



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Erik Saure

Provokation som spaningsmetod
-
från misstanke till rättegång

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Helen Örnemark-Hansen

Ämnesområde: Straffrätt

Termin: VT 03

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte	4
1.2 Disposition	5
1.3 Teori och metod	5
1.4 Avgränsningar	5
1.5 Material	6
2 FÖRUNDERSÖKNING OCH SÄRSKILDA SPANINGSMETODER	7
2.1 Polisens befogenheter	7
2.1.1 Regeringsformen	7
2.1.2 Polislagen	8
2.1.2.1 Tvångsmedel	9
2.1.3 Särskilda spaningsmetoders tidsmässiga placering i straffprocessrätten	9
2.2 Den enskildes integritetsskydd	10
2.2.1 2 kap RF - Fri- och rättighetskatalogen	10
2.2.2 Europakonventionen & Europadomstolen	11
2.2.2.1 Artikel 6 – Rätten till domstolsprövning	11
2.2.2.2 Artikel 8 - Rätt till skydd för privat- och familjeliv	12
2.2.3 Avsaknad av direkt lagreglering för särskilda spaningsmetoder	12
2.3 Särskilda spaningsmetoder	14
2.3.1 Infiltration	14
2.3.2 Agentverksamhet, fria spanare	16
2.3.3 Desinformation	17
2.3.4 Kontrollerade leveranser	17
2.3.5 Provokation	18
2.3.5.1 Överskottsinformation	29
3 RÄTTEGÅNG OCH BEVISNING	31
3.1 Domstolens uppdrag – bevisning som arbetsredskap	31
3.2 Utredningsintresset och den enskildes skyddsintresse	33
3.2.1 Undantagen från vittnesplikten	33
4 PROBLEMATIK	35

4.1	Särskilda spaningsmetoder – risker	35
4.1.1	Avsaknad av lagstiftning	35
4.1.1.1	Lagförslag rörande provokation och kontrollerad leverans	36
4.1.1.2	Kommentarer till lagförslagen	36
4.1.2	Integritetsskyddet	38
4.1.3	Brotts- eller bevisprovokation – en fiktiv gränsdragning?	39
4.1.4	Sanktioner mot otillåtna provokationer?	40
4.1.5	Provokationers vara eller icke-vara	40
4.2	Olovligt åtkommen bevisning	42
4.2.1	Bevisförbud – förenligt med den fria bevisföringens princip?	44
5	SLUTKOMMENTAR	47
	BILAGA A	51
	LITTERATURFÖRTECKNING	53
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	55

Sammanfattning

Arbetet behandlar polisens särskilda spaningsmetoder, av vilka provokation kan sägas vara den för allmänheten mest kända spaningsmetoden. Övriga särskilda spaningsmetoder som presenteras i arbetet är kontrollerade leveranser, desinformation, infiltration och fria spanare. Arbetet har skrivits med utgångspunkten att presentera dessa särskilda spaningsmetoder och analysera eventuella risker som kan följa av deras användande, särskilt med hänsyn till den enskildes rättssäkerhet och skydd för integriteten. Tyngdpunkten ligger på provokationer. Arbetet behandlar också frågan om vilka sanktionsmöjligheter som finns om en provokation genomförs på ett felaktigt sätt, och likaså om rätten kan avvisa eller förbjuda bevisning som åtkommit via en sådan provokation. Om sådan bevisning inte kan avvisas, får det otillbörliga beteendet någon annan effekt i rättegången? Att de särskilda spaningsmetoderna i skrivande stund inte är lagreglerade anser jag vara det främsta tecknet på att risker i rättssäkerhets- och integritetsskyddshänseende kan föreligga. Avsaknad av direkt lagstöd som tillåter användandet av särskilda spaningsmetoder behöver emellertid inte innebära att rättssäkerheten och integritetsskyddet har satts ur spel. Den lagreglering som finns för myndighetsutövning i allmänhet och för polisen i synnerhet ger trots allt vägledning på området. Förarbetsuttalanden, praxis och doktrin bidrar också till att nyansera och specificera när och på vilka grunder särskilda spaningsmetoder kan anses tillåtna, samt vilka begränsningar som finns. När det gäller provokationer så har följande kriterier utkristalliserats för att en provokation skall anses vara tillåten.

- 1) Det är aldrig tillåtet att provocera någon att begå ett brott som denna annars inte skulle ha begått.
- 2) För att en provokativ åtgärd skall vara tillåten krävs stark misstanke om brott.
- 3) Provokation får tillgripas endast vid grov brottslighet.
- 4) Behovs- och proportionalitetsprinciperna måste iakttas.
- 5) Beslut om provokation skall fattas av åklagare.
- 6) Provokationsåtgärden måste noga dokumenteras.

De lagregler som finns för att säkerställa rättssäkerheten och integritetsskyddet återfinns främst i RF, RB och i Europakonventionens artiklar. Två artiklar har behandlats i arbetet, artikel 6 - rätten till domstolsprövning och artikel 8 - rätten till respekt för privatlivet. Legalitetsprincipen i 1 kap 1 § RF är den utgångspunkt jag har valt för arbetet - ”den offentliga makten utövas under lagarna”. 2 kap RF anger de fri- och rättigheter som den enskilde tillförsäkras gentemot ingrepp från det offentliga. Merparten av dessa fri- och rättigheter kan emellertid inskränkas med stöd av lag. Inskränkningar i fri- och rättigheterna får vidare endast göras för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. Att särskilda spaningsmetoder uppvisar likheter med tvångsmedel förefaller tydligt. Det är fråga om ingrepp i den enskildes integritet från det

offentligas sida, som inte är av frivillig karaktär. Den stora skillnaden är att användningen av tvångsmedel är lagreglerad. Jag anser att lagstöd för särskilda spaningsmetoder är önskvärt och synnerligen nödvändigt.

Rättegången och frågan om den fria bevisföringens och bevisvärderingens princip presenteras och ställs i relation till oegentligt åtkommen bevisning och hanteringen av sådan bevisning. För svensk rätt konstateras att det är främmande att låta ett brott förbli obeivrat på grund av att bevisning åtkommit på ett oegentligt sätt. Denna bevisning och sättet den åtkommit på kan istället motivera en strafflindring. Det statliga utredningsintresset, vilket innebär att staten eftersträvar att uppnå materiellt riktiga domar, ställs mot den enskildes skyddsintresse. Det enda skyddsintresse som befunnits vara av sådan karaktär att det statliga utredningsintresset får ge vika är vissa undantag i vittnesplikten. Närstående till den tilltalade och personer ur vissa yrkesgrupper är undantagna från vittnesplikten. För den närståendes del kan undantaget från vittnesplikten botten i att man inte vill försätta den närstående i en svår situation, exempelvis att välja mellan att berätta sanningen och se sin närstående få ett långvarigt fängelsestraff eller att ljuga och därigenom begå mened. Det befinner sig således vara för betungande att tvinga en närstående att vittna. Undantaget från vittnesplikten för vissa yrkesgrupper beror sannolikt på att allmänhetens förtroende för dessa yrkesgrupper anses vara viktigare att upprätthålla än att uppnå en materiellt riktig dom. Utöver dessa undantag för vittnesplikten föreligger i dagsläget inget hinder mot att lägga fram relevant bevisning av alla dess slag. Bevisningen kan emellertid komma att få ett lågt bevisvärde. Domstolen har ej att ta ställning till vilka metoder som polisen använt sig av för att anskaffa bevisning. Detta i enlighet med principerna för den ackusatoriska straffprocessen. Som nämnts ovan, kan emellertid grund för strafflindring föreligga, om polisens metoder varit uppenbart otillbörliga. Överskottsinformation behandlas även i arbetet, om än kortfattat, i anslutning till ett mål som berör användning av sådan information.

