen undantas den således från det straffbara området då gärningsmannen saknar det brottsliga syftet. Munck hävdade att denna argumentation vinner stöd i narkotikastrafflagens konstruktion, där ofta syftet är avgörande för straffbarheten. Möjligen erbjuder Muncks yttrande en grund som skulle kunna ge en generell lösning

¹¹³ NJA 1989 s. 498 på s. 499.

¹¹⁴ Axberger II s. 64.

på spörsmålen kring provokatörens ansvar. Konstruktionen fäster avgörande betydelse vid syftet. Ett gott syfte skulle i vissa fall medföra att gärningen inte betecknas som brottslig.

4.3 Provokation som strafflindringsgrund?

Den som provocerats till t.ex. misshandel pga. av offrets kränkande beteende kan tillgodoräkna sig den föregående provokationen som en förmildrande omständighet. I dylika fall kan provokatören betraktas som medvållande vid bestämmande av skadestånd. Är det fråga om en nödvärnssituation kan den provocerade erhålla straffnedsättning eller gå helt fri från straff. Det är, som nämnts, inte denna form provokation som denna uppsats behandlar.¹¹⁵

Det saknas formellt utrymme att låta en provokation verka som förmildrande omständighet. Liksom vid andra brott där gärningsmannen haft en medhjälpare, kan den medverkandes roll i förloppet ändå vara en faktor som verkar förmildrande för den provocerade. Många rättsystem accepterar förekomsten av en provokation som en förmildrande omständighet för den provocerade.¹¹⁶ Axberger poängterar att ett framprovocerat brott är av en speciell karaktär då det inte föreligger någon egentlig risk för att gärningsmannen kommer att framkalla någon verklig skada. Det saknas således någon materiell rättskränkning i de flesta provokationsfall och enligt Axberger leder detta till en föreställning om att ”... den provocerade snarare straffas för vad han är än för vad han gjort.”¹¹⁷ I provokationsfall är det rättsordningen som kontrollerar händelseförloppet och det kan säkerligen på denna grund, i kombination med det faktum att någon materiell rättighetskränkning inte har skett, uppfattas som oetiskt att den provocerade straffas.

I rättsfallet NJA 1985 s. 544 lämnade HD utrymme för att en tilltalad som blivit föremål för brottsprovokation skulle kunna komma i åtnjutande av strafflindring. En förutsättning är enligt HD att polisen använt sig av metoder som framstår som ”uppenbart otillbörliga”. Som exempel tar HD upp en situation där polisen använt sig av uppenbart otillbörliga metoder är när polisen själv deltar i en brottslig gärning och orsakar att någon begår en gärning som han annars *aldrig* skulle ha begått. Kontentan av detta synsätt är enligt Axberger att HD anser att det bara är ytterst sällan, efter extremt regelvidrigt handlande från polisens sida som strafflindring kan aktualiseras. Restriktiviteten i uttalandet pekar på att ansvarsfrihet för den som provocerats till brott är utesluten.¹¹⁸

¹¹⁵ Jfr ovan avsnitt 2.1.2.

¹¹⁶ Axberger I s. 71.

¹¹⁷ A.a. s. s. En *formell* rättighetskränkning innebär att här att de objektiva och subjektiva rekvisiten för en viss kriminaliserad gärning är uppfyllda. En *materiell* rättighetskränkning innebär att skada har drabbat det intresse som straffregleringen avser att skydda. Axberger I s. 13 f. och s. 55.

¹¹⁸ Axberger I s. 45 f.

HD: s uttalande kan således bara tolkas såsom att det krävs extrema omständigheter (uppenbart otillbörliga) för att en föregående provokation skall kunna beaktas vid straffmätningen. Asp påpekar att det förhållande att en provokation bedöms som otillbörlig enligt principerna för okonventionella spaningsmetoder behöver inte ges någon särskild betydelse vid straffmätningen. En provokation kan således vara otillåten (och eventuellt grunda tjänstefelsansvar), utan för den sakens skull vara uppenbart otillbörlig (vilket krävs för strafflindning).¹¹⁹

Således har HD lämnat en liten glipa på glänt för att strafflindring kan komma ifråga i vissa fall men den eventuella strafflindningens form sägs det inget om. Asp föreslår följande lösningar på hur en provokation kan påverka straffet.¹²⁰

1. provokationen betraktas som en *förmildrande omständighet* vid bedömningen av straffvärdet
2. provokationen intar formen av ett *billighetsskäl*, vilket i yttersta fall kan leda till påföljdseftergift
3. provokationen kan grunda *benådning*

Asp anser att svenska domstolar bör väga in förekomsten av provokation i straffmätningen i högre grad än tidigare. Provokationen bör i vissa fall kunna beaktas som ett billighetshänsyn, dvs. en omständighet som påkallar att den tilltalade får ett lägre straff än vad straffvärdet motiverar enligt BrB 29:5 p. 8. Samma författare anser att domstolen i provokationsfall stundom bör kunna bevilja påföljdseftergift enligt BrB 29:6. Domstolens möjlighet att meddela strafflindring och påföljdseftergift kan enligt Asp vara nödvändigt för att uppfylla kraven på rättvis rättegång enligt Europakonventionens art. 6.¹²¹

Axberger diskuterar huruvida BrB 23:5 skulle kunna tillämpas analogt i provokationsfall. Lagrummets första mening lyder: ”Har någon förmåtts att medverka till brott genom tvång, svek eller missbruk av hans ungdom, oförstånd eller beroende ställning eller ock medverkat allenast i mindre mån, må straffet för honom sättas under vad för brottet eljest är stadgat; i ringa fall skall ej dömas till ansvar.” Enligt Axberger skulle analogin ta sin utgångspunkt i de stora likheterna i situationen där någon svikligen förletts till att utföra ett brott respektive när någon provocerats. Axberger uttalar: ”... med svek menas ju ungefär detsamma som bedrägeri och den provocerade blir onekligen bedragen.”¹²² Axberger noterar att det ur legalitetssynpunkt inte finns något som hindrar en dylik analogi, då den verkar för den tilltalade, men samtidigt kan det ej hävdas att gällande rätt pekar på en sådan tolkning.¹²³ I övrigt anmärker Axberger att svensk rätts

¹¹⁹ Asp s. 191.

¹²⁰ Asp s. 318.

¹²¹ A. a. s. 229 ff.

¹²² Axberger II s. 65.

¹²³ Axberger I s. 46, Axberger II s. 64 f.

negativa inställning till att beakta en provokation vid ansvarsfrågan talar för en likaledes negativ attityd vid bestämmandet av påföljdsfrågan.¹²⁴

Benådning enligt RF 11 kap. 13 § första stycket kan användas i något enstaka fall, men är naturligtvis ingen permanent lösning på provokationsproblematiken. Det är vidare inte eftersträvansvärt att problematiken överlämnas från domstol till en politisk instans (dvs. regeringen).¹²⁵

¹²⁴ Axberger II s. 65.

¹²⁵ Asp s. 320.

5 Provokatörens ansvar

Då en provokatör främjat den brottsliga gärning som den provocerade utfört kan det tänkas att provokatören blir föremål för någon form av straffrättsligt medverkansansvar. Vidare kan en provokationshandling i sig vara ansvarsgrundande då provokatören kan åtalas för tjänstefel.

5.1 Provokatörens straffansvar

Utgångspunkten är att det inte finns någon lagregel som uttryckligen reglerar provokatörens ansvar. Med legalitetsprincipen i bakgrunden torde avsaknaden av reglering som belägger provokatören med ett straffrättsligt ansvar indikera frikännande. Frånvaron av reglering kan dock även uppfattas som att staten har reducerade befogenheter inom området. Frånvaron av regler som tillåter provokation är en nödvändig betingelse för att straffansvar för provokatören skall kunna realiserars.¹²⁶

Provokatörens straffansvar är ofta uteslutet på formella grunder då denne troligen inte har erforderligt uppsåt till brottets fullbordan. En sedan gammalt rådande uppfattning menar att medverkansansvar inte kan komma ifråga när provokatörens syfte är att lagföra gärningsmannen och förebygga den potentiella gärningens efterföljande skada.

Polisberedningen menade att det aldrig kan vara tillåtet för polis att begå brott i sin brottsbekämpande verksamhet. Med denna utgångspunkt blir det straffrätten som sätter gränserna för provokationens straffbarhet. De straffrättsliga reglerna måste dock vävas samman med straffprocessuella och polisrättsliga regler, en provokationsåtgärd kan vara otillåten trots att den inte är straffbar.¹²⁷

För att straffansvar överhuvud skall kunna komma ifråga beträffande provokatören krävs enligt legalitetsprincipen existensen av en tillämplig straffbestämmelse. Formellt uppfyller provokatörens handlande vad som krävs enligt medverkansreglerna i BrB 23 kap. 4 §, och vid exempelvis narkotikarelaterade provokationer torde det inte vara ovanligt att provokatören uppfyller fullt gärningsmannaskap. Vidare erinras om reglerna om tjänstefel i BrB 20 kap. 1 § om provokationen utförts på ett otillbörligt sätt, efter att det konstaterats att det skett vid myndighetsutövning.¹²⁸

För att polisen inte skall ådra sig straffansvar vid varje provokationshandling krävs det att det straffbara området på något sätt inskränks. Provokatörens ansvarsfrihet måste dock kunna motiveras. Detta

¹²⁶ Asp s. 169.

¹²⁷ A.a. s. 34 f.

¹²⁸ A.a. s. 168.

kan enligt Asp ske genom tolkning, införande av en ansvarsfrihetsgrund eller "... genom någon dogmatisk konstruktion."¹²⁹ En konstruktion är att hävda att ansvarsfriheten följer av att provokatören inte uppfyller de förutsättningar som konstituerar ett visst brott. Friheten följer med andra ord av brottsbegreppet. En annan variant menar att provokatören förvisso uppfyller brottsbegreppet, men att en särskild ansvarsfrihetsgrund tillkommer provokatören i dennes unika position som agent provocateur. Av dessa två, i grunden acceptabla, modeller menar Asp att den förra principiellt är att föredra då denna är mindre beroende av juridiska teknikaliteter såsom brottstypers konstruktion, diskussioner om försök respektive fullbordat brott osv.¹³⁰

5.1.1 Provokatörens fulla gärningsmannaskap

En provokatör kan således formellt uppfylla rekvisiten för fullt gärningsmannaskap vid ett provokationsförfarande. I stället för att utreda huruvida provokatörens uppsåt omfattar det fullbordade brottet eller ej finns i äldre svensk doktrin och utländsk rätt ett resonemang som grundar sig på en allmän rättsstridighetsvärdering. Axberger påtalar dock att en dylik lösning knappast vinner gillande i det alltmer "strängt rättspositivistiska synsätt" som dominerar svensk rättsutveckling.¹³¹ Den enda återstående åtgärden är därför enligt Axberger att införa en *allmän straffrihetsgrund* för de provokationer som skett med samma syfte som en straffbestämmelse söker skydda.¹³²

Asp menar att denna konstruktion mycket väl kan vara riktig, men påpekar att det fordras preciseringar. Ett okvalificerat allmänt syfte att värna samma skyddsintresse som kriminaliseringen avser är inte tillräckligt. Kvalificeringen bör enligt denne författare kompletteras med en regel innebärande att syftet måste uppnås på ett *godtagbart* sätt. Problematiken med att definiera vad som är godtagbart kvarstår. Asp menar vidare att det kan vara förenat med svårigheter att på ett tydligt sätt avgränsa det intresse som kriminaliseringen (och därmed den eventuella provokationen) avser skydda.¹³³

5.1.2 Medverkansansvar

Brottsprovokationer kan prima facie betraktas som medverkan till brott då provokatörens uppgift är att främja en brottslig handling. Axberger påtalar att någon tillämplig rättsgrund för att befria provokatören från ett sådant

¹²⁹ Asp s. 168.

¹³⁰ A.a. s. 33 f.