Som nämnts ovan, så har avsaknaden av lagstiftning gällande särskilda spaningsmetoder i mina ögon utgjort en risk i rättssäkerhetshänseende. En färsk utredning har lagt fram förslag till att lagreglera bland annat provokationer och kontrollerade leveranser. Att det finns en vilja till att lagstifta på området, anser jag i sig vara ett stort framsteg. Däremot har jag synpunkter på de aktuella lagförslagen, då risk finns att ett för brett användningsområde kan komma att bli konsekvensen. Av uttalanden i utredningen framgår det inte som att användningsområdet för provokationer var avsett att utvidgas från det som tidigare varit fallet. Utredningen är som sagt väldigt ny och har således inte varit ute på remiss än, och jag håller det för troligt att lagförslaget kan komma att modifieras både en och två gånger innan det är dags att lagstifta.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
JO	Justitieombudsmannen
HD	Högsta Domstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, del 2
PL	Polislagen
Prop.	Regeringens proposition
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
RPS	Rikspolisstyrelsen
RÅ	Riksåklagarämbetet
SOU	Statens Offentliga Utredningar
TR	Tingsrätt

1 Inledning

Arbetet handlar om polisens särskilda spaningsmetoder, av vilka provokation är den mest kända metoden. Syftet med arbetet är tudelat; dels att presentera en helhetsbild av särskilda spaningsmetoder, dels att diskutera de eventuella risker som särskilda spaningsmetoder kan medföra, med hänsyn till rättssäkerheten och integritetsskyddet för den enskilde. Därför kommer det inledningsvis presenteras vad särskilda spaningsmetoder är, varför de används, i vilka sammanhang de används samt på vilket sätt de genomförs. En presentation av de lagar som reglerar myndighetsutövning i allmänhet och polisens uppgifter i synnerhet krävs, och kommer således att redovisas. I den mån sådan lagstiftning saknas, kommer förarbeten, praxis och doktrin presenteras. Utöver att beskriva och behandla särskilda spaningsmetoder så kommer arbetet även kortfattat ta upp hur domstolarna arbetar med bevisning. Målet är att i slutändan kunna problematisera och analysera polisens särskilda spaningsmetoder och dess ”frukter”, det vill säga bevisningen som åtkommit. Valet av titel syftar till att beskriva bredden av arbetet, att jag behandlar särskilda spaningsmetoder och dess problematik redan på spanings- och förundersökningsstadiet ända upp till rättegången. Redan nu kan sägas att det krävs en stark misstanke om grov brottslighet för att provokation skall komma ifråga. Således torde det vara sällsynt att provokation används före en förundersökning har inletts eller tagits över av åklagare.

1.1 Syfte

Syftet med uppsatsen är att belysa och behandla ämnesområdet särskilda spaningsmetoder. Jag anser att det kan föreligga risk för att den enskildes rättssäkerhet och integritetsskydd åsidosätts i arbetet med att utreda och lagföra brott. I avsikt att utröna om så är fallet använder jag mig av tre frågeställningar:

- 1) Vilka är de särskilda spaningsmetoder som polisen i Sverige använder sig av? När, var och hur används dessa? På vilka grunder tillåts särskilda spaningsmetoder, och vilka begränsningar finns i användandet av dessa?
- 2) Vilka risker i rättssäkerhets- och integritetsskyddshänseende finns när det kommer till särskilda spaningsmetoder? Vilka regler finns för att säkerställa den enskildes rättssäkerhet och integritetsskydd på området?
- 3) Om en provokation är felaktigt genomförd, vilka sanktionsmöjligheter finns det? Finns det möjlighet att i Sverige avvisa eller förbjuda användning av oegentligt åtkommen bevisning, till exempel genom provokation, trots att huvudregeln i svensk rätt är fri bevisföring och bevisvärdering? Om sådan möjlighet inte föreligger, kan det otillbörliga beteendet få andra konsekvenser?

1.2 Disposition

Arbetet består av tre huvudkapitel, varav det första behandlar polisens särskilda spaningsmetoder, både allmänt och i detalj. I detta kapitel redogörs även för de lagar och riktlinjer som finns rörande genomförandet av särskilda spaningsmetoder och likaså de regler som avser att skydda den enskildes integritet och rättssäkerhet. Det andra kapitlet behandlar domstolen, den fria bevisföringens princip samt de begränsningar som finns i vittnesplikten. Det tredje kapitlet är en problematiserande och analyserande del av arbetet, där aspekter på polisens särskilda spaningsmetoder behandlas, samt hur "frukterna" av särskilda spaningsmetoder beaktas av domstolen. Diskussioner om provokationers existensberättigande och möjligheterna att avvisa eller förbjuda bevisning i domstolen förs i detta kapitel. Den nya utredningen om ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen som lades fram i augusti 2003, vilket bland annat innehåller förslag till lagreglering av provokationer och kontrollerade leveranser, behandlas även i detta kapitel. Arbetet avslutas med en sammanfattande slutkommentar, där en återknytning till frågeställningarna för arbetet görs.

1.3 Teori och metod

Grundtanken som sporrat mig att skriva arbetet är frågan om skyddet för den enskildes integritet och rättssäkerhet är svagare när det kommer till polisens särskilda spaningsmetoder. Avsaknaden av lagstiftning på området gör att det istället är allmänna lagar rörande myndighetsutövning och riktlinjer från förarbeten, doktrin och praxis som används. Legalitetsprincipen i 1 kap 1 § RB stadgar emellertid att den offentliga makten utövas under lagarna. I fråga om så pass integritetsingripande åtgärder som provokationer och övriga särskilda spaningsmetoder anser jag således att lagstöd vore att föredra. I brist på detta, måste diskussionen istället genomföras med stöd av de rättskällor som nämnts ovan. Genom att redogöra för de särskilda spaningsmetoder som används av polisen och de bakomliggande lagar och riktlinjer som finns, hoppas jag kunna föra en meningsfull diskussion när det kommer till frågan om rättssäkerheten och integritetsskyddet för den enskilde upprätthålls.

1.4 Avgränsningar

Avgränsningar är ett nödvändigt ont för att undvika att arbetet får lexikaliska proportioner, och har således gjorts för att hålla textmassan på en mer lätthanterlig nivå. I tiden har en avgränsning gjorts till 1950, men flertalet av de presenterade rättsfallen och förarbeten är från 1980-talet och framåt. Den geografiska avgränsningen har gjorts till Sverige, vilket innebär att arbetet behandlar svensk lagstiftning och svensk rättspraxis. Då

Europakonventionen gäller som lag i Sverige sedan 1995 har emellertid art 6 – Rätten till en rättvis rättegång och art 8 – Rätten till respekt för privatlivet, samt två rättsfall från Europadomstolen som anknyter till dessa artiklar behandlats. I materialet som jag har använt mig av finns referenser till och jämförelser med utländsk rätt, men av utrymmesskäl och i enlighet med mina frågeställningar har jag valt att använda mig av ett i huvudsak svenskt perspektiv. Ämnesmässigt har två avgränsningar gjorts, den ena vid metoder för bevisvärdering och den andra vid frågor som berör polisens allmänna arbetsuppgifter, såsom traditionell spaning.

1.5 Material

Materialet jag har använt mig av är huvudsakligen svenskt, återigen beroende på att det perspektiv som jag har anlagt på arbetet är svenskt. Materialet består av lagtext, förarbeten, relevant juridisk litteratur samt referat av HD-domar, JO-avgöranden och ett mål från Malmö TR.

Rättsfallen från HD och Europadomstolen, avgöranden från JO och det refererade målet från Malmö TR anser jag inte behöver presenteras i materialdelen, då dessa rättsfall behandlas utförligt nedan. Doktrin, praxis och förarbeten kommer att presenteras tillsammans, utan några kapitelmissiga avgränsningar beroende på var informationen hämtats ifrån. Av doktrinen får sannolikt Axbergers ”**Brottsprovokation**” störst utrymme, då detta verk till stor del korresponderar med mitt ämnesval. Helmius’ ”**Polisens rättsliga befogenheter vid spaning**” är betydelsefull när det kommer till området särskilda spaningsmetoder och polisens befogenheter. Asps ”**Straffansvar vid brottsprovokation**” berör, som titeln anger, huvudsakligen provokatörens ansvar. För att kunna behandla detta område har Asp presenterat ett brett källmaterial, som omfattar både gällande svensk rätt och utländsk rätt. Asp har emellertid inte fått ett stort antal hänvisningar i arbetet, men bokens värde som bakgrundsmaterial har varit desto större. För den som önskar veta mer om utländsk rätt på området är boken förövrigt en mycket bra utgångspunkt. Lundquists ”**Bevisförbud**” är en undersökning av möjligheten att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i en brottmålsrättegång, och har varit av stort värde när det gäller bevisproblematiken. Flygheds ”**Brottsbekämpning – mellan effektivitet och integritet**” har använts framförallt gällande överskottsinformation, men även när grundläggande befogenheter och rättigheter har behandlats.

2 Förundersökning och särskilda spaningsmetoder

Möjligheterna att upptäcka och utreda allvarliga narkotikabrott är i princip helt och hållet beroende av de brottsbekämpande myndigheternas egna initiativ. I arbetet utgår man ofta i ett inledningsskede snarare från en misstanke om att en viss person ägnar sig åt narkotikabrott än från att ett brott har begåtts och att det gäller att hitta gärningsmannen. Utöver detta bedrivs den grova narkotikabrottsligheten ofta i slutna organiserade former, inte sällan med internationella förgreningar. De särskilda spaningsmetoder som polisen använder sig av vid sådan grov brottslighet, har därför kommit att utgöra ett nödvändigt komplement till den traditionella spaningen.¹

2.1 Polisens befogenheter

Som det kommer att framgå nedan, så saknas en direkt lagreglering gällande polisens särskilda spaningsmetoder. Jag avser därför att presentera de allmänna riktlinjer och lagar som finns för myndighetsutövande i allmänhet, och för polisen i synnerhet. En nyligen framlagd utredning har presenterat ett förslag till lagstiftning rörande vissa särskilda spaningsmetoder, och kommer att presenteras i kapitel fyra.

2.1.1 Regeringsformen

Den naturliga utgångspunkten anser jag vara 1 kap 1 § **Regeringsformen (1974:152)** (RF), som anger den grundläggande förhållningsregeln för utövande av offentlig makt – ”*Den offentliga makten utövas under lagarna*”. Paragrafen ger uttryck för **legalitetsprincipen**, vilket innebär att offentligt maktutövande gentemot den enskilde måste ha uttryckligt stöd i lag. Intresset av ordning och reda inom rättsskipningen säkerställs, och förutsebarheten för parterna i en rättegång möjliggörs.²

All maktutövning måste alltså ske inom givna ramar, vilket innebär att både grundlagar och andra föreskrifter måste iaktas för att en myndighet exempelvis skall kunna ingripa i en enskilds persons privatliv. **Likhetsprincipen** kommer till uttryck i 1 kap 2 § RF, där det stadgas att den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet.

¹ SOU 2000:126, ”Vägvalet – Den narkotikapolitiska utmaningen”, s. 216.

² Ekelöf & Bohman, ”Rättegång I”, 7:e upplagan, Nordstedts Förlag, Stockholm 1990, s. 50.

Objektivitetsprincipen återfinns i 1 kap 9 § RF, där det stadgas att domstolar, förvaltningsmyndigheter och andra inom den offentliga förvaltningen skall iaktta saklighet och opartiskhet i sin verksamhet.³

2.1.2 Polislagen

För polisens del tillkommer särskilda förhållningsregler. Dessa återfinns i **Polislagen (1984:387)** (PL). 2 § PL beskriver polisens arbetsuppgifter, som bland annat är att:

- förebygga brott och andra störningar av den allmänna ordningen eller säkerheten (1 p.),
- övervaka den allmänna ordningen och säkerheten, hindra störningar därav samt ingripa när sådana har inträffat (2 p.),
- bedriva spaning och utredning i fråga om brott som hör under allmänt åtal (3 p.).

Observera att en åtskillnad görs mellan spaning och utredning i 3 p. Denna åtskillnad görs enligt Helmius eftersom spaning utgör det arbete som bedrivs innan en förundersökning inletts, och utredning det arbete som bedrivs under en förundersökning.⁴ Uppdelningen kan kännas konstlad, men åtskillnaden görs för att de två stadierna medför olika juridiska konsekvenser, till exempel att en misstänkt som under pågående förundersökning delgivits misstanke har rätt till viss partsinsyn. I detta arbete kommer emellertid denna distinktion inte att beaktas nämnvärt, då arbetet inte berör denna problematik. Begreppet spaning kommer således att användas som ett samlingsbegrepp, som omfattar både spaningsstadiet och utredningsstadiet i 2 § 3 p. PL. Vad innefattar då begreppet spaning? Helmius ger följande definition: ”[...] *det arbete som polisen bedriver för att samla information i syfte att klara upp ett brott eller kartlägga brottslighet utan att den eller de som är föremål för polisens intresse vet om det*”.⁵

Första meningen i 8 § PL innefattar den så kallade **proportionalitetsprincipen**, som stadgar att ett ingripande från polisens sida för att komma åt brottslighet måste vara försvarligt med hänsyn till vad som vill uppnås med ingripandet och omständigheterna i övrigt. Andra meningen anses ge uttryck för den så kallade **behovsprincipen**. Om tvång måste tillgripas, har polisen endast rätt att använda tvång i den form och i den utsträckning som behövs för att det avsedda resultatet skall uppnås. Det betonas i 8 § 2 stycket PL att detta lagrum inte ensamt får innebära att polisen kan vidta åtgärder som begränsar någon av de fri- och rättigheter som anges i 2 kap RF.

³ Flyghed (red.), ”Brottsbekämpning – mellan effektivitet och integritet”, Studentlitteratur, Lund 2000, s.34.

⁴ Helmius, Ingrid, ”Polisens rättsliga befogenheter vid spaning”, Iustus förlag, Uppsala 2000, s. 20 f.

⁵ Helmius, s. 20.

9 § PL anger en rapporteringsskyldighet för poliser, som medför att när denne får kännedom om ett brott som hör under allmänt åtal, skall detta rapporteras till förman så snart det är möjligt. Polisens befogenheter att använda våld regleras i 10 § PL.

Polisen har alltså rätt att förebygga brott, förhindra och ingripa vid störningar av den allmänna ordningen, bedriva spaning och utredning av brott som faller under allmänt åtal. Vidare har polisen rätt att använda sig av tvång och våld, i den mån det är försvarbart och nödvändigt, och är skyldiga att rapportera och ingripa när de får kännedom om brottslig verksamhet.

2.1.2.1 Tvångsmedel

24-28 kap RB reglerar de tvångsmedel som kan tänkas komma ifråga under förundersöknings- och rättegångsförfarandet. Här återfinns tvångsmedel som uppvisar stor inbördes variation, från blodprovstagning och kvarstad till telefonavlyssning, kroppsbesiktning och häktning. De har emellertid alla gemensamt att de skall underlätta brottsutredningen och säkerställa möjligheten att tillvarata bevisning i målet. Eftersom tvångsmedlen utgör långtgående ingrepp i den enskildes integritet, krävs det misstanke om relativt grov brottslighet för att de mest ingripande formerna av tvångsmedel skall komma i fråga. I enlighet med detta anges det för varje tvångsmedel att det måste föreligga misstanke om brott, och beroende på brottets straffvärde kan det utläsas om tvångsmedlet får användas i det specifika fallet. Således får till exempel hemlig telefonavlyssning inte tillgripas i ett snatterimål. Proportionalitets-, behovs-, ändamåls- och legalitetsgrundsatserna måste alltid beaktas när det är fråga om tvångsmedelsanvändning. Vid utformningen av varje enskild tvångsmedelsåtgärd har lagstiftaren övervägt om och i vad mån ändamålet med tvångsmedlet gör det försvarligt att utsätta den enskilde i för de ingrepp hans integritet som tvångsmedlet innebär, vilket Tvångsmedelsutredningen 1984 anförde i sin allmänna motivering.⁶

2.1.3 Särskilda spaningsmetoders tidsmässiga placering i straffprocessrätten

23 kap Rättegångsbalken (RB) anger handlingsregler och tillvägagångssätt för förundersökningen. Syftet med förundersökningen är att utreda vem som skäligen kan misstänkas för brottet, om det föreligger tillräcklig bevisning för att väcka åtal mot den misstänkte, samt bereda målet på ett sådant sätt att bevisningen kan förebringas i ett sammanhang vid huvudförhandling.⁷

Förundersökningen kan delas in i två faser, varav den första inleds när 23 kap 1 § RB blir aktuell, det vill säga när det finns anledning att anta att ett brott som hör under allmänt åtal har förövats. Det är kring detta skede, eller

⁶ SOU 1984:54, ”Tvångsmedel – Anonymitet – Integritet”, s. 47 f.