¹³¹ Axberger I s. 57. Asp hävdar å sin sida att det inte förfaller orealistiskt att svenska domstolar tillämpar dessa rättsstridighetsvärderingar. Asp s. 175.

¹³² Axberger I s. 56 f. Se vidare avsnitt 5.2.

¹³³ Se vidare Asp s. 175 f.

ansvar inte föreligger. Åklagarpraxis undviker problemet genom att helt enkelt ignorera det. Detta kan motivers utifrån två ståndpunkter: för det första förekommer en inställning i svensk doktrin som stipulerar att ansvar är uteslutet då provokatören saknar uppsåt beträffande brottets fullbordan, provokationen *bedöms inte som rättstridig* enligt medverkansläran. Denna ståndpunkt finner sin grund i den unika ställning en agent provocateur innehar. Den andra motiveringen tar sin utgångspunkt i föreställningen att offentlighetsregler jämte det straffrättsliga tjänsteansvaret ersätter de konstruktioner där provokatören anses vara medverkande. Denna andra motivering klargör på ett tydligare sätt att provokatörens och den provocerades handlingar riktar sig mot olika intressen, varför de knappast kan anses vara medverkande till samma individualiserade brott.¹³⁴

Som ovan framgått är ansvar för provokatören uteslutet då denne inte anses ha uppsåt till brottets fullbordan. Axberger urskiljer sammanfattningsvis två typfall. Det första av dessa typfall är att provokatören förmår den provocerade att begå ett brottsligt *försök*, vilket provokatören ämnar avbryta innan brottet kommer till fullbordan. I det andra typfallet avser provokatören att den provocerade skall begå ett fullbordat brott, vars skadeverkningar provokatören på något sätt söker *förebygga*.¹³⁵

5.1.2.1 Typfall 1 – Bristande uppsåt vid ”försöksprovokation”

Enligt ett synsätt läggs avgörande betydelse vid frågan huruvida det framprovocerade brottet kommit till fullbordan eller stannat på försöksstadiet, varvid provokatörens uppsåt beaktas. *En provokatörs ansvarsfrihet inträder om det kan visas att denne bara haft uppsåt till att ett brottsligt försök framprovocerats*, även om brottet av någon anledning ändå fullbordas (genom att något oplanerat inträffar).¹³⁶ Jareborg synes vara inne på denna linje och tillägger att ansvar inte kommer ifråga då uppsåtet endast tar sikte på försök eftersom den som avser att motverka ett fulländat brott inte samtidigt kan anses främja detsamma. Ansvar för medverkan torde enligt Jareborg, efter hänvisning till bl.a. ”Prejudikatet som inte blev av”, NJA 1988 s. 665, komma ifråga i de fall när provokatören har haft uppsåt till att ett fulländat brott kommit till stånd.¹³⁷

Axberger ifrågasätter om provokatörens ansvarsfrihet för medverkan enbart bör vara beroende av en tolkning av medverkansreglerna.¹³⁸ En dylik konstruktion skulle enligt författaren leda till vanskliga resultat då fullbordanspunkterna för olika brott varierar. Axberger menar vidare att provokatörens ansvar bör bedömas på samma sätt, vare sig han uppfyller medverkansrekvisiten eller ej, då hans handlande syftar till att skydda samma intressen som kriminaliseringen avser. Om synsättet tillämpats på

¹³⁴ Axberger I s. 56.

¹³⁵ Axberger II s. 66 f.

¹³⁶ A. a. s. s.

¹³⁷ Jareborg, Nils, *Straffrättens ansvarslära*, Uppsala 1994 s. 120 f. Mer om rättsfallet i avsnitt 5.4 nedan.

¹³⁸ Axberger I s. 14.

omständigheterna i ”Prejudikatet som inte blev av”, NJA 1988 s. 665, skulle detta leda till att poliserna gick fria från anstiftansansvar då de agerat i syfte att beivra det brott som de anstiftat.¹³⁹

5.1.2.2 Typfall 2 – Förebyggande av skada

Provokatören kan tänkas avse att förmå den provocerade att genomföra ett fullbordat brott, men förebygga brottets skadeverkningar på något sätt. I äldre doktrin ansågs inte provokatören ha något straffrättsligt ansvar för det framprovocerade brottet. Denna inställning grundades på en uppfattning om provokatörens eftersträvar att förhindra en brottslig effekt. Annorlunda uttryckt ansågs inte provokatörens medverkan vara rättstridig.¹⁴⁰

I modern doktrin anses provokatörens uppsåt omfatta rekvisiten för det fulländade brottet, och således gör denne sig skyldig till medverkan till det aktuella brottet. Uppfattningen finner stöd i Brottsbalkskommentaren som exemplifierar att polis inte straffritt kan provocera fram en fullbordad stöld ävensom stöldgodset, genom polisens försorg, senare återställs till ägaren.¹⁴¹ Rättsläget är dock inte helt klart. Åklagare verkar i allmänhet inte intresserade att utreda det medverkansansvar som doktrinen förespråkar.¹⁴² Oklarheten kan illustreras genom att frågan ställs huruvida den som ytterst avser att motverka den gärning som även kriminaliseringen avser att motverka kan anses straffrättsligt medverkande, oavsett om det rör sig om en fullbordat brott eller försök till detsamma? Axberger frågar om inte provokatören är att anse som ”... mer motverkande än medverkande?”¹⁴³ Gränsen mellan det straffbara och det straffria framstår här som luddig.

5.2 Allmän straffrihetsgrund för provokatören?

Axberger har föreslagit att provokatörens medverkansansvar borde undantas genom tillämpning av en särskild straffrihetsgrund, en diskussion som inte tagits upp i senare rättspraxis.¹⁴⁴ I NJA 1989 s. 498 kan det dock skönjas att HD inte är helt främmande för att någon form av ansvarsfrihet skulle kunna accepteras.¹⁴⁵

En dylik ansvarsfrihetsgrund måste enligt Asp preciseras. Den bakomliggande problematiken är enligt Asp att det råder enighet om att provokatören ej bör bli föremål för bestraffning, men det finns svårigheter att motivera denna inställning. När motiveringar sker utifrån diskussioner om medverkansansvar inträder ett skimmer av godtycklighet beroende på

¹³⁹ Axberger I s. 57.

¹⁴⁰ Jfr resonemang av Johan Munck i NJA 1989 s. 498.

¹⁴¹ Holmberg, Carl, Leijonhufvud, Madeleine, Wennberg, Susanne, *Brottsbalken. En kommentar*, Sjunde uppl., Stockholm, 1998. Kap 13-24, s. 542.

¹⁴² Axberger II s. 67.

¹⁴³ A. a. s. s.

¹⁴⁴ A. a. s. 68.

¹⁴⁵ Särskilt det tidigare refererade yttrandet av Johan Munck.

vilken brottstyp det är fråga om. Dessa problem skulle kunna avhjälpas med en särskild ansvarsfrihetsgrund, baserad på intresseavvägningar snarare än straffsystematiska krystade resonemang.¹⁴⁶

Asp erinrar dock i sammanhanget om den restriktiva inställning som svensk rätt innehar gentemot brottsprovokation, vilket möjligen utesluter den diskuterade ansvarsfrihetsgrunden. I slutändan konstaterar Asp att det avgörande för om en ansvarsfrihetsgrund skall kunna aktualiseras är om det allmänt sett framstår som önskvärt att utvidga utrymmet för brottsprovokationer.¹⁴⁷ Axberger framhåller att diskussionen aldrig förutsatt att brottsprovokationer *alltid* skall vara straffria, lika lite som de skall bedömas enligt reglerna om medverkansansvar. Enligt Axberger bör brottsprovokation bedömas utifrån de regler som gäller för polisiär verksamhet, vilka i förhållande till medverkansläran framstår som *lex specialis*.¹⁴⁸

5.3 Tjänstefel

Enligt förarbetena syftar reglerna om tjänstefel till att värna de enskilda medborgarnas rättsskydd och förtroende gentemot myndigheters verksamhet. Naturligtvis skall inte varje form av oaktsamhet föranleda straffrättsligt ansvar men för att syftet skall kunna upprätthållas på ett effektivt sätt krävs det att straffregleringen tillämpas. Något krav på att en gärning som baserar straffrättsligt tjänsteansvar skall ha medfört förfång eller otillbörlig förmån finns inte.¹⁴⁹

Enligt 20 kap. 1 § Brottsbalken skall den som uppsåtligen eller av oaktsamhet vid myndighetsutövning åsidosätter vad som gäller för uppgiften dömas för tjänstefel. Sista stycket i samma lagrum anger att detta tjänstefel inte aktualiseras om gärningen omfattas av någon annan straffbestämmelse. Är brottet ringa skall ej dömas till ansvar för tjänstefel. Uppsåt är en förutsättning för att tjänstefelet skall kunna bedömas som grovt. Rekvizitet *vid myndighetsutövning* omfattar inte bara handlingar vilka självständigt utgör myndighetsutövning, utan även andra åtgärder som har ett naturligt samband med myndighetsutövningen. Det krävs även ett åsidosättande av vad som *gäller för uppgiften* som förutsättning för straffansvar. Detta omfattar såväl regler som ger precisa instruktioner som principer, riktlinjer och interna föreskrifter vilka kan antas ha ett naturligt samband med uppgiften.¹⁵⁰

Inte helt oväntat uppstår ändock en problematik med att bestämma vilka gärningar som grundar tjänstefel. I förarbetena till 20 kap. 1 § BrB anges att det inte bara är straffbart att åsidosätta gällande föreskrifter, utan även

¹⁴⁶ Asp s. 285 ff.

¹⁴⁷ A. a. s. s.

¹⁴⁸ Axberger II s. 68 f.

¹⁴⁹ Prop. 1988/89:113, s. 16 f. s. 24.

¹⁵⁰ Helmius s. 255 ff.

allmänna principer.¹⁵¹ Om dessa principer inte är klart definierade blir det problematiskt att använda sig av straffstadgandet. Slutsatsen blir att det bör ställas mycket högre krav på tydlighet beträffande de regler som styr polisens verksamhet och den enskilde polismannens befogenheter. Brister i rättssäkerhet och förutsägbarhet drabbar inte bara den enskilde medborgaren utan även den enskilde polismannen som måste veta inom vilka ramar han kan verka utan riskera att ådra sig ansvar för tjänstefel.

Klart är att utförandet av en otillåten brottsprovokation omfattas av det straffansvar som kan leda till åtal för tjänstefel. Att det saknas laglig reglering av vad som utgör tillåten respektive otillåten brottsprovokation saknar i princip betydelse. Detta förhållande torde, enligt vad som nyss anförts, ställa krav på att det med viss tydlighet bör framgå att åtgärden är att anse som otillåten. Vad som framgått av praxis utgör dock ”formella brister” såsom undermålig dokumentation och/eller oklara beslutsförhållanden endast omständigheter som gör att felet är att anse som ringa och straffansvar för tjänstefel faller bort.¹⁵²

5.4 Praxis

Enligt de fall som varit föremål för JO: s bedömning torde det krävas mycket för att tjänstefel skall kunna aktualiseras vid provokationssituationer. Ett fall där ett antal väsentliga punkter teoretiskt skulle ha gjort provokationen otillbörlig och kunnat föranleda ansvar för tjänstefel återfinns i JO 1997/98 s. 118, Flyktingförlägningsfallet.¹⁵³ Här konstateras att provokationsbeslutet fattats på för låg nivå, att den medverkande privatpersonens säkerhet inte kunnat garanteras samt att dokumentationen varit undermålig. Trots dessa åsidosättanden av grundläggande principer och regler väljer JO att inte diskutera vidare åtgärder mot de poliser som varit ansvariga för förfarandet. Överhuvudtaget diskuterar JO inte straffrättsligt ansvar för de ansvariga för provokationen, utan nöjer sig med att rikta kritik.