⁷ 23 kap 2 § RB

till och med tidigare än den tidpunkt som anges i 23 kap 1 § RB, som särskilda spaningsmetoder kan komma till användning.⁸

Beslut om förundersökning inledande skall fattas av antingen polismyndighet eller åklagare, med förbehållet att åklagare skall ta över ledningen av förundersökningen senast när någon skäligen kan misstänkas för brottet och målet inte är av enkel beskaffenhet. Uttrycket ”*inte av enkel beskaffenhet*” innebär således att om det inte är fråga om enklare bötesmål, till exempel smärre trafikförseelser, så skall åklagare ta ledningen över förundersökningen.

Den andra fasen inleds när någon skäligen kan misstänkas för brottet, det vill säga när 23 kap 2 § RB blir tillämplig. Ett avslutande av förundersökningen sker när beslut fattas om huruvida åtal skall väckas eller inte. Anser åklagaren att det föreligger tillräckliga skäl för att väcka åtal, så föreligger skyldighet att gå vidare med målet. Det åligger dessutom åklagaren att lägga fram bevisning som täcker alla omedelbart relevanta omständigheter.⁹ Beslut om att väcka åtal kan omprövas av överordnad åklagare. En **objektivitetsprincip** kommer även till uttryck i 23 kap RB, vilket innebär att förundersökningsledaren skall ta tillvara även sådan bevisning som kan tala till den misstänktes fördel.¹⁰

2.2 Den enskildes integritetsskydd

Ovan har de regler som ger polisen rätt att utföra sitt uppdrag. Nedan presenteras de regler som anger de begränsningar som finns för uppdragets utförande, i synnerhet när det kommer till integritets- och rättssäkerheten för den enskilde.

2.2.1 2 kap RF - Fri- och rättighetskatalogen

Detta kapitel av RF ställer upp ett antal skyddsregler som avser att skydda den enskildes integritet mot godtyckliga ingripanden från det offentliga sidan. De flesta av dessa skyddsregler är fakultativa, vilket innebär att de kan inskränkas med stöd av lag. Några enstaka skyddsregler är dock absoluta, exempelvis rätten till liv. För att lättare förstå begreppet integritet, vilket är ett mångtydigt och svårdefinierat begrepp, har jag valt att använda mig av Tvångsmedelsutredningens definitioner:

- rumslig integritet (jfr 2 kap 6 § RF – hemfrid),
- materiell integritet (jfr 2 kap 18 § RF – egendomsskydd),
- kroppslig integritet (jfr 2 kap 6 § - skydd för liv och hälsa, mot ingrepp i eller mot kroppen, kroppsvisitation och dylikt),
- personlig integritet i fysisk mening (jfr 2 kap 8 § RF – skydd för personlig frihet och rörelsefrihet) och slutligen

⁸ Fitger, Peter, ”Rättegångsbalken, Del I”, Nordstedts Juridik, Stockholm 1984, s 23:21..

⁹ Ekelöf I, s. 65.

¹⁰ Ekelöf anser förövrigt att objektivitetsprincipen även gäller under rättegången, men meningarna är delade bland domstolsjurister på denna punkt. Ekelöf I, s. 66.

- personlig integritet i ideell mening (jfr 1 kap 2 § RF - skydd för personlighet och privatliv)¹¹

De centrala paragraferna för detta arbete återfinns i 6 och 12 § §.

2 kap 6 § RF ger den enskilde medborgaren skydd mot påtvingade kroppsliga ingrepp som inte är kroppsstraff eller tortyr¹² samt visitationer, husrannsakan, teleavlyssning, undersökning av brev och liknande ingrepp i den privata sfären. Ett principiellt skydd mot polisiära provokationer och polisens särskilda spaningsmetoder kan skönjas här. 2 kap 12 § RF är den paragraf där inskränkningar i vissa fri- och rättigheter medges om lagstöd finns. Inskränkningar medges inte för alla fri- och rättigheter, och där de tillåts, exempelvis de fri- och rättigheter som anges i 2 kap 6 § RF, krävs alltså lagstöd. Begränsningar får vidare endast göras för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle, och aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett inskränkningen.

2.2.2 Europakonventionen & Europadomstolen

Sedan den 1 januari 1995 gäller **Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna** och dess tilläggsprotokoll (Europakonventionen) som lag i Sverige.¹³ Konventionen och dess regler om skydd för den enskilde skall således tillämpas av svenska domstolar och myndigheter i deras verksamheter. Konventionens bestämmelser är allmänt hållna, men praxis från **Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna** (Europadomstolen) bidrar till att klargöra och förtydliga konventionens regler. Europakonventionen trädde i kraft den 3 september 1953 då den hade ratificerats av tio konventionsstater. Sedan dess har elva tilläggsprotokoll tillkommit och Europakonventionen har ratificerats av flertalet stater i Europa. Europakonventionen är en så kallad sluten konvention, vilket innebär att den inte kan tillträdas av andra länder än de som är medlemmar av Europarådet¹⁴ samt att ett ärende först får tas upp av Europadomstolen sedan alla inhemska rättsmedel uttömts.¹⁵

Europakonventionen behandlar ett antal fri- och rättigheter som tillkommer medborgare i konventionsstaterna. Jag presenterar endast artikel 6 och artikel 8, då det är dessa är de primära artiklarna för arbetet.

2.2.2.1 Artikel 6 – Rätten till domstolsprövning

En rättsäkerhetsgaranti för en enskild som är anklagad för brott är rätten att kunna föra sin talan inför en opartisk domstol. Det är detta och mer som

¹¹ SOU 1984:54, s. 42.

¹² Skyddet mot kroppsstraff och tortyr återfinns i 2 kap 5 § RF.

¹³ SFS 1994:1219.

¹⁴ Danelius, Hans, "Mänskliga rättigheter i europeisk praxis", Nordstedts Juridik, Stockholm 1997, s 21, jfr även Europakonventionen, artikel 59:1.

¹⁵ Europakonventionen, artikel 35:1.

artikel 6 i Europakonventionen riktar in sig på. De krav som måste tillgodoses i domstolsförfarandet är följande:¹⁶

- 1) Domstolen skall vara oberoende och opartisk.
- 2) Domstolen skall ha inrättats enligt lag.
- 3) Förfarandet skall vara korrekt och rättvist mot den enskilde – ”*fair hearing*”.
- 4) Förfarandet skall i allmänhet vara muntligt och offentligt, men undantag härifrån får göras i vissa fall.
- 5) Domstolsprövningen skall ske inom rimlig tid.
- 6) Domen skall avkunnas offentligt.

Den som står åtalad för brott har vidare enligt artikel 6:3 rätt till:

- a) att bli underrättad om anklagelsen mot honom,
- b) att få tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar,
- c) att få försvara sig personligen eller genom ombud,
- d) att förhöra vittnen som åberopas mot honom samt att få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden som vittnen mot honom,
- e) att vid behov få kostnadsfritt biträde av tolk.

Att notera är att det som prövas av Europadomstolen är huruvida rättegångsförfarandet i sin helhet har varit rättvist enligt artikel 6.1, inte enskilda detaljfrågor. Denna helhetsbild innebär att frågan om en rättegång varit rättvis även omfattar förundersökningstiden, från tidpunkten när en person har delgivits misstanke om brott. Den allmänna principen om oskuldspresumtion i artikel 6:2, som innebär att den som anklagas för brott skall betraktas som oskyldig till dess att en fällande dom avkunnats, måste också beaktas.

2.2.2.2 Artikel 8 - Rätt till skydd för privat- och familjeliv

1. Var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.

2. Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.

Jämför gärna ordalydelsen i artikel 8.2 med 2 kap 12 § RF, det lagrum som anger vilka begränsningar som får göras av reglerna i 2 kap RF, samt på vilka grunder dessa begränsningar får göras.