NJA 1951 s. 111 - ”Tomfatsfallet”

I NJA 1951 s. 111 hade en värnpliktig tillsammans med en annan person planerat att stjäla tomfat från Hallands flygflottilj. Den värnpliktige kom dock på andra tankar och anmälde vad som var i görningen för sina befäl. Befälen beslöt att den värnpliktige skulle intala sin kumpan att tillgreppet skulle ske vid en viss tid, så att kumpanen kunde tas på bar gärning. Förfarandet ledde till att ett befäl kom att åtalas. Hovrätten fann i sin prövning att åtgärderna varit obefogade och medfört att den provocerade (dvs. kumpanen) begått ett brott han annars inte hade begått. Hovrätten uttalade kraftfullt: ”Provokation eller liknande förfarande för att komma till

¹⁵¹ Prop. 1988/89:113 s. 15.

¹⁵² Jfr Axberger II s. 76.

¹⁵³ Ovan 3.3.2.

rätta med brottslighet måste i princip anses vara ett förkastligt tillvägagångssätt.” Hovrätten konstaterade att den provocerade tidigare varit ostraffad men nu förletts att begå ett förmögenhetsbrott. Hovrätten fann att det provocerande befälet genom sitt accepterande av planen visat oförstånd i sitt fullgörande av tjänsteplikt och dömdes för tjänstefel. HD kom att fastställa hovrättens dom.

Detta fall har av Strahl kategoriserats som ett fall av agent provocateur.¹⁵⁴ Strahl menar att befälens agerande inte var att beteckna som anstiftan, utan snarare medhjälp då befälet främjat brottet. Strahl menade att ansvarsfrihet för befälet följde av att dennes åtgärder avsåg att skydda intressen som de själva företrädde. Axberger har som ovan nämnts byggt vidare på detta synsätt.¹⁵⁵

Asp anser att Strahls och Axbergers slutsatser i samband med rättsfallet i viss mån saknar täckning då fallet inte behandlar befälens medverkansansvar. Vidare noterar Asp att befälen i detta fall faktiskt förfogat över det intresse som var föremål för provokationen. Även om det är tillåtet för en provokatör att anstifta brott mot sin egen rättsfär innebär inte detta per automatik att han har rätt att anstifta brott som är föremål för kriminalisering.¹⁵⁶

NJA 1953 s. 582 – ”Knivfällan”

Fallet NJA 1953 s. 582 rör främst ansvar för otillåten spaningsåtgärd och inte provokation i egentlig mening. Domslutet ger dock vissa principiella slutledningar. I rättsfallet hade polisen låtit en man som haft kontakt med den misstänkte ringa upp denne för att å polisens vägnar samla bevis om homosexuell otukt och tjänstefel (då den misstänkte ”till råga på allt” varit prästvigd!). HD fann att förundersökningsledarens metoder överskridit gränsen för det tillåtna, dylika metoder utgör enligt HD ingrepp i den enskildes integritet och en restriktiv användning är påkallad. Misstanken var inte tillräckligt stark och rörde sig ”bara” om ett ämbetsbrott. Förundersökningsledaren frikändes dock från anklagelserna om tjänstefel pga. av att han inte brutit mot någon uttrycklig lagregel eller klar praxis. Således genomför HD två, delvis skilda, bedömningar. Å ena sidan konstateras att gränsen för det tillåtna har passerats, å andra sidan finner HD ändock att förfarandet ur straffrättslig synpunkt var tillåten. Det är således värt att observera att icke straffsanktionerade åtgärder ändock kan vara otillåtna i en polisrättslig kontext.¹⁵⁷

Detta rättsfall har tagits till intäkt för att faktorer som graden av misstanke, den aktuella brottslighetens allvarlighet och förekomsten alternativa metoder tas med i den helhetsavvägning som bör ske för att bestämma

¹⁵⁴ Strahl, Ivar, *Svensk rättspraxis. Straffrätt 1948-1952*. SvJT 1953 s. 552-579 (s. 577).

¹⁵⁵ Axberger I s. 57.

¹⁵⁶ Asp s. 179.

¹⁵⁷ Jfr Asp s. 180 f.

tillåtligheten av okonventionella spaningsmetoder (däribland brottsprovokation).¹⁵⁸

I de nyss behandlade äldre rättsfallen NJA 1951 s. 111 resp. NJA 1953 s. 582 konstaterades det att provokatörens handlande varit omotiverat och alltför ingripande i förhållande till misstankens styrka och brottslighetens art. I det förra fallet dömdes det provocerande befälet för tjänstefel emedan provokatören i det senare fallet gick fri pga. avsaknad av befintlig praxis eller lagregel. Osäkerhet synes således råda i vilken mån en otillåten provokation grundar ansvar för tjänstefel men 1988 gavs ett gyllene tillfälle att klargöra förhållandena.

NJA 1988 s. 665 – ”Prejudikatet som inte blev av”

I detta rättsfall hade två polismän åtalats för vårdslös myndighetsutövning. Poliserna hade utom tjänst kommit i kontakt med A, en känd narkoman, och utgett sig för att vara spekulanter på narkotika. A saknade narkotika att leverera omedelbart och genom en mellanhand, B, (vilken erhöll taxipengar av den ena polismannen) ordnades kontakt med en tredje person, C. C ordnade efter vissa turer fram narkotikan och greps vid överlämnandet till poliserna.

Beträffande polismännens agerande menade åklagaren i sin gärningsbeskrivning att dessa provocerat fram ett brott och därigenom av grov oaktsamhet under myndighetsutövning åsidosatt sina enligt lag och gällande författning åligganden. Detta hade medfört förfång för de tre personerna som stod åtalade för narkotikabrott, vilket enligt åklagarens mening inte kunde vara att anse som ringa.

Poliserna frikändes i tingsrätten, vilken menade att det inte hade styrks att någon otillbörlig provokation förekommit.¹⁵⁹ Det bör noteras att ordföranden samt en nämndeman var skiljaktiga och ansåg att polismännen förmått de tre inblandade personerna till brottsligt handlande, vilket inneburit ett åsidosättande av lag eller annan författning som reglerat myndighetsutövningen. De skiljaktiga ansåg förvisso inte att polismännen uppsåtligt överträtt gällande bestämmelser men genom att underlåta att ta reda på vad som gällt för förfarandet hade polismännen handlat med en grov oaktsamhet.

Hovrätten kom att göra en helt annan bedömning, här dömdes polismännen för anstiftan och medhjälp till narkotikabrott. Denna dom är mycket märklig då åklagaren ej hade åtalat poliserna för detta brott! Hovrätten fann att ansvar för vårdslös myndighetsutövning inte kunde komma ifråga då polisernas handlande inte innefattade någon form av offentlig

¹⁵⁸ Axberger I s. 19.

¹⁵⁹ En dom som enligt Axberger förtjänar ”herostratisk ryktbarhet”, då både Hans Holmér och Tommy Lindström åberopades såsom rättskällor, samt att de tilltalade poliserna erhöll en av tingsrätten utdelad ”eloge för förtjänstfullt arbete på sin fritid”. Axberger II s. 76 f.

maktutövning.¹⁶⁰ Hovrätten valde av denna anledning att utreda om polisernas agerande istället kunde anses utgöra medverkan till brott.

Hovrätten konstaterade att A dömts till ansvar för tre olika narkotikarelaterade brott: för det första försök till narkotikabrott (*försök till överlåtelse*), för det andra narkotikabrott (*förvärv i överlåtelssyfte*) och för det tredje narkotikabrott (*innehav*). Vad gäller försöksbrottet ansåg hovrätten att försöket sannolikt inte hade genomförts utan polisernas provocerande medverkan. Polisernas agerande innebar att de *förmått* A i den mening som konstituerar anstiftan. Hovrätten poängterade dock att poliserna saknade uppsåt då de avsåg att beslagta narkotikan för att förhindra överlåtelse av densamma. Även beträffande de två följande narkotikabrotten bedömde hovrätten att dessa sannolikt inte skulle ha begåtts om inte provokationen genomförts. Beträffande uppsåtsfrågan fann hovrätten att poliserna avsett att förmå A, B och C att presentera narkotikan så att den kunde bli föremål för beslag. Med andra ord omfattade polisernas uppsåt det fullbordade brottet.

HD upphävde hovrättens dom beträffande anstiftan och medhjälp till narkotikabrott med motivering att denna var behäftad med ett grovt rättegångsfel. Rättegångsfelet i hovrätten bestod i att rätten hade dömt över ett uppsåtligt brott, vilket inte omfattades av åklagarens gärningsbeskrivning. Hovrättens friande dom rörande vårdslös myndighetsutövning betecknades lagakraftvunnen då åklagaren inte gått vidare, varvid HD inte kunde pröva denna del.

5.4.1 Kommentarer kring NJA 1988 s. 665

Asp menar att utgången i målet är olycklig då det ur rättslig synpunkt varit angeläget att få såväl medverkansansvaret och ansvaret för vårdslös myndighetsutövning utrett. Asp instämmer dock i hovrättens uppfattning innebärande att det inte är ett uttryck för maktbefogenhet att beställa narkotika. Asp poängterar att prejudikatvärdet givetvis begränsas genom de processuella felstegen, möjligtvis kan detta tas till intäkt för att även den sakliga bedömningen må vara bristfällig. Att märka är dock att hovrättens argumentation pekar på att svenska domstolar inte är helt främmande för att döma för medverkan i provokationsfall, och det faktum att rätten hade gjort ett formellt fel behöver inte beröva argumentationen i övrigt dess värde.¹⁶¹

Det kan kanske hävdas att utgången indikerar att problematiken inte är akut. En dylik slutsats bestrider Asp och anför att det framförallt för polisen är av vikt att veta huruvida provokation är en acceptabel arbetsmetod eller om den enskilde polismannen t.o.m. riskerar åtal. Att åtal de facto sällan väcks

¹⁶⁰ Värt att notera är att det idag är tillräckligt att åtgärderna är företagna vid myndighetsutövning, till skillnad från, det för rättsfallet gällande rekvisitet, i myndighetsutövning. Det förra uttrycket syftar till att vidga lagrummets tillämpningsområde, och kanske hade utgången i målet blivit annorlunda med denna lydelse.

¹⁶¹ Asp s. 181 ff.

mot poliser i provokationsärenden utgör ingen garanti för att så kommer vara fallet vid nästa tillfälle. För den enskilde polismannen som står under åtal är det en ”ringa tröst” att åtal uteblivit i motsvarande tidigare ärenden.¹⁶²

Trots att prejudikatet inte blev av menar Axberger att rättsläget ändå är relativt klarlagt - en klart lagstridig brottsprovokation grundar ansvar för tjänstefel – även om det återstår att få saken fastslagen i samtida praxis.¹⁶³

¹⁶² A.a. s. s.

¹⁶³ Axberger II s. 77.

6 Provokation och bevisförbud?

Teoretiskt skulle en otillåten brottsprovokation kunna föranleda olika typer av rättsföljder. Den provocerade vill säkert hävda att brottsprovokationen utgör en grund för *ansvarsfrihet*. Denna lösning accepteras inte i svensk rätt. Endast när polisen handlat extremt otillbörligt kan strafflindrig och påföljdseftergift komma ifråga. Bland övriga rättsföljder märks ansvar för tjänstefel samt den processuella sanktionen bevisförbud.

6.1 Bevisförbud pga. av otillåten provokation?

I denna del redogörs först kortfattat för principen om fri bevisprövning, vilken anses ha en central roll i svensk processrätt. Nästföljande avsnitt behandlar det för svensk rätt främmande institutet bevisförbud, vilket kan betecknas som ett avsteg från principen om fri bevisprövning. Anledningen härtill är att det på senare tid förekommit en diskussion i svensk doktrin huruvida bevisförbud kan utgöra en följd av en otillåten brottsprovokation, då svensk rätt har att ta hänsyn till Europakonventionen och dess vägledande praxis. Jag har därför funnit det relevant att kort redogöra för två, i sammanhanget, relevanta artiklar i Europakonventionen och tillhörande praxis.

6.1.1 Fri bevisprövning

Genom införandet av nya Rättegångsbalken år 1948 övergavs i svensk rätt den *legala bevisprövningen* definitivt. Denna teori hade, enkelt uttryckt, innebörden att vissa bevis var förbjudna samt att de tillåtna bevisens värde följde av vad som förskrivits i lag. Den legala bevisprövningen ansågs vid tiden för nya RB förlegad då den inte uppfyllde samtidigt ökade krav på flexibilitet i rättskipningen, vilket i förlängningen begränsade möjligheterna att inom ramen för processen uppnå det materiellt sanna i målet. Nya RB introducerade en legal reglering av den *fria bevisprövningen* i dess 35 kap. 1 § första stycke, vilket lyder enligt följande: *Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat.* Lagrummet anses allmänt innefatta två betydelsefulla bevisrättsliga principer; för det första innebär stadgandet att åberopad bevisning kan ligga till grund för avgörandet. Denna omständighet brukar betecknas som *fri bevisföring*. För det andra fastställer regeln att domstolen fritt har att bedöma den förebragda bevisningens värde i dess sammanhang, vilket benämns *fri bevisvärdering*.

En allmänt rådande uppfattning i svensk rätt är att all bevisning, oavsett om den upptagits i strid med en rättsregel eller rättsgrundsats, fritt får ingå i det processmaterial som ligger till grund för dom. Denna uppfattnings rättsliga grund kan dock ifrågasättas; RB 35:1 1 st. medger att allt som förekommit

skall beaktas *kan* beaktas vid avgörandet vilket, enligt Lundqvist, inte per automatik innebär att bevisningen *får* beaktas.¹⁶⁴ Lagrummets ordalydelse ger ingen ytterligare vägledning. Att domstolen i vissa fall äger att avvisa bevis är emellertid klart, exempelvis stadgar RB 35:7 följande: *Finner rätten, att omständighet, som part vill bevisa, är utan betydelse i målet eller att erbjudet bevis ej erfordras eller uppenbart skulle bliva utan verkan, må bevisningen ej tillåtas.*

6.1.2 Allmänt om bevisförbud

Detta avsnitt syftar till att ge en, för uppsatsen relevant, överskådlig bild av instrumentet bevisförbud. Genom att inte använda resultatet av en otillåten provokation i rättstillämpningen kan användningen av dylika åtgärder stävjas. Den provocerade skulle då hamna i motsvarande situation som om en ansvarsfrihetsgrund legat för handen. Skillnaden ligger i den rättspolitiska motiveringen.¹⁶⁵

Till skillnad från amerikansk rätt har svensk rätt en principiellt negativ inställning till konstruktioner där skyddet för den enskilda upprätthålls med hjälp av processuella förfaranderegler. Detta synsätt kommer till uttryck i rättsfallet NJA 1986 s. 489 där HD fastslog att ett blodprov som tagits av en obehörig person fick läggas till grund för en rattfylleridom. Om detta resonemang överförs på bevisning som åtkommit genom en otillåten brottsprovokation skulle denna således i princip kunna läggas till grund för dom, vilket är utgångspunkten. Sveriges bundenhet till Europakonventionens efterlevande samt europeisk praxis har gjort att Sveriges principiella motstånd mot bevisförbud har kommit att ifrågasättas på senare tid.

Ur ett samhällsligt perspektiv anses det mycket eftersträvansvärt att domstolarna kommer till materiellt riktiga domslut, vilka som så långt som möjligt återspeglar verkliga förhållanden. Detta synsätt var, som ovan framförts, grundläggande för övergången från legal till fri bevisprövning. Detta statliga *utredningsintresse* kan dock inte dras hur långt som helst utan måste vägas mot såväl allmänna som enskilda *skyddsintressen*. Stundtals har dessa skyddsintressen kommit till uttryck i rättsregler eller rättsgrundsatser, om dylik ledning saknas skall rätten utföra en *intresseavvägning*.¹⁶⁶ Ekelöf/Boman beskriver förhållandena enligt följande: ”I vissa fall har utredningsintresset emellertid fått vika för andra intressen, som ansetts motivera inskränkningar i den fria bevisprövningen. Genom att sålunda begränsa bevismaterialet av andra skäl än för att säkerställa en riktig

¹⁶⁴ Lundqvist, Ulf, *Bevisförbud : en undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång*, Uppsala, 1998. s. 225 ff. Problembilden kompliceras vidare av att andra rättskällor än rättegångsbalken gör sig påminda, såsom grundlagen, EG-rätten och Europakonventionen.

¹⁶⁵ Jfr Axberger I s. 64.

¹⁶⁶ Lundqvist s. 23 f.

bevisvärdering begränsas emellertid även möjligheterna till en sådan.”¹⁶⁷
Intresseavvägningen skall syfta till att åstadkomma trygghet och säkerhet i rättssamhället.¹⁶⁸

Avvägningsproblematiken kan vara vansklig; å ena sidan får inte skyddsintressena behäftas med en sådan dignitet att den samhälleliga rättskipningen blir ineffektiv till den grad att den ej förmår att skydda dessa värden. Annorlunda uttryckt kan ett alltför långtgående hänsynstagande till skyddsintressena leda till att dessa motverkar sina syften. Om å andra sidan en alltför tung vikt fästes vid utredningsintresset skulle detta leda till att samhället självt regelmässigt begår kriminaliserade gärningar i arbetet med att utreda brott, något som framstår som oacceptabelt. Samhället har medvetet och uttryckligen förklarat sig avstå från inställningen att ovillkorligen uppnå en materiellt riktig dom i de fall där dessa skyddsintressen efter avvägning fått avgörande betydelse.¹⁶⁹ Synsättet kommer till uttryck i Europakonventionens artikel 8, vilken ålägger stater att aktivt verka, genom lagstiftning eller på annat sätt, för att skapa och vidmakthålla ett effektivt skydd för den enskildes privatliv. Lundqvist anser att detta kan ske genom avvisning av oegentligt åtkommen bevisning.¹⁷⁰

Ett bevisförbud, som är ett samlingsbegrepp efter tysk förebild, kan aktualiseras efter att domstolen genomfört en intresseavvägning enligt avsnittet ovan. Begreppet är tudelat; dels innefattar begreppet ett förbud att åtkomma/upptaga bevisning, dels ett förbud mot att använda bevisning.¹⁷¹

Om bevis upptagits i strid mot något upptagnings eller åtkomstförbud enligt ovan aktualiseras frågan huruvida bevisningen får användas till grund för en brottmålsdom. Skulle så inte vara fallet inträder ett *osjälvständigt* användarförbud mot bevisningen. Momentet av osjälvständighet förutsätter en förgående kränkning av rättsregler eller rättsgrundsats.¹⁷² Exempel härpå är att den misstänkte misshandlats under förhör till dess att han erkänt brott. Detta erkännande får följaktligen inte läggas till grund för dom.

Ett *självständigt* användarförbud förutsätter ingen föregående kränkning utan bevisinsamlingen eller användandet *i sig motiverar förbud*. Lundqvist menar att okonventionella polisiära arbetsmetoder, såsom en otillåten provokation, kan utgöra grund för ett bevisförbud av denna typ.¹⁷³

Både det självständiga och det osjälvständiga användarförbudet träffar förhållanden under såväl förundersökning som rättegång och innefattar

¹⁶⁷ Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, *Rättegång. Fjärde Häftet*, Uppl. 6:3, 1995. s. 164.

¹⁶⁸ Lundqvist s. 26.

¹⁶⁹ A. a. s. 23.

¹⁷⁰ A. a. s. 240. Mer om Europakonventionens art. 8. Se avsnitt 6.1.4.1 nedan.

¹⁷¹ Lundqvist s. 26.

¹⁷² A. a. s. 28.

¹⁷³ A. a. s. 241.

åtgärder av domare, polis och åklagare.¹⁷⁴ Tanken att en provokation teoretiskt skulle kunna konstituera ett bevisförbud kräver inte att provokationshandlingen är olaglig, det räcker att den framstår som otillbörlig ur ett perspektiv med hänsyn tagen för den enskildes integritet till den grad att bevisningen inte får användas under rättegången.

6.1.2.1 Kritik mot konstruktionen

Det kan hävdas att bevisförbuds huvudsakliga funktion syftar till att upprätthålla skyddsintressena. Detta argument är dock knappast hållbart när en kränkning av skyddsintresset redan skett. Skadan är här redan skedd och det skyddsvärda intresset har härvid slagits i spillror – det finns inget intresse kvar att skydda från kränkning. En rättsstat skall dock aldrig genom eget otillbörligt handlande kunna tillskansa sig fördelar. När staten tvångsvis kränker skyddsintressen måste dessa handlingar ha legalt stöd.¹⁷⁵ Ett bevisförbud kan vidare framstå som vilseledande när det gäller otillåtna provokationer. Det otillbörliga momentet träffar snarare det förhållande att ett brott framprovocerats än att bevisningen framkommit på tvivelaktig väg.¹⁷⁶

Den fria bevisprövningen är alltså grundläggande i svensk rätt. Axberger uttalar att processuell sanktion inte kommer på fråga i fall av otillåten provokation, men att denna princip kan komma att åsidosättas pga. Sveriges bundenhet till Europakonventionen. Av det sista följer, enligt Axberger, att varje rättslig instans har att pröva om provokationen är att anse som konventionsstridig och om så är fallet föreligger hinder att fullfölja förfarandet.¹⁷⁷

6.1.3 Europakonventionen

Den 1 januari 1995 inkorporerades genom lag Europakonvention i svensk rätt.¹⁷⁸ Konventionen hade redan innan inkorporeringen rättsverkan i Sverige, genom att svenska domstolar tillämpat principen om fördragskonform tolkning. Ett antal provokationsfall har behandlats av Europadomstolen, vilket således är av intresse för svensk rättstillämpning.

¹⁷⁴ Ett användarförbud träffar normalt inte åtgärder utförda av privatpersoner. Det kan dock diskuteras huruvida privatpersoners agerande kan leda till att skyddsintressen kränks och med beaktande av Europakonventionen och 2 kap 6 § RF bör detta moment även ingå i problembilden. Se vidare Lundqvist s. 30 och s. 36.

¹⁷⁵ Lundqvist s. 238 f.

¹⁷⁶ Asp s. 222. Asp utvecklar ytterligare i kommentarer i anslutning till de Castro-fallet nedan.

¹⁷⁷ Axberger II s. 77 ff.

¹⁷⁸ Lag (1994:1219) om inkorporering av Europakonventionen.

6.1.4 Praxis från Europadomstolen

6.1.4.1 Artikel 8

Europakonventionens artikel 8 stadgar att alla har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens. Artikelns andra stycke räknar upp undantag när ett ingrepp mot de i första stycket uppräknade rättigheterna inte är att anse som konventionsstridigt. Undantagen kräver att ingreppet är lagligt, ägnat att tillgodose vissa allmänna eller enskilda intressen (vilka räknas upp i artikeln) samt att ingreppet är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.

Fallet Lüdi¹⁷⁹

I klagomål till Europadomstolen anförde Lüdi att hans rätt till respekt för privatlivet (art. 8) hade kränkts då han blivit manipulerad (och telefonavlyssnad) av en s.k. undercover agent. Agenten hade uppgivit sig vara spekulant på två kilo kokain som Lüdi förklarar sig vara villig att sälja. Varje kontakt skedde på agentens initiativ.

Lüdi anförde i sin talan att agenten på ett bedrägligt sätt använt sig av den information han erhållit genom en lång personlig kontakt med Lüdi. Lüdi menade att dessa kränkningar inte kunde rättfärdigas då de inte var ”in accordance with the law”.¹⁸⁰

Europadomstolen fann dock inte att användandet av en agent kränkt Lüdis privatliv till den grad att det skulle kunna bli fråga om ett brott mot art. 8, Europakonventionen. Domstolen påpekade att Lüdi måste ha varit medveten om risken att möta en polis med uppgift att avslöja honom när han gav sig i kast med att ägna sig åt narkotikaaffärer. Möjligtvis kan utgången i målet tolkas som att det inte finns något skydd mot provokation (och infiltration) i artikel 8. Värt att notera är dock att det synes ha varit fråga om en (tillåten) bevisprovokation. Hade provokationen bedömts som otillåten kanske utgången hade blivit annorlunda. Hur det än förhåller sig med den saken uttalades i de Castro- domen att om det konstateras att en otillåten provokation som strider mot artikel 6 behöver det ej utredas vidare om förfarandet även kränkt artikel 8.¹⁸¹

6.1.4.2 Artikel 6

Det har ifrågasatts huruvida brottsprovokation kan innebära rätten till en rättvis rättegång, enligt art. 6 Europakonventionen, åsidosätts. Artikel 6 Europakonventionen syftar till att garantera rättssäkerhet genom att bl.a. förskriva att domstolar skall vara oavhängiga och opartiska, att oskuldspresumtionen gäller och att den misstänkte ges rätt att bereda och

¹⁷⁹ Lüdi mot Schweiz, ECHR, Ser. A, No. 238, 1992.