2.2.3 Avsaknad av direkt lagreglering för särskilda

¹⁶ Danelius, s 123 f.

spaningsmetoder

Polisens särskilda spaningsmetoder är inte direkt lagreglerade, vilket gör att man utöver den allmänna lagstiftningen rörande myndighetsutövning får vända sig till förarbetsuttalanden, praxis och doktrin. De förarbeten som kommer tas upp är **SOU 1982:63 – Polislag - Betänkande av 1981 års polisutredning** samt den därpå följande **Prop. 1982/83:111**. Tidigare förarbetsuttalanden kan finnas, men den tidsmässiga avgränsningen har gjorts för att uppsatsämnet i stor grad knyter an till den polislag som blev resultatet av dessa två förarbeten. En utredning av nyare datum är **SOU 2000:126 – Vägvalet – Den narkotikapolitiska utmaningen**, som huvudsakligen ställer sig bakom riktlinjerna för polisiära provokationer såsom de angavs i de ovannämnda förarbetena.

I dessa utredningar finner man de riktlinjer som gäller för polisens arbetsmetoder, däribland särskilda spaningsmetoder. Den gamla benämningen var förövrigt okonventionella spaningsmetoder. Begreppsändringen motiveras med att man vill undvika att begreppet okonventionella skulle ge intrycket av att metoderna på något sätt skulle vara otillåtna. Dessutom har dessa spaningsmetoder blivit mer vanliga och accepterade i dagsläget.¹⁷ **SOU 2003:74** har lagt fram förslag till en lagreglering av bland annat två särskilda spaningsmetoder, närmare bestämd kontrollerad leverans och provokation. Denna utredning och dess lagförslag behandlas i kapitel 4.

Helmius är kritisk till den tidigare benämningen okonventionella spaningsmetoder då det inte sägs vad som skulle utmärka dessa så kallade okonventionella spaningsmetoder. En motsatsvis tolkning av vad begreppet skulle innebära låter sig heller inte göras, då det inte definieras vad som skulle utgöra vanliga eller konventionella spaningsmetoder. Trots avsaknad av definition ställs tre principer som skall styra denna okonventionella spaningsverksamhet upp. Polisen får aldrig 1) själv begå brott för att efterforska eller avslöja brott, 2) provocera eller förmå någon att begå brott eller 3) underlåta att vidta föreskrivna åtgärder mot brott eller mot person som misstänks för brott. Helmius ställer sig frågande till varför lagstiftaren ansett sig tvungen att slå fast principer som ändå framgår av annan lagstiftning. Att det dessutom görs i propositionen och inte i lagtext gör inte saken begripligare.¹⁸

Polisberedningen och den därpå följande propositionen ledde emellertid inte till någon lagstiftning rörande dessa särskilda spaningsmetoder. Legalitets-, behovs- och proportionalitetsprinciperna så som de kom till uttryck i 8 § PL ansågs tillräckliga för att ange hur polisen skulle agera på området. Vidare anförde departementschefen att en detaljreglering av spaningsmetoderna kunde medföra risk för motsatsvisa tolkningar.¹⁹

¹⁷ SOU 2000:126, s. 216.

¹⁸ Helmius, s. 23 f, prop. 1983/84:111, s. 45 f.

¹⁹ Prop. 1983/84:111, s. 44.

Spanark-rapporten²⁰ som utkom kort före polisberedningens betänkande kommer även att presenteras, då polisberedningen hänvisar till denna rapport, men Spanark-rapportens betydelse som självständigt förarbete är i mina ögon ytterst liten, då den ursprungligen var hemligstämplad. Rapporten förefaller mer vara ett internt arbetsdokument för polisen, framtaget för att utarbeta förslag till metoder vid spaning mot narkotikabrottslighet, än ett förarbete av traditionell karaktär. Vissa ordval förefaller vara om inte felaktiga, så i vart fall mindre lämpliga. Exempelvis används uttryck såsom kriminell person och brottslingar flitigt, där det istället kanske hade varit lämpligare med ett mer neutralt språkbruk. Trots eventuellt olämpliga ordval och att dess betydelse som förarbete är begränsad är Spanark-rapporten en intressant och omfattande kompilation av de spaningsmetoder som står till buds för polisen.

2.3 Särskilda spaningsmetoder

I det följande kommer de särskilda spaningsmetoderna att presenteras. Tyngdpunkten kommer att ligga på provokation, men för helhetens skull presenteras övriga särskilda spaningsmetoder i vart fall översiktligt.

2.3.1 Infiltration

Infiltration innebär att polisen i hemlighet försöker ta sig in i en kriminell organisation eller en grupp av misstänkta för att skaffa information och uppdaga brott.²¹

Om det är en polisman som förtäckt deltar i den illegala verksamheten eller tar anställning i en näringsverksamhet som har omedelbar anknytning till den illegala verksamheten anses infiltrationen vara av direkt natur. Ett indirekt infiltrationsförfarande kännetecknas av att infiltrationen görs av en enskild person, efter direktiv och under omedelbar ledning av polisen. Den enskildes förhållande till polisen är dolt för den miljö som polisbulvanen infiltrerar.²² Stor försiktighet bör emellertid iakttas vid användandet av enskilda personer som infiltratörer, då det kan finnas risk för att personen ifråga har egna, för polisen dolda syften, med sitt samarbete med polisen.²³

Spanark-rapporten beskriver vidare vad infiltrativ spaning kan gå ut på:

- 1) att infiltratören samlar information enbart genom att iakttä och lyssna
- 2) Att infiltratören utöver att iakttä och lyssna försöker få till stånd ett förtroendefullt förhållande med de personer som är föremål för infiltrationen, i syfte att påverka dessa att agera på ett sätt som passar in i polisens spaningsverksamhet

²⁰ C-420-6886/79, SPANARK-gruppen, ”Narkotikaspaning och underrättelseförfarande”

²¹ jfr Undercover-agent.

²² Spanark-rapporten, s. 51.

²³ Spanark-rapporten, s. 55 f.

- 3) Att infiltratören ser till att avlyssning eller fotografering möjliggörs genom att anbringa sådan utrustning
- 4) Att infiltratören underlättar för polisen att ta sig in i en lokal, att hitta narkotika eller annan bevisning eller att kunna gripa de misstänkta
- 5) Att infiltratören indirekt provocerar de misstänkta till exempel genom att arrangera ett falskt inbrott i de misstänkta lokaler eller lägga ett känsligt meddelande synligt hemma hos en misstänkt, eller
- 6) Att infiltratören försöker så split och skapa osämja mellan personerna som är föremål för infiltrationen.²⁴

För svensk del har JO uttalat att infiltration i politiska föreningar eller andra sammanslutningar som inte är olagliga, kränker föreningsfriheten, som den enskilde är garanterad enligt 2 kap RF.²⁵ Försiktighet bör således iaktas på detta område.

Målet **Lüdi v. Switzerland**²⁶ rörde användandet av en undercover-agent. Den schweiziske medborgaren Lüdi hävdade i sitt klagomål till Europadomstolen att han dels hade fått sin rätt till respekt för sitt privatliv kränkt enligt art 8, dels att han inte hade fått en rättvis rättegång enligt art 6. Den schweiziska polisen hade informerats av sina tyska kollegor om att Lüdi nämnt en planerad affär rörande fem kilo kokain för en landsman medan han satt i tyskt häkte. Förundersökning inleddes av den lokala åklagaren. Avlyssning av Lüdis telefon beordrades och en polis fick uppdraget att agera som undercover-agent, under täcknamnet Toni. Toni kontaktade Lüdi, som sade sig vara beredd att sälja två kilo kokain.

Konventionsbrottet enligt art 8 låg, enligt Lüdi, i att undercover-agenten Toni använde den personliga och långvariga kontakt han fått med Lüdi på ett bedrägligt sätt för att skaffa information, samt att Toni försökt att påverka Lüdis beteende. Dessa två omständigheter medförde att Lüdi ansåg att hans rätt till respekt för privatlivet hade kränkts och att dessa kränkningar inte kunde rättfärdigas, eftersom de inte var ”in accordance with the law”.²⁷

Europadomstolen ansåg emellertid inte att användandet av en undercover-agent skulle ha medfört att privatlivet påverkats på ett sådant sätt att ett konventionsbrott mot art 8 skulle föreligga. Lüdi måste ha varit medveten om att han ägnade sig åt narkotikahandel som var straffbar, och att han därigenom löpte risk att möta en undercover-agent vars uppdrag var att avslöja honom.²⁸

Frågan om konventionsbrott enligt art 6, hävdade Lüdi, låg i att Toni inte hade kallats att vittna i rättegången, och den fällande domen över Lüdi hade baserats enbart på undercover-agentens skriftliga rapporter. Detta

²⁴ Spanark-rapporten s 51 f.