¹⁸⁰ A. a. § 35.

¹⁸¹ Teixeira de Castro mot Portugal, ECHR, Rep. 1998-IV s. 1451. § 43.

utföra sitt försvar. Rätten till en rättvis rättegång anses vidare innefatta principerna om parternas likställdhet, rätten till ett kontradiktoriskt förfarande (vilket innefattar bevisupptagning) samt att den tilltalade inte är skyldig att lämna uppgifter till sin nackdel.¹⁸² Vid prövningen av huruvida rätten till en rättvis rättegång har kränkts ses till *förfarandet i sin helhet*.

¹⁸² Lundqvist s. 51 ff.

Teixeira de Castro mot Portugal¹⁸³

I detta uppmärksammade fall från Europadomstolen hade två civilklädda narkotikapoliser kontaktat en känd langare vid ett flertal tillfällen för att köpa narkotika. Försöken misslyckades men langaren hänvisade till en annan aktör; de Castro. Genom langarens försorg lyckades poliserna få de Castro att erbjuda dem 20 gram heroin. Den provocerade, dvs. de Castro, åkte och införskaffade narkotikan, vilket var en direkt följd av den beställning som poliserna placerat.

Efter det att de Castro dömts till sex års fängelse för narkotikabrott klagade denne till Europakommissionen. Som grund för sin talan anförde de Castro att polisens agerande hade kränkt Europakonventionens artikel 6 om rätten till en rättvis rättegång då polisen förmått honom att begå ett brott.

Kommissionen hänsköt ärendet till Europadomstolen, vilken fann i sitt avgörande att polisen orsakat att de Castro *genomfört ett brott han annars inte hade begått*, vilket konstituerade en kränkning av Europakonventionens art 6. Polisens förfarande hade utnyttjats till nackdel för den tilltalade och av dessa skäl var de Castro berövad rätten till en rättvis rättegång.

Domstolens bedömning tog sin utgångspunkt i att bedöma huruvida *förfarandet som helhet var att anse som rättvist*, varvid bevisåtkomstsättet tillmättes betydelse trots att tillåtligheten av bevisning är en fråga som primärt ankommer på de nationella domstolarna att bedöma.¹⁸⁴ Domstolen påpekade att, även i fråga om organiserad brottslighet, skall användandet av undercover-agenter ske med viss restriktivitet pga. hänsyn tagen till den enskildes integritet. Efter dessa allmänna uttalanden behandlade domstolen det aktuella fallet. Den avgörande frågan synes vara om poliserna endast agerat som undercover-agenter eller om de därtill provocerat fram det aktuella brottet. Uppdelningen motsvarar i princip särskiljandet i svensk rätt mellan brotts- och bevisprovokation.

Inledningsvis jämförde domstolen med vad som kommit fram i fallet Lüdi, där inte provokationen ansågs passera gränsen för det tillåtna. Skillnaden mellan det förevarande fallet och "Lüdi-fallet" var flera; det hade inte inletts någon förundersökning mot de Castro, först genom medverkan av mellanhänder hade polisen upprättat kontakt med de Castro och narkotikan hade transporterats i flera led innan överlämnandet. Det kunde inte fastslås att de Castro hade haft till avsikt att föröva brott utan polisens aktiva handlande.¹⁸⁵

Nästa steg var för domstolen att avgöra om poliserna handlat som undercover-agenter eller, ett steg längre, som provokatörer. Domstolen

¹⁸³ Teixeira de Castro mot Portugal, ECHR, Rep. 1998-IV s. 1451.

¹⁸⁴ Domen § 34.

¹⁸⁵ Domen § 37.

konstaterade att poliserna ej handlat under överseende av domare och att inte heller myndigheterna haft misstankar mot, den tidigare ostraffade, de Castro. Domstolen poängterade att de Castro varit tvungen att införskaffa narkotikan, han hade initialt inte haft några droger hemma. Det innehav som de Castro haft vid gripandet motsvarade precis den beställning som poliserna placerat, ingen ytterligare narkotika hittades. Domstolen fann att det var osäkert huruvida de Castro skulle ha begått brottet utan den föregående provokationen, poliserna hade snarare anstiftat ett brott än utrett tidigare brottslighet. Något förenklat kan det uttryckas att poliserna utfört en brottsprovokation då de handlat mer aktivt än vad som gäller för ”undercover agents”, då inget talade för att brottet kommit till stånd utan polisernas agerande. Sammantaget fann domstolen, i enighet med de nyss anförda faktorerna, att art. 6 kränkts då provokationen medförde att förfarandet i sin helhet inte var att anse som rättvist.¹⁸⁶

Det är svårt att i domskälen utläsa vilka av de uppräknade faktorerna som tillmätts avgörande betydelse. En avgörande faktor synes dock vara frågan huruvida polisen utövade undercover-verksamhet eller ej. I denna bedömning tas hänsyn till *subjektiva* omständigheter såsom den provocerades brottsbenägenhet. Vid fastställandet av brottsbenägenheten märker domstolen att de Castro vid tidpunkten för provokationen inte innehade någon narkotika och att han anskaffade narkotika motsvarade just den mängd som polisen hade beställt.

I den vidare argumentationen utreder domstolen huruvida polisen förhållit sig passiv eller på ett mer aktivt sätt förmått de Castro att begå det aktuella brottet. Denna bedömning är *objektiv* och tar sin utgångspunkt i polisens handlande, om de i sitt handlande passerat gränsen för det tillåtna.

Som sagt är det svårt att av domskälen utläsa vilka faktorer som vägt tyngst vid fastställandet av provokationens tillåtlighet. Några omständigheter domstolen tar upp är: (1) att provokationen inte skett inom förundersökning, (2) att aktionen skett utan domares överseende, (3) att provokationen inte kunde hänföras till någon särskild aktion mot droger, (4) att den provocerade inte var misstänkt för den förevarande typen av brottslighet samt (5) att denne inte kunde visas vara brottsbenägen.

Jag tolkar de tre första punkterna uttrycker en önskan om att provokationsbeslut bör fattas och planeras av högre befattningshavare, inte den enskilde polismannen ute på fältet. Regler om att provokationsbeslut skall fattas på viss nivå (åklagare) återfinns som bekant i svensk rätt, de svenska kraven kan således här antas överensstämma med Europakonventionen. Kravet på att provokationen skall företas inom förundersökning talar för att Europadomstolen inte accepterar provokationen i brottsförebyggande syfte.¹⁸⁷ Även kravet på misstanke av

¹⁸⁶ Domen § 39.

¹⁸⁷ Lundqvist, Ulf, *Polisprovokation och bevisförbud*, i SvJT 1999 s. 903. [Cit. Lundqvist II] s. 908.

viss grad återfinns i svensk rätt som ett avgränsningskriterium vid bestämmandet provokationens tillåtlighet. Den sista punkten, fastställandet av den provocerades brottsbenägenhet torde motsvara principen om att ingen skall förmås att begå ett brott denne annars inte skulle ha begått.¹⁸⁸

Asp avfärdar flera av punkterna som irrelevanta eller av begränsad betydelse vid bedömningen huruvida den provocerades rättigheter enligt art. 6 kränkts. Den grundläggande utgångspunkten måste enligt Asp vara att det är *otillbörligt att förmå någon att begå ett brott denne annars inte skulle ha begått*. Denna bedömning är således av subjektiv karaktär och avgörande betydelse synes fästas vid de fakta att den provocerade vid tidpunkten för provokationen inte hade narkotikan i sin besittning samt att han frampresterat just den efterfrågade mängden. De tre förstnämnda punkterna borde inte påverka otillbörlighetsbedömningen. Att provokationen skett på ett okontrollerat sätt inverkar inte på det förkastliga i att förmå någon att inleda ett brottsligt handlande denne annars inte hade initierat.¹⁸⁹

6.1.5 Europadomstolen och rättsföljd av otillåten provokation

För det fall att europadomstolen funnit att artikel 6 Europakonventionen kränkts är nästa steg för domstolen att bestämma hur den berörda konventionsstaten skall agera. Den provocerade skall i en dylik situation ges möjlighet till resning eller skadestånd.¹⁹⁰

För att en provokation skall anses konventionsstridig enligt art. 6 Europakonventionens tillämpningsområde krävs att den provocerade på något sätt kommit att anklagas för det framprovocerade brottet. Kravet på att den provocerade anklagas för brottet är inte absolut. Det kan tänkas att konventionsstaten kompenserar den provocerade exempelvis genom att bortse från den bevisning som frambringats av provokationen (en processuell metod) eller genom att den provocerade åtnjuter straffflinring eller påföljdseftergift (straffrättslig metod).

6.1.5.1 Bevisförbud i svensk rätt genom Europakonventionens efterlevande?

Den svenska grundläggande principen om fri bevisprövning har av somliga ansetts få stå tillbaka till förmån för vad som följer av Sveriges bundenhet av Europakonventionen. Av vad som ovan framgått är otillåtna brottsprovokationer enligt svensk rätt i princip även konventionsstridiga.¹⁹¹

¹⁸⁸ Om den provocerade själv initierat handlandet och provokatören förhållit sig passiv genom händelseförloppet är inte förfarandet i helhet att anse som orättvist, se Asp s. 213 och det däri refererad praxis.

¹⁸⁹ Asp s. 215 ff.

¹⁹⁰ A.a. s. 218.

¹⁹¹ Jfr Axberger II s. 78.

Provokationen kom i de Castro-fallet att prövas av Europakonventionens straffprocessuella förfaranderegler varvid ett förbud mot att använda, den genom provokationen åtkomna, bevisningen inträdde.¹⁹² Det har hävdats att fallet medger att rättsföljden av en otillåten brottsprovokation är bevisförbud. Europadomstolen uttalar att allmänna intressen inte kan rättfärdiga användandet av bevis som åtkommit genom ett otillbörligt handlande från polisen. Den bevisning som enligt detta synsätt kommer att förbjudas är provokatörens vittnesmål. Lundqvist menar att rättsfallet illustrerar att det statliga utredningsintresset har en gräns och att otillåtna provokationer kan innebära att denna gräns överskrids. Av detta följer enligt Lundqvist att bevis som härrör från otillåtna provokationer inte skall få användas.¹⁹³ I svensk rätt tillåts bevisning som upptagits/åtkommit i strid med en rättsregel eller rättsgrundsats läggas till grund för dom. Lundqvist menar att denna konsekvens av den fria bevisprövningen avviker från domen i de Castro-målet och, mer eller mindre, avviker från vad som gäller i andra europeiska stater. Lundqvist efterlyser med anledning härav en justering av svensk bevisrätt rörande oegentligt åtkommen bevisning för att uppnå internationell standard, förslagsvis genom en föredragskonform tolkning av RB 35 kap. 1 § första stycket.¹⁹⁴

Asp hittar dock en annan infallsvinkel då han menar att det är vilseledande att tala om bevisförbud i detta sammanhang då ett bevisförbud syftar till att förbjuda åtal mot den ifrågavarande gärningen. Det är inte främst bevisningen i sig som är otillbörligt åtkommen, utan det som skall bevisas - själva brottet - som har skapats på ett otillbörligt sätt. I sammanhanget erinrar Asp att principen om fri bevisprövning är grundläggande i svensk rätt. Asps tolkning av de Castro-domen innebär att bevisförbud *inte* måste utgöra följderna av en otillåten provokation. Enligt Asp skall det göras en helhetsbedömning av det nationella förfarandet. Slutsatsen blir att det finns andra möjligheter för att garantera att ett framprovocerat brott blir förenligt med Europakonventionen, genom att den provocerade "kompenseras" på något annat sätt, exempelvis genom att provokationen beaktas vid straffmätningen.¹⁹⁵ Det kan vara på sin plats att erinra om att det i domen anges att konventionsstaterna ges handlingsfrihet beträffande bevisfrågor. Asp synes mena att det således är upp till den enskilda konventionsstatens eget skön att se till att förfarandet i sin helhet blir att anse som rättvist. Som ovan framgått finns i praxis, NJA 1985 s. 544, möjlighet för svenska domstolar att meddela strafflindring när provokationsåtgärder framstår som uppenbart otillbörliga.

Axberger anser att bevisning som åtkommit på ett otillbörligt sätt smittats av sitt ursprung och därför principiellt inte bör tillåtas. Axberger anser, likt Asp, att det inte är bevisningen som åtkommit på ett otillbörligt sätt utan

¹⁹² Lundqvist II, s. 903 ff.

¹⁹³ A. a. s. s.

¹⁹⁴ A. a. s. 911.

¹⁹⁵ Asp s 219 ff.

den framprovocerade gärningen.¹⁹⁶ Axberger noterar dock att Europadomstolen de facto genom tillämpning av processuella regler satt gränsen för provokationens tillåtlighet. Genom Sveriges bundenhet till Europakonventionen kan principen om fri bevisprövning ge vika. Axberger utvecklar och konstaterar för det första att provokationer som är otillåtna enligt svensk rätt i princip även är konventionsstridiga. Europakonventionen binder Sverige och därmed hela det svenska rättssystemet, varför varje rättslig instans måste beakta huruvida en provokation är konventionsstridig. Axberger menar att detta i praktiken innebär att det föreligger hinder att fullfölja förfarandet om en konventionsstridig provokation konstateras. Axberger ser möjligheten att bevisförbud pga. av otillåten provokation på denna väg introduceras i svensk rätt då det är "... troligare att rättsutvecklingen rörande detta kommer att följa konventionens rättighetsgarantier än inhemska principer."¹⁹⁷

6.2 Alternativa lösningar

Europadomstolen menar att artikel 6 tar sikte på att utreda huruvida förfarandet som helhet kan anses vara rättvist. Därmed kan det hävdas att brott mot artikel 6 inte föreligger om den provocerade kompenseras under straffprocessen. Kompensationen, vilken kan bestå i att den provocerade går fri från straff eller erhåller ett lindrigare straff, skulle beaktas redan vid bedömningen om artikel 6 överhuvudtaget har kränkts.¹⁹⁸ Europadomstolen skulle knappast anse att det förelåg ett brott mot artikel 6 om den provocerade visserligen blivit föremål för en straffprocess men erhållit påföljdseftergift pga. provokationen. Vidare kan det mycket väl vara förenligt med art. 6 att lagföra den provocerade om provokationen är "mild", dvs. då provokationen inte är av den karaktär att det skulle strida mot artikel 6 att döma den provocerade.

6.2.1 Processhinder

Det kan hävdas att en otillåten provokation enligt Europakonventionen skall leda till förbud att åtala den provocerade. Enligt detta synsätt anses den kränkning som en brottsprovokation innebär ej kunna kompenseras senare under förfarandet. Lagföring av det framprovocerade brottet är otillåten. Således hävdar denna argumentationslinje att en otillåten brottsprovokation är ett processhinder.

Enligt Asp är en tolkning enligt förra stycket alltför långtgående. Europadomstolen skall som bekant utreda om hela förfarandet varit rättvist och däri beakta samtliga relevanta omständigheter. Denna bedömning kan mycket väl konstatera att ett framprovocerat brott inte nödvändigtvis medför att hela förfarandet är att anse som orättvist. Nationella kompensationer som

¹⁹⁶ Axberger II s. 72 f.

¹⁹⁷ Axberger II s. 78.

¹⁹⁸ Asp s. 227 ff.

bevisförbud, straffflindring eller påföljdseftergift kan återigen, enligt Asp, medföra att förfarandet inte är att anse som orättvist. Det centrala ur konventionsperspektivet är ett godtagbart resultat.¹⁹⁹

6.2.2 En tysk lösning på de Castro-problemet

I Tyskland anses förekomsten av brottsprovokation beaktas vid straffmätningen.²⁰⁰ I ett tyskt rättsfall hade en italienare provocerat en landsman att frambringa narkotika.²⁰¹ Provokatören var inte polis men samarbetade med polisen i diverse brottsbekämpande aktioner. Efter att ha redogjort för tidigare tysk praxis rörande brottsprovokation gick Bundesgerichtshof (BGH) över till att bedöma huruvida en ”straffmätningenslösning”, innebärande att den provocerade kompenseras vid straffmätningen så att inte hela förfarandet framstår som orättvist, var förenligt med vad Europadomstolen kommit fram till i de Castro-fallet.

BGH konstaterade att straffmätningenslösningen kunde utgöra tillräcklig kompensation för brott mot artikel 6. Domstolen fann att det fall som var uppe för bedömning inte på något väsentligt sätt skiljde sig från omständigheterna i de Castro-fallet och att bedömningen borde ske på ett likartat sätt. De olikheter som fanns mellan fallen, bl.a. att provokationen i det tyska fallet inte genomförts av en polis samt att den provocerade dömts på grundval av annan bevisning än provokatörens vittnesmål, ansåg inte BGH tala för att en annan bedömning. Efter detta konstaterande poängterade BGH att de Castro-fallet inte kunde tolkas så att ett principiellt förbud mot att lagföra den provocerade förelåg. Domstolen noterade dock att det i de Castro-fallet inte framgick huruvida ett brott mot artikel 6 föreligger redan vid konstaterandet av en brottsprovokation eller om det krävs en efterföljande straffprocess för att artikeln skall anses vara kränkt.

Vidare förkastade domstolen en ”bevisförbudsmetod” som orimlig och menade att en ”processhindersmetod” endast kunde aktualiseras när den dömande domstolen inte hade tillräckligt utrymme att beakta brottsprovokationen vid straffmätningen. Processhindersmetoden bedömdes av domstolen som en ”antingen-eller -lösning”, en mer differentierad lösning är att föredra då omständigheterna i olika provokationsfall kan vara av växlande styrka.

Sammanfattningsvis innebär denna metod att genom att beakta brottsprovokationen vid straffmätningen kompenseras den provocerade för det konventionsbrott denne blivit föremål för genom lagföringen av det framprovocerade brottet. En särskild fördel med denna metod är vidare

¹⁹⁹ A.a. s. 223 f.

²⁰⁰ Enligt Asp kan detta förhållande delvis förklaras med att den tyska polisen i större omfattning och på ett mer offensivt sätt, jämfört med svenska förhållanden, använder sig av brottsprovokation. Följaktligen aktualiseras frågan oftare i tysk rätt. Asp s. 225.

²⁰¹ NJW 2000 s. 1123. Fallet hämtat från Asp s. 225 ff.

enligt BHG att Tyskland undviker att bli föremål för en fällande dom pga. av brott mot Europakonventionen.

7 Bör brottsprovokation lagregleras i svensk rätt?

7.1 SOU 2003:74

I delbetänkandet ”Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen”, SOU 2003:74, föreslår Beredningen för rättsväsendets utveckling (BRU) en legal reglering av bl.a. provokationsinstrumentet. I detta avsnitt redogörs först för innehållet i utredningen. Sedan följer vad JK och JO avgett i sina remissyttranden över betänkandet.

7.1.1 Behov och form

BRU konstaterar att följande förhållanden råder: *att* provokation i viss omfattning används i dagsläget av såväl svensk som utländsk polis, *att* resultaten av provokationer används i brottsutredningar samt i myndigheternas preventiva arbete och *att* resultaten av provokation accepteras som bevis i rättegång. Utredningen framhåller att integritetsintrånget vid tillämpandet av de okonventionella arbetsmetoderna inte är av den art som gör att metoderna aldrig skulle få användas. Det blir i varje enskilt fall fråga om en avvägning mellan den personliga integriteten och brottsbekämpningens effektivitet. Detta synsätt stöds enligt BRU av en mängd länder där metoderna är tillåtna. Utredningens uppfattning är att vissa provokativa åtgärder även fortsättningsvis får användas.²⁰²

BRU föreslår att provokativa åtgärder skall ges uttryckligt lagstöd. Då det saknas uttryckligt lagstadgat skydd mot metoderna i konvention, grundlag eller lag kan inte lagstöd krävas av dessa skäl. Det finns enligt BRU dock andra faktorer som kan motivera att provokation bör ges en legal reglering. Bland dessa faktorer märks rättsäkerhetskravet för förutsebarhet och den enskilde polismannens behov av att veta inom vilka ramar han kan agera. BRU instämmer i Helmius slutsats innebärande att dagens tillämpning av arbetsmetoderna inte strider mot legalitetsprincipen emedan det föreligger ett allmänt behov av tydliga linjer för den offentliga maktutövningen, inte minst för att reducera risken att metoderna används på ett felaktigt sätt.²⁰³ Utredningen menar att det sammantaget finns ett behov av laglig reglering på området.

BRU menar att det är mest lämpligt att reglera brottsprovokation som ett *straffprocessuellt tvångsmedel*. Ett straffprocessuellt tvångsmedel är enligt BRU ”en metod som under vissa förutsättningar får användas i brottsutredande syfte under en förundersökning”. BRU vill således markera

²⁰² SOU 2003:74 s. 136 f.

²⁰³ Helmius s. 193.

att åtgärderna endast får företas i brottsutredande syfte, brottsförebyggande aspekter skall inte tillmätas någon betydelse.²⁰⁴

7.1.2 Närmare om provokationsregleringen

BRU föreslår att det skall föras in en bestämmelse i RB:s 27:e kapitel för att reglera provokationsinstrumentet. Regleringen skall ta sikte på fängelsesanktionerade brottstyper, beslut skall fattas av åklagare eller undersökningsledare och åtgärderna skall dokumenteras. Utredningens förhoppning är att den krångliga gränsdragningsproblematiken mellan brotts- respektive bevisprovokation undviks genom att termerna utesluts från lagtexten. I stället föreslår BRU det mer neutrala ordet ”åtgärd”. Regleringen skall träffa de åtgärder som kan föranleda någon att begå en kriminaliserad handling. Åtgärderna skall således innehålla moment av frestelse, initiativ, uppmuntran eller annan stark påverkan. Saknas dessa moment omfattas inte åtgärden av regleringen. Syftet med dessa provokativa åtgärder skall vara att belysa förhållanden som är av betydelse vid utredning av brott, bestämmelsen får härigenom ett vidare tillämpningsområde än om syftet exempelvis begränsats till att skaffa fram bevisning.²⁰⁵

Principen om att provokativa åtgärder inte får leda till att brott begås som annars inte skulle ha begåtts är av sådan vikt att BRU anser att den bör ingå i lagtexten. Utredningen vill dock vända på formuleringen och föreskriva att den brottsutredande myndigheten *får vidta en åtgärd som kan föranleda någon att begå ett brott om det kan antas att denne ändå skulle komma att begå samma eller en liknande gärning utan den föregående provokationen*. Passiva åtgärder faller utanför tillämpningsområdet om de typiskt sett inte leder till brottslighet (”ren bevisprovokation”), liksom åtgärder som inte kan betecknas som provocerande då de utgör ett neutralt svar på en handling som initierats av gärningsmannen.²⁰⁶ Detta bildar en nedre gräns för vad som skall betecknas som provokation. Å andra sidan får inte åtgärderna vara alltför pådrivande, innebärande att frestelserna, lockelserna etc. får inte leda till att den utsatte begår ett brott denne annars inte skulle ha genomfört. Detta utgör en övre gräns för provokationens tillåtlighet. Bedömningen huruvida brottet ändå skulle ha kommit till fullbordan är vansklig, varför utredningen förslår att uttrycket *kan antas* infogas i lagtexten. Annorlunda uttryckt får polisen vidta en provokativ åtgärd om det kan antas att brottet, eller en liknande gärning, ändå skulle ha utförts. BRU:s förhoppning är att de brottsutredande myndigheterna ges något större möjligheter att använda sig av provocerande åtgärder samtidigt som de grundläggande principerna om provokationers tillåtlighet inte kommer rubbas.²⁰⁷

²⁰⁴ SOU 2003:74 s. 139.