²⁵ SOU 1982:63, s. 130.

²⁶ Lüdi v Switzerland, 15. jun. 1992, Series A 238.

²⁷ Lüdi v. Switzerland, p 35.

²⁸ Lüdi v. Switzerland, p 40-41.

motiverades med att de schweiziska myndigheterna inte ville röja Tonis identitet genom att låta honom vittna. Genom detta hade art 6.1 Europakonventionen och Lüdis rätt till en rättvis rättegång kränkts. Lüdis ansåg även att hans rätt att förhöra de vittnen som åberopats emot honom enligt art 6.3d i samma konvention hade kränkts genom att enbart låta Tonis rapport ligga till grund för den fällande domen. Europadomstolen konstaterar att det primärt ankommer på den nationella lagstiftningen att avgöra om bevisning är tillåten, och att det som huvudregel är upp till de nationella domstolarna att bedöma den framlagda bevisningen. Europadomstolens uppgift är emellertid att avgöra om rättegången i sin helhet varit rättvis, vilket även innefattar sättet som bevisning har presenterats på.²⁹

Domstolen fann att domen inte hade grundats enbart på Tonis rapporter, men att dessa rapporter utgjorde en viktig del av bevisningen som fällde Lüdi. I enlighet med domstolens praxis måste all bevisning i en rättegång förebringas i den tilltalades närvaro vid en offentlig förhandling, och möjlighet till kontradiktion skall föreligga. Det finns vissa undantag från denna huvudregel, men dessa undantag får inte förhindra att den tilltalade får möjlighet att fråga ut vittnet och eventuellt ifrågasätta vittnets trovärdighet, antingen när denne avger sitt vittnesmål, eller vid ett senare tillfälle. Domstolen ansåg att Lüdis rätt till en rättvis rättegång hade kränkts, och att det förelåg ett konventionsbrott mot art 6.1 och 6.3d.³⁰

2.3.2 Agentverksamhet, fria spanare

Agentverksamhet är polisverksamhet som bedrivs av poliser som saknar yttre anknytning till polisen, och arbetar under täckmantel. Utomlands förekommer det att polismän förses med falska identiteter och under lång tid placeras på den illegala narkotikamarknaden för att på så sätt införskaffa allmän information om narkotikasituationen i ett visst område. Spanarkgruppen ansåg att användandet av fria spanare i vissa fall kan vara ett möjligt substitut för användandet av polisiära provokationer för att upptäcka narkotikabrottslighet. Dessutom kan en utplacering av fria spanare innebära att infiltration inte skulle vara nödvändig, vilket skulle medföra att det riskmomentet som infiltration innebär, elimineras.³¹

Polisberedningen ansåg att användandet av fria spanare på till exempel narkotikamarknaden, som inte har i uppgift att uppdaga brott, utan istället fortlöpande skaffa allmänna informationer om förhållandena och vidarebefordra dessa till den öppna polisen knappast kunde accepteras.³²

²⁹ Lüdi vs Switzerland, p 43.

³⁰ Lüdi vs Switzerland, p 50.

³¹ Spanark-rapporten, s. 58.

³² SOU 1982:63, s. 143.

2.3.3 Desinformation

Spanark-gruppen definierade desinformation som att polisen öppet eller dolt för ut helt eller delvis falsk information. Desinformation kan vara av allmän och särskild karaktär. Allmän desinformation riktas inte mot någon särskild, utan mot alla som ägnar sig åt narkotikabrottslighet. Särskild desinformation är vanligast förekommande, och riktar sig mot vissa personer eller en grupp av personer som ägnar sig åt handel med en viss typ av narkotika. Syftet med desinformation är att vilseleda, framkalla oro eller motsättningar eller att provocera fram ett oförsiktigt handlande hos personerna som förses med desinformation. Viss varsamhet bör iakttas när det kommer till användandet av desinformation som spaningsmetod, då polisens allmänna trovärdighet inte får undermineras.³³

2.3.4 Kontrollerade leveranser

Med kontrollerad leverans menas att polis och tullmyndighet i samråd kommer överens om att låta en narkotikakurir passera gränskontrollen med sitt narkotikaparti utan att något ingripande görs. Istället tillåts narkotikakuriren fortsätta sin färd in i Sverige under dold polisövervakning. Avsikten är att kunna ingripa när narkotikakuriren gör sitt överlämnande av narkotikan till mottagaren, vilket ofta är huvudmannen bakom smugglingsoperationen. Interpol skickade 1979 ut en förfrågan till medlemsländerna angående ”controlled drug deliveries”. Av de 34 inkomna enkätsvaren framgick att

- 1) metoden var förbjuden i lag i sju länder, däribland Italien, Rumänien och Portugal,
- 2) metoden var inte förbjuden i lag, men heller inte tillåten i praktiken i tre länder, däribland Finland,
- 3) metoden var tillåten enligt lag i tre länder, däribland Schweiz,
- 4) metoden var accepterad eller i vart fall möjlig i praktiken i de övriga länderna.³⁴

Polisberedningen ansåg att det för svensk del inte förelåg några hinder mot att använda sig av kontrollerade leveranser. Ett ingripande får givetvis inte helt och hållet underlåtas, men tillfällig passivitet kan tolereras om det av spaningsskäl är motiverat att avvakta med ingripandet. Det förutsätts emellertid att polisen eller tullen har ständig uppsikt över narkotikakurirens färd och det följande överlämnandet.³⁵

Helmius understryker rapporteringsskyldigheten och polisens skyldighet att ingripa mot brott i enlighet med 9 § PL. För bagatellartade förseelser finns det möjlighet till så kallad rapporteftergift. Narkotikabrott och narkotikasmuggling faller emellertid inte in under denna kategori. Vidare

³³ Spanark-rapporten, s. 61f, jfr SOU 1982:63 s 131.

³⁴ Spanark-rapporten, s. 48.

³⁵ SOU 1982:63, s. 134.

ställer sig Helmius bakom det ställningstagande som nämnts både i Spanark-rapporten och i polisberedningens betänkande; nämligen att omständigheterna i målet måste vara sådana att det bedöms som säkert att ett ingripande är möjligt vid ett senare tillfälle. Det kan även finnas anledning att dröja med ett ingripande i fråga om ett visst brott, i syfte att inte störa spaning mot samma person i anledning av misstanke om ett annat grövre brott. En annan förutsättning för att kontrollerade leveranser skall godtas i det enskilda fallet, är att det är den eller de misstänkta personerna som själva utför den. Om en polisman skulle träda in som kurir skulle det ligga närmare till hands att betrakta förfarandet som en form av brottsprovokation.³⁶

2.3.5 Provokation

En provokation definierades av 1981 års polisberedning på följande sätt:

”Med uttrycket provokation menar man i detta sammanhang att polisen i sitt brottsbekämpande arbete använder sig av metoden att locka eller utmana någon till en handling eller ett uttalande, som kan vara besvärande eller på annat sätt negativt för denne eller annan i dennes närhet (släkting, kompanjon etc.).

Den person mot vilken åtgärden riktas mot är oftast en för brott misstänkt person, men det kan också vara fråga om någon annan som antas ha kunskaper om något av betydelse för polisens arbete, exempelvis ett vittne till en aktuell gärning.”³⁷

Enligt Polisberedningen kan provokation användas i syfte att erhålla ”[...] bevisning om planerad eller begången brottslighet”.³⁸

Användandet av provokativa åtgärder skall vara restriktivt, det vill säga att det endast skall tillgripas vid grov brottslighet eller om det annars skulle föreligga synnerliga skäl som motiverar ett sådant tillvägagångssätt. Åtgärder av detta slag måste vara beslutad i förväg av rättsutbildad polisbefäl eller åklagare, samt även vara försvarbart – inte bara med hänsyn till eventuella skadeverkningar av åtgärden – utan även det resultat i bevishänseende som förväntas uppnås. Likaså måste hänsyn tas till brottets svårhet, graden av misstanke samt det intrång i den enskildes integritet som den provokativa åtgärden kan innebära. Polisberedningen poängterade att ”åtgärder som har inneburit att någon har provocerats att begå ett brott som han annars inte skulle ha begått har aldrig accepterats”.³⁹

Axberger⁴⁰ ställer sig bakom Polisberedningens principer på denna punkt, och anger följande kriterier för när en provokation kan anses tillåten:

³⁶ Helmius, s. 191.