²⁰⁵ A.a. s. 145.

²⁰⁶ A.a. s. 153 ff.

²⁰⁷ A.a. s. 155 f.

Utredningen stöder Asps uppfattning innebärande att domstolen skall ges utrymme att i vissa fall meddela strafflindning och påföljdseftergift för den provocerade.²⁰⁸ Fokus riktas istället mot på att, vid det här laget välbekanta, punkterna för tillåtligheten av okonventionella spaningsmetoder uppfylls.

Utredningen föreslår att en paragraf, 17 a, införs i RB:s 27:e kapitel och får följande lydelse:

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.

7.1.2.1 Graden av misstanke och brottsligheten grovhet

Enligt BRU är det nödvändigt att styrkan av misstanke preciseras för att de provocerande åtgärderna skall få genomföras. Ståndpunkten motiveras utifrån rättssäkerhetskravet på förutsägbarhet för den enskilde jämte förhoppningen att effektiviteten hos de brottsutredande myndigheterna upprätthålls. Liksom Axberger menar utredningen att det är omöjligt att generellt bestämma hur stark graden av misstanke måste vara för att den provokativa åtgärden skall få genomföras.²⁰⁹ Enligt RB 23:1 skall förundersökning inledas när det finns *anledning att anta* att ett brott under allmänt åtal har utförts. Enligt utredningen finns det ingen anledning att kravet skall vara högre för att få genomföra provokativa åtgärder, eftersom åtgärderna inte skall begränsas till situationer där det finns en viss, skäligen misstänkt person.

Det hävdas att provokation bara kan tillåtas vid grov brottslighet, men BRU ansluter till Axbergers uppfattning innebärande att detta inte är ett absolut krav.²¹⁰ Enklare, svårupptäckt brottslighet skall således kunna bli föremål för provokativa åtgärder. Utredningen anser att det är tillräckligt att fängelse finns i straffskalan för det aktuella brottet.

7.2 Kritik mot förslaget

7.2.1 JO

JO har kommenterat SOU 2003:74 i ett remissvar.²¹¹ Däri är JO mycket kritisk till bl.a. vad BRU:s slutsatser beträffande en reglering av

²⁰⁸ SOU 2003:74 s. 157.

²⁰⁹ Jfr avsnitt 3.3.1.2 ovan.

²¹⁰ Jfr ovan avsnitt 3.3.1.3.

²¹¹ JO Dnr: 4163-2003.

provokationsinstrumentet. Inledningsvis konstaterar JO att de förslagna förändringarnas effekter för den enskildes rättssäkerhet är undermåligt utredda samt att förslagen även är behäftade med juridiska brister. Detta medför enligt JO att det finns en överhängande risk för att allmänhetens förtroende för polisen urholkas.

För det första ifrågasätter JO lämpligheten av att beteckna provokation som ett straffprocessuellt tvångsmedel. JO tolkar BRU:s syn på tvångsmedelsbegreppet som en reglerad utredningsmetod som används under förundersökning. JO exemplifierar med hur en dylik tolkning skulle leda till absurda resultat, exempelvis skulle ett inhämtande av yttrande från en sakkunnig, enligt 23 kap. 14 § RB, vara att anse som ett tvångsmedel enligt definitionen. JO menar att den gemensamma nämnaren för straffprocessuella tvångsmedel är att de innebär påtvingade ingrepp i den enskildes person eller egendom. Provokation är enligt JO en arbetsmetod som i princip helt saknar inslag av tvång. JO menar sammanfattningsvis att provokation rimligtvis inte kan betraktas som ett straffprocessuellt tvångsmedel varför en eventuell reglering inte skulle passa in i RB:s 27:e kapitel som BRU föreslagit.

JO anser att de principer som i dagsläget reglerar provokationers tillåtlighet ger uttryck för avvägningar mellan effektivitets- och rättssäkerhetsintressen. JO noterar vidare att dessa principer är förenliga med de allmänna principer som styr polisiär verksamhet och gällande lagstiftning. JO instämmer med BRU:s uppfattning om att det inte föreligger något krav på att lagreglera provokationsinstrumentet.

Det förslag som BRU presenterat avviker enligt JO kraftigt från gällande ordning. Åtgärderna i den föreslagna regleringen är sådana att de kan föranleda någon att begå en brottslig gärning. JO tolkar detta som att syftet primärt är att förmå den provocerade att begå ett brott dvs. brottsprovokation. BRU har dock satt gränser för denna brottsprovokation, åtgärden skall kunna hänföras till utredning om ett tidigare begånget brott samt att det måste kunna antas att den provocerade skulle komma att begå samma eller en liknande gärning även om provokationen inte genomförts.

Enligt JO är sambandet mellan intresset av att utreda det begångna brottet och det brott som framkallas genom provokationen svagt i BRU:s förslag. Det kan konstateras att det inte är sannolikt att provokationen kan förväntas resultera i bevisning framkallas rörande annat brott än det polisen iscensatt. En stor dos tur krävs enligt JO för att polisen skall kunna få bevisning om ett visst tidigare begånget brott, det kan inte förutsättas att den som befinnas skyldig till att ha utfört ett visst brott tidigare genomfört en liknande handling. JO spetsar till tankegången genom att beskriva att "...sannolikt mer än en person i trakten skulle kunna vara intresserad av att stjäla motorcyklar...".²¹² Möjligtvis har BRU den förhoppningen att en person som ertappas för ett visst brott erkänner tidigare brottslighet av samma typ.

²¹² A. a. s. 6.

JO avfärdar dock denna tankegång då erkännanden under förundersökning har ett begränsat bevisvärde i en rättegång. Enligt JO blir det fråga om ett famlande i blindo efter brottsbenägna personer med förhoppningen att få dem lagförda för åtminstone något brott. JO anser att formuleringen ”det kan antas” endast ger uttryck för en svag förmodan. Slutsatsen JO kommer fram till i enighet med det nyss anförda är att BRU:s förslag på lagreglering av provokativa åtgärder i praktiken kommer träffa icke-riktade provokationer, således metoder som i dagsläget inte anses tillåtna.

Ren bevisprovokation (dvs. att den provocerade inte begår ett brott genom den föregående provokationen) ligger utanför regleringen. JO förutsätter att BRU:s avsikt inte varit att förbjuda denna typ av provokation, ingen ytterligare ledning står att finna i förslaget. Härav anar JO att BRU avsett att det både skall finnas lagreglerade och icke-reglerade provokationer, något som ur rättssäkerhetssynpunkt framstår som oacceptabelt.

Även i andra delar avviker lagförslaget från gällande regler, enligt JO. Enligt gällande rätt krävs som bekant en stark misstanke om grov brottslighet. BRU:s lagförslag reducerar detta krav kraftigt då det enligt förslaget är tillräckligt med det svaga misstankekrav som gäller för att förundersökning skall initieras, dvs. att det föreligger anledning att anta att ett brott har begåtts, kompletterat med regeln om att fängelse finns i det aktuella brottets straffskala. BRU anser med anledning härav att provokationsbeslut skall kunna fattas av annan förundersökningsledare än åklagare. JO anser att det urholkar den enskildes rättsäkerhet om provokationsbeslut kan fattas av ”...befattningshavare med begränsad juridisk kompetens...”.²¹³

Vidare har BRU en positiv attityd till användandet av privatpersoner i provokationsåtgärder, men utredningen understryker att de principer som JK och JO uttalat måste beaktas. JO invänder i sitt remissvar att de uttalanden som BRU hänvisat till tar sikte på de situationer då en bevisprovokation genomförts enligt nu gällande regler och principer. Lagregleringen BRU föreslagit skall även omfatta vissa former av brottsprovokation, vilket enligt JO medför radikalt ändrade förhållanden. Risken att en privatperson vid en brottsprovokationssituation gör sig skyldig till brott är överhängande. Att denna agerat för polisens räkning spelar enligt JO ingen roll. Av detta följer enligt JO ett krav på att en laglig straffrihetsgrund för personer som handlar för polisens räkning införs. JO menar att en dylik lagregel kräver juridiska överväganden, vilket fattas i förslaget.

Sammanfattningsvis finner JO att BRU:s föreslagna reglering står i uppenbar strid med de rättssäkerhetskrav som skall gälla i en rättsstat. Förslaget kan inte heller antas medföra någon reell ökning av effektiviteten i brottsbekämpningen. JO avfärdar förslaget om att polisen skall kunna förmå personer att begå brott då det enligt hans mening begås tillräckligt många brott i samhället utan polisens medverkan. Avslutningsvis ifrågasätter JO

²¹³ A. a. s. s.

om det överhuvudtaget är lämpligt att reglera provokationsinstrumentet, det finns inget krav på lagreglering. Den enda anledningen till varför BRU vill införa en lagreglering synes vara en vilja att tillåta provokationer som är att anse som otillåtna enligt gällande rätt. JO betonar att varje provokationshandling medför komplicerade avvägningar som inte alltid kan lösas med en traditionell lagregel. Det finns alltid ett moment av osäkerhet beträffande den följande händelseutvecklingen. JO konstaterar att en laglig reglering i vissa fall kommer att vara för vid och i vissa fall vara för snäv, även om syftet med regleringen bara tagit sikte på att lagstadga de idag gällande principerna. JO har intrycket att lagförslaget genomsyras av en brist om grundläggande kunskaper beträffande provokationsfrågan.²¹⁴

7.2.2 JK

Även JK har framfört kritik mot den föreslagna regleringen i ett remissyttrande.²¹⁵ På ett allmänt plan finner JK att beredningens förslag kränker den enskildes rättssäkerhet. Detta kan enligt JK vara acceptabelt såvida det endast innebär en liten försvagning av den enskildes rättssäkerhet ställt mot tyngre vägande skäl. Dessa skäl måste motiveras, vilket inte skett i lagförslaget.

Beträffande den del av förslaget som reglerar provokativa åtgärder konstaterar JK att det rör sig om svåra frågeställningar då olika intressen står emot varandra. Liksom JO ifrågasätter JK om det överhuvudtaget är möjligt att på ett bra sätt kunna reglera provokationer i lag. JK uttalar att det finns goda skäl för att polisen skall få begagna sig av provokationer i större uträkning, men att utredningens förslag är alltför långtgående. Beträffande riktade provokationer anser JK att kraven på stark misstanke om allvarlig brottslighet måste upprätthållas. JK föreslår att det av *särskilda skäl* måste finnas anledning att anta att gärningen skulle ha begåtts utan provokationen, vilket är en skärpning jämfört med utredningens förslag.

²¹⁴ A. a. s. 17 f.

²¹⁵ Remissyttrande över delbetänkandet (SOU 2003:74) Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen. Dnr 3214-03-08.

8 Sammanfattande reflektioner

I samband med diskussioner om utökade polisiära befogenheter framhålls ofta att integritetsskyddet för den enskilde medborgaren måste upprätthållas. BRU, Helmius och JO synes mena att det inte föreligger något direkt krav på att reglera provokationsinstrumentet och att dagens oreglerade principer inte strider mot legalitetsprincipen. Enligt vad som framkommit tidigare i uppsatsen kan en provokation ses som ett intrång i den enskildes personliga integritet, även om det senare begreppet är svårdefinierat. Den personliga integriteten skyddas bl.a. i Europakonventionens art. 8 och i RF:s andra kapitel. Här föreskrivs att ingrepp i den enskildes personliga integritet skall vara lagligen grundade. Jag vill poängtera att om man ansluter sig till den uppfattning som hävdar att provokationsåtgärder innebär ingrepp i den enskildes personliga integritet, finns det enligt min mening starka implikationer för svensk rätt att lagligen reglera provokationsinstrumentet.