³⁷ SOU 1982:63, s. 129 f. (Jfr Prop. 1983/84 s. 45).

³⁸ SOU 1982:63, s. 130.

³⁹ SOU 1982:63, s. 130.

⁴⁰ Axberger, Hans-Gunnar, ”Brottsprovokation”, Juristförlaget, Stockholm 1989

- 7) Det är aldrig tillåtet att provocera någon att begå ett brott som denna annars inte skulle ha begått.
- 8) För att en provokativ åtgärd skall vara tillåten krävs stark misstanke om brott.
- 9) Provokation får tillgripas endast vid grov brottslighet.
- 10) Behovs – och proportionalitetsprinciperna måste iakttas.⁴¹
- 11) Beslut om provokation skall fattas på chefsnivå.
- 12) Provokationsåtgärden måste noga dokumenteras

Förarbeten och doktrin på området kompletteras med praxis, som trots sitt ringa antal ger viss vägledning. Det tidigaste rättsfall som jag ämnar ta upp är **NJA 1951 s. 111** (Fallet Skarp). Målet rörde ett framprovocerat stöldförsök av tomma bensinfat vid en flygflottilj och därtill hörande fråga om tjänstefel för den som tillåtit provokationen. En värnpliktig hade upplyst sin överordnade om att en stöld planerades och den överordnade tillät planen att fortskrida, i förhoppningen om att kunna avslöja tjuven på bar gärning. Provokationen bestod i att den tilltalade hade fått information om när och var det var lämpligast att försöka stjäla bensinfat från det militära förrådet. Rätten fann att brottet borde ha förebyggts istället för att låta provokationen fortgå. ”*Provokation eller liknande förfarande för att komma tillrätta med brottslighet måste i princip anses vara ett förkastligt tillvägagångssätt.*”⁴² I vart fall var inte provokationen ändamålsenlig eller motiverad i detta fall, ansåg rätten. I synnerhet eftersom den provocerade var tidigare ostraffad och provocerats att begå ett förmögenhetsbrott han annars sannolikt inte skulle ha begått, och sedan blivit dömd för. Den överordnade fälldes på dessa grunder för tjänstefel. Med tanke på styrkan i det ovanstående citatet, så framstår HD:s principiella och negativa inställning till provokationer som klar.

Ett i tiden närliggande rättsfall är **NJA 1953 s. 582** (Kejne-målet), som inte var ett renodlat provokationsfall. Synsättet som HD anlägger gällande vilka åtgärder som är motiverade med hänsyn till brottets art, graden av misstanke samt intrånget i den enskildes integritet kan emellertid appliceras på provokationer. I målet utredde polisen beskyllningar mot pastor Kejne rörande kriminell homosexuell aktivitet och ämbetsbrott. En ung man vid namn Anders hade uppgivit för polisen att Kejne hade haft sexuell umgänge med honom, vilket skulle ha ägt rum i Kejnes lägenhet. Vid detta tillfälle skulle Anders ha glömt sin fällkniv hos Kejne. I syfte att utröna trovärdigheten i berättelsen arrangerade polisen ett telefonsamtal mellan Kejne och Anders, med förhoppningen att Kejne senare skulle ta emot Anders i sin lägenhet. Där skulle Anders kunna fråga efter sin kniv och om den återfanns hos Kejne kunna förete den för polisen som stöd för sin berättelse. Både telefonsamtalet och besöket ägde rum, allt under polisens dolda överinseende, men någon kniv återfanns inte, ej heller verkade Kejne känna igen den unge mannen. JO beslutade att åtala

⁴¹ Jfr. 8 § PL

⁴² NJA 1951 s. 111, s 112.

förundersökningsledaren för tjänstefel, och trots att majoriteten i HD lämnade åtalet utan bifall, så uttalade de sig i kritiska ordalag rörande de åtgärder polisen hade vidtagit i målet. Spaningsåtgärderna till sin art utgjorde ett allvarligt ingrepp i den enskildes integritet och gick över gränsen för vad som får anses vara tillåtet. HD ansåg att stor återhållsamhet borde iakttas vid användandet av sådana spaningsåtgärder. Den misstanke som kunde riktas mot Kejne var vidare inte stark nog för att motivera så pass långtgående åtgärder som vidtagits, ej heller var det misstänkta brottet av så pass allvarlig art att åtgärderna var befogade.

Ett mål som diskuterats flitigt i doktrinen, men främst på andra grunder än provokation, är **NJA 1985 s. 544** (Juveleraren). Doktrinen uppmärksammar målet främst när det gäller huruvida försökspunkten (försök till brott) har uppnåtts eller ej. Målet rörde två personer, Jozsef och Jan, som hade iakttagits upprepade gånger under december 1984 samt januari 1985 av poliser på spaningsuppdrag i närheten av en juvelerars kontor i Stockholm. Saken anmäldes till åklagare Juveleraren företog ofta bilresor i arbetet, där han förde med sig sin kollektion av smycken och guldföremål, vars värde uppgick till mellan två till tre miljoner kronor. Mellan resorna brukade bilen stå parkerad utanför kontoret. Polisen föreslog att juveleraren skulle lasta sin bil med tomma väskor, för att ge sken av han skulle ut på en arbetsresa. Juveleraren gick med på detta, och lastade den 20 februari 1985 sin bil med tomma väskor. Därefter körde han några kvarter bort, parkerade och låste bilen. Jan dök då upp vid bilen, låste upp den med en falsk nyckel och körde iväg med juvelerarens bil innan de civilklädda poliserna på plats hann ingripa. Jozsef följde efter i en annan bil. De for till stadens utkant, där de tomma väskorna och bilen lämnades. Jozsef och Jan åtalades senare för försök till grov stöld och tillgrepp av fortskaffningsmedel. HD slog fast att de i målet inte hade att ta ställning till om polisens åtgärder kunde anses otillåtna eller inte, utan lade tyngdpunkten i bedömningen på huruvida rekvisiten i 23 kap 1 § BrB (försök till brott) varit uppfyllda. Målet diskuterades flitigt i doktrinen, men då huvudsakligen om huruvida försök till brott kommit till stånd. HD ansåg på att det för brottets fullbordande var ovidkommande om brottet hade framkallats genom en provokation, och det faktum att väskorna var tomma ändrade inte de tilltalades uppsåt till brottets fullbordande. Vidare ansåg HD att en grund för strafflindring kan tänkas föreligga om polisen använder metoder som är uppenbart otillbörliga, exempelvis att förmå någon att begå ett brott han annars inte skulle ha begått.

I **NJA 1988 s. 665** (Kungsträdgården) stod två poliser åtalade för vårdslös myndighetsutövning. Den vårdslösa myndighetsutövningen bestod i att de hade provocerat andra personer att begå narkotikabrott. De två poliserna hade besökt en restaurang i Kungsträdgården under kvällen, och sedan de lämnat restaurangen hade de blivit kontaktade av en person som var känd för poliserna och tillhörde narkotikamiljön i Stockholm. Denna person kände inte igen dem som poliser, och frågade om de vill köpa narkotika, varpå de svarade jakande. Personen som erbjöd narkotikan hade ingen egen narkotika att sälja, utan skulle anskaffa denna från någon annan, det vill

säga agera mellanhand alternativt förmedlare. Det är i detta skede det enligt åklagaren har provocerats fram ett brott på ett otillbörligt sätt, genom att den som erbjöd sig att anskaffa och förmedla narkotikan har förmåtts göra detta av poliserna. Anskaffandet av narkotikan har underlättats genom att poliserna tillhandahöll taxipengar för förmedlaren. Hovrätten dömde de båda polismännen för anstiftan av och medhjälp till narkotikabrott. Lagmannen Rune tillade i förövrigt för egen del i hovrättsdomen, att han ansåg att ändamålen inte får helga medlen så att det vid spaningsverksamhet leder till att polisen provocerar till brott som annars sannolikt inte skulle ha begåtts. Hovrättens domslut i delen som fällde poliserna upphävdes sedermera av Högsta Domstolen. Av målet framgår att polisen vid provokation skall tillämpa passivitet och stor restriktivitet, för att inte provocera fram brottsligt handlande som annars inte hade begåtts.