JO avfärdar att provokation skulle utgöra ett straffprocessuellt tvångsmedel med hänvisning till att en provokation inte utgör ett påtvingat ingrepp i den enskildes person eller egendom. Även om JO på ett mer allmänt plan framhåller att integritetsskyddet måste upprätthållas anser jag att JO:s syn på provokationsinstrumentet kan tala för att en laglig reglering inte är angelägen.

Jag håller med JO då han ifrågasätter om en laglig reglering av provokationer överhuvudtaget är *lämplig*. Enligt min mening är varje provokationsbeslut unikt och olika överväganden måste genomföras beroende av vilken brottslighet det rör sig om, vem som är föremål för provokationen etc. Jag antar att en laglig reglering därför skulle komma att formuleras i allmänna ordalag, något som i sammanhanget knappast stärker rättssäkerheten för den enskilde eller ger polisen konkreta handlingsdirektiv. Enligt min mening bör provokationer även fortsättningsvis styras av de principer som framkommit i förarbeten och praxis. Terminologin som indelar provokativa åtgärder som brottsprovokation respektive bevisprovokation bör enligt min mening överges, då begreppen sinsemellan är alltför dåligt avgränsade. En och samma handling kan samtidigt utgöra både brotts- och bevisprovokation. Detta leder till en viss förvirring beträffande provokationsrelaterade frågor, oklarheter som reducerar effektiviteten av brottsutredande polisiärt arbete och säkerligen kan framkalla olustiga känslor hos den enskilde.

Hur då göra för att komma till rätta med oklarheterna? Jag har ovan argumenterat för att detta inte lämpligen bör ske genom lagstiftning. I stället kan det vara mer passande att låta rättstillämpningen klargöra förhållandena. En väg kan vara att domstolen genomför en helhetsbedömning för att avgöra om provokationshandlingen framstår som tillbörlig. I denna bedömning bör domstolen enligt min mening beakta de i uppsatsen behandlade principer som fastställer en provokationshandlings tillåtlighet. Enligt min mening bör

således uppdelningen mellan brotts- och bevisprovokation överges i terminologiskt hänseende. Den avgörande frågan kommer vara huruvida den provocerade kommit att begå ett brott denne annars inte skulle ha begått.

Finns domstolen vid en samlad bedömning att det kan förutsättas att brottet skulle ha begåtts utan polisernas medverkan är inte provokationen att anse som otillåten enligt min mening. Detta innebär bl.a. krav på att den misstänkte måste vara föremål för en stark och välgrundad misstanke samt att polisens åtgärder inte får framstå som alltför pådrivande.

Finns å andra sidan domstolen att det inte är fastställt huruvida brottet skulle ha begåtts utan polisens inblandning anser jag att strafflindring för den provocerade bör kunna aktualiseras. HD har lämnat öppet för att detta kan ske i fall där provokationen kan betecknas som ”uppenbart otillbörlig”. Jag anser att strafflindring bör kunna förekomma i fall där inte provokationen framstår som uppenbart otillbörlig, det räcker enligt min mening att det vid en samlad bedömning *föreligger en risk* för att den provocerade kommit att begå ett brott denne annars inte skulle ha begått. Strafflindring för den provocerade i dessa fall torde uppfylla Europakonventionens krav, då inte förfarandet i sin helhet längre är att anse som orättvist. Tysk rätt har en dylik lösning på provokationsproblematiken, ett rättssystem som uppvisar många likheter med sin svenska motsvarighet.

Om det däremot i domstolsprövning på goda grunder kan fastställas att den provocerade genom provokationen kommit att begå ett brott denne annars aldrig skulle ha begått bör domstolen meddela påföljdseftergift för att uppfylla Europakonventionens krav. För den provocerade anser jag sammantaget att provokationsmomentet kan få betydelse för påföljdsfrågan, *ansvar* för den straffbelagda handlingen skall som huvudregel gälla då rekvisiten är uppfyllda. Provokationsaspekten kan naturligtvis få betydelse vid bedömandet av de kriminaliserade gärningarnas rekvisit, men en dylik diskussion har utelämnats i denna uppsats.

Det har diskuterats huruvida ett förbud att använda bevisning kan inträda när bevisningen åstadkommit genom en otillåten provokationshandling. Lundqvist och Axberger synes mena att detta kan bli aktuellt i svensk rätt. Tankegången tar sin utgångspunkt i att det för svensk rätt synes praktiskt att följa hur provokationsproblematiken lösts i Europadomstolens praxis. Det finns goda argument härför: en provokation som är att anse som otillåten i svensk rätt synes också vara konventionsstridig. Det bör dock noteras att det kan vara svårt att utläsa vilka faktorer som tillmätts avgörande betydelse i praxis från Europadomstolen, de Castro-målet utgör exempel härpå. Jag får dock intrycket att den fria bevisprövningens princip är av sådan grundläggande dignitet i svensk rätt att den svårligen kan rubbas. NJA 1986 s. 489, synes stärka tesen. Det bör även noteras att Europadomstolen är noga med att poängtera att bevisfrågor som huvudregel skall regleras av nationell rätt. Sammantaget anser jag därför att det inte föreligger tillräckligt skäl att modifiera svensk bevisrätt då det finns andra vägar att gå för att provokationsförfarande inte skall anses vara konventionsstridigt. Den

lösning jag förespråkar kompenseras den provocerade i straffmättningshänseende för att förfarandet i sin helhet inte skall framstå som orättvist.

Den nyss anförda argumentationen behandlar hur den provocerade ges vissa garantier för att denne inte skall utsättas för ett orättvist förfarande. Vad bör då gälla för provokatören? För provokatören är det viktigt att känna till inom vilka ramar han kan handla. Att åklagare fattar beslut om provokationsåtgärd borde tala för att åtgärden är noga övervägd och rättsligt analyserad men detta är ingen absolut garanti för den enskilde polismannen som riskerar att ådraga sig straffrättsligt ansvar för det fall att hans handlande uppfyller rekvisiten för ett fullbordat brott eller för medverkan. Även ansvar för tjänstefel kan komma att träffa den enskilde polismannen, för det fall att provokationen bedömts som otillåten.

Varför provokatörens handlande skall vara straffritt har motiverats på lite olika sätt, somliga menar att ansvarsfriheten följer av provokatörens unika ställning som *agent provocateur* varvid dennes handlande inte är *rättsstridigt* då det syftar till att värna de intressen som kriminaliseringen avser att skydda. Resonemangen kan enligt min mening framstå som något abstrakta, vilket kan förklara att vissa vill införa en särskild straffrihetsgrund för provokatören. Axberger menar att provokatörens ansvarsfrihet inträder då denne följer de regler som gäller för polisiär verksamhet vid provokationer. Reglerna kan enligt Axberger betraktas som *lex specialis* i förhållande till medverkansläran. Jag tycker att Axbergers resonemang är en intelligent lösning på problematiken, men jag ifrågasätter vad som bör gälla för de fall då en privatperson involveras i provokationsförfarandet. Kan även dennes ansvarsfrihet baseras på de regler som gäller för polisen? I övrigt kan sägas att frågan om provokatörens straffansvar inte väckt något större intresse i åklagarpraxis.

Finner rätten vid en samlad bedömning att den provocerade kommit att begå ett brott denne annars inte skulle ha begått anser jag dock att straffansvar borde kunna träffa provokatören. Om provokatören haft en alltför aktiv och pådrivande roll i förfarandet skall denne enligt min mening kunna ställas till ansvar. Rättsläget är inte klarlagt. Det är enligt min mening vidare eftersträvansvärt att åklagare alternativt yrkar på ansvar för tjänstefel när misstankar om en otillåten provokation föreligger. Detta torde förebygga det oönskade scenariot att polisen regelmässigt begår kriminaliserade handlingar i sitt brottsutredande arbete.

I ett antal provokationsfall har dokumentationen av förfarandet varit undermålig. En sådan mindre brist anses inte kunna medföra att hela provokationsförfarandet är att anse som otillåtet men jag anser att det är anmärkningsvärt att bristerna förekommer påfallande ofta. Hittills har främst JO nöjt sig med att rikta kritik när dokumentationen av ett provokationsförfarande varit bristfällig. Möjligtvis kan det krävas mer kraftfulla åtgärder för att markera vikten av att dokumentationen är ordentligt utformad. Ur rättssäkerhetssynpunkt finns det anledning till att

förfarandet noga dokumenteras då materialet torde ingå i bevisunderlaget vid en eventuell efterföljande process.

Både Axberger och BRU har framfört åsikter om att det kan vara önskvärt att utöka provokationsanvändningen till att omfatta s.k. icke-riktade provokationer för att komma till rätta med svårupptäckt enklare brottslighet. Anledningen härför synes vara att metoden kan ge stora effektivitetsvinster i det brottsutredande arbetet samtidigt som åtgärderna inte kränker någon viss persons integritet. Jag vill dock betona att de okonventionella spaningsmetodernas existensberättigande måste relateras till grov och organiserad brottslighet, vilket framgår av förarbeten, praxis och doktrin. Enligt min mening går det inte att bortse från detta samband.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

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

Prop. 1988/89:113 om ändring i brottsbalken (tjänstefel).

SOU 1975:75 Medborgerliga fri- och rättigheter. Regeringsformen.
Betänkande av 1973-års fri- och rättighetsutredning.

SOU 1982:63 Polislag. Betänkande av 1981-års polisutredning.

SOU 2003:74 Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen.
Delbetänkande av Beredningen för rättsväsendets utveckling.

JO 1977/78 s. 101

JO 1997/98 s. 118

JO 2000/01 s. 118

JO Dnr: 4163-2003 (Remissyttrande över SOU 2003:74, min anm.).

JK 1982, A 28. (Dnr 536-82-22).

JK Dnr 3214-03-08 (Remissyttrande över SOU 2003:74, min anm.).

Litteratur

Asp, Petter, *Straffansvar vid brottsprovokation*, Uppl. 1:1, Stockholm, 2001.

Axberger, Hans-Gunnar, *Brottsprovokation – en uppdatering. Flores juris et legum : festskrift till Nils Jareborg*, (s. 59-79), Uppsala, 2002.

Axberger, Hans-Gunnar, *Brottsprovokation*, Stockholm, 1989.

Boutz, Kristina, Hultin, Owe, *JO om förundersökning och tvångsmedel*,
Uppl. 1:1, Stockholm, 1996.

Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, *Rättegång*, Fjärde Häftet, Uppl. 6:3,
Stockholm, 1995.

Helmius, Ingrid. *Polisens rättsliga befogenheter vid spaning*. Uppsala, 2000

Holmér, Hans, *Rättssäkerheten och de nya brottsundersökningsmetoderna*, Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab, 1984 s. 177-189.

Holmberg, Carl, Leijonhufvud, Madeleine, Wennberg, Susanne, *Brottsbalken. En kommentar. 7:e uppl.*, Stockholm, 1998.

Jareborg, Nils, *Straffrättens ansvarslära*, Uppsala, 1994.

Lundqvist, Ulf, *Bevisförbud : en undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång*, Uppsala, 1998.

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

Olivecrona, Karl, *Rättegången i brottmål enligt rättegångsbalken*, 3:e uppl., Lund, 1968.

Strahl, Ivar, *Svensk rättspraxis. Straffrätt 1948-1952*. SvJT 1953 s. 552-579.

Rättsfallsförteckning

Europadomstolen

Lüdi mot Schweiz, ECHR, Ser. A, No. 238, 1992.

Teixeira de Castro mot Portugal, ECHR, Rep. 1998-IV s. 1451.

Svenska domstolar

NJA 1951 s. 111

NJA 1953 s. 582

NJA 1960 s. 522

NJA 1985 s. 544

NJA 1986 s. 489

NJA 1988 s. 665

NJA 1989 s. 498