Att en person har utsatts för provokation inte utgör någon allmän straffrihetsgrund slog HD fast i **NJA 1989 s. 493** (Utlämningsfallet). Huvudfrågan i målet var om den chilenske medborgaren Felix D skulle utlämnas till USA, för att där åtalas för narkotikabrott. Narkotikabrotten bestod av innehav och försäljning av kokain vid tre skilda tillfällen, där köparen var en polisman - en så kallad undercover agent. De i USA begångna brotten var även enligt svensk rätt att bedöma som narkotikabrott, vilket är en grundförutsättning för utlämnande. Felix D hävdade att de gärningar som avses med utlämningsframställan inte motsvarade brott enligt svensk lag, då "köparen" var polisman och att Felix D hade provocerats till gärningarna av denne. HD valde att bortse ifrån detta yrkande och ansåg att hinder inte förelåg mot utlämning. *"Det förhållandet att någon påverkats att begå ett brott genom sådan åtgärd från polisens eller annan brottsbekämpande myndighets sida som syftar till att förmå honom att röja egen eller annans brottslighet inverkar enligt vad som får anses vara vedertagen uppfattning i svensk rätt i princip inte på gärningens straffbarhet."*⁴³ För straffbarhet enligt 1 § narkotikastrafflagen (1968:64) är det ovidkommande om en säljare ovetande skulle överlåta narkotika till en presumtiv köpare, som senare visar sig vara polis, eftersom redan innehav av narkotika är ett fullbordat brott. HD betonade emellertid att detta under vissa förhållanden skulle kunna medföra en lindrigare bedömning i sådana fall. Justitierådet Munck för egen del ett avsnitt, där han konstaterar att det i Sverige under vissa förhållanden anses vara en godtagbar spaningsmetod att polismän uppträder som köpare av narkotika. En allmän straffrihetsgrund för det fall att en person provocerats till att sälja narkotika kan inte anses föreligga. Det faktum att köparen var en polisman inverkar inte heller på gärningens straffbarhet. För straffbarhet krävs, såsom Munck nämnde, ett uppfyllande av både de objektiva och subjektiva kraven. Det kan således framstå som att det objektiva kravet på straffbarhet inte uppfylls om överlåtelsen sker till en polisman, och att ett subjektivt överskott möjligtvis skulle föreligga.

⁴³ NJA 1989 s. 498, s. 499.

Ett renodlat fall rörande polisiär provokation har kommit upp till Europadomstolens bedömning, **Texeira de Castro mot Portugal**.⁴⁴

Två civilklädda polismän tog kontakt med en person de misstänkte för smärre narkotikalangning, i syfte att försöka komma i kontakt med langarens leverantör. Poliserna hörde sig för hos langaren och efterfrågade heroin. Detta kunde inte langaren skaffa fram. Langaren fick istället från en annan langare adressen till Teixeira de Castro och åkte tillsammans med de civilklädda poliserna till Teixeira de Castro, som därefter ombads skaffa fram 20 gram heroin för polisernas räkning. Teixeira de Castro hade emellertid inte någon narkotika att tillgå själv, utan fick via flera mellanhänder införskaffa detta. Vid överlämnandet arresterades Teixeira de Castro, och dömdes till sex års fängelse för narkotikabrott. Teixeira de Castro var inte tidigare straffad, ej heller fanns det någon misstanke om att han skulle vara inblandad i narkotikahandel. Efter ett framgångslöst fullföljande av talan ända upp till Portugals högsta domstol, överklagade Teixeira de Castro domen till Europadomstolen, och ansåg att han inte fått en rättvis rättegång. Skälet till detta var att han hade förmåtts av polisen att begå det brott som han senare kom att dömas för. Detta brott hade sannolikt inte hade begåtts då brottet tillkom enbart genom polisernas agerande. Europadomstolen slog inledningsvis fast att dess uppgift inte är att bedöma tillåtligheten av bevisning, då detta primärt är en nationell fråga, utan uppgiften för handen var att bedöma huruvida rättegångsförfarandet i sin helhet varit rättvist. Domstolen underströk att kampen mot organiserad brottslighet kan kräva att lämpliga motåtgärder vidtas. Även dessa åtgärder måste emellertid hållas inom vissa gränser, så att garantierna för ett korrekt och rättssäkert förfarande inte urholkas. Skyddet i artikel 6 gäller alla brott, från de enklaste till de mest komplexa. Intresset av att utreda brott kan därför inte motivera att bevisning används som åtkommit till följd av en brottsprovokation (agent provocateur).

JO-avgöranden har måhända inte lika stor tyngd som rättskälla som avgöranden från Högsta Domstolen, men har ändå ett värde, då de bidrar till att förtydliga de normer för polisiära provokationer som finns. Ett JO-avgörande av intresse är **JO 1973 s. 91**. (Den enarmade banditen) Avgörandets betydelse ligger främst i att det klargör när en provokation inte är motiverad. Beslut hade fattats om att beslagta en spelautomat, en så kallad enarmad bandit, från en tobakshandlare. Att spel som stred mot lotteriförordningen förekom, hade redan konstaterats. Spel på den enarmade banditen gick till på så sätt att en spelare stoppade enkronor i automaten och drog i en spak, och en eventuell vinst bestod av polletter som spelaren kunde fortsätta spela med istället för enkronor. Något reellt värde hade således inte polletterna. Redan en spelform som detta stred mot lotteriförordningen, och det var på denna grund som beslutet om beslag fattades. Polismannen som hade i uppgift att beslag ta automaten valde istället att försöka utröna om tobakshandlaren var villig att lösa in vunna polletter i pengar, vilket skulle göra brottsligheten allvarligare. Han spelade på automaten tills han vann, och försökte därefter lösa in vinsten, vilket lyckades. Det faktum att tobakshandlaren löste in polletterna mot pengar,

⁴⁴ Teixeira v. Portugal, 9.6.1998

användes som bevis till hans nackdel i den följande brottmålsrättegången.⁴⁵ Invändningen om provokation beaktades inte av HD, men saken blev emellertid föremål för JO:s bedömning. I inhämtat yttrande från Rikspolisstyrelsen uttryckte RPS att polismannens handlande var svårförståeligt och överflödigt, och att polismannen inte skulle ha agerat på sådant sätt utan att ha inhämtat beslut från åklagare, polischef eller kriminalavdelningen. JO instämde i både detta yttrande från RPS och deras yttrande i den ställda principfrågan, nämligen att åtgärder av denna typ endast får användas med yttersta urskiljning och restriktivitet. Provokativa åtgärder bör endast tillgripas i grova brottmål eller om det annars skulle vara befogat på grund av synnerliga skäl. Brottet som saken gällde i detta fall var inte av så grov natur att det var motiverat med en provokativ åtgärd från polisens sida, och den borde således inte ha företagits. JO fann emellertid inte tillräckliga skäl att föra saken till åtal mot polismannen.

Ett annat centralt avgörande är **JO 1997/98 s. 118**, där JO slår fast att det till skillnad från vad som tidigare sagts, enbart är åklagare som har att besluta om provokation skall tillgripas under förundersökningen. Förarbetena har endast uttalat att det är förundersökningsledaren som avgör, oavsett om detta skulle vara ett polisbefäl eller åklagare. Omständigheterna var som följer.

Narkotikagruppen vid Skärholmspolisen hade vid 12-tiden den 3 november 1992 fått ett tips av chefen för en flyktingförläggning om att det förekom någon form av narkotikahandling där, och att en somalier på förläggningen hade ytterligare information. Två poliser och två polisaspiranter som de var handledare åt begav sig till förläggningen för att utreda tipset. Somaliern A M hade tillfrågats av två personer, H och A, om han ville sälja kokain åt dem. De två ansåg att A M hade en stor umgängeskrets och inte borde ha svårt att sälja kokainet. De hade förevisat honom cirka 50 g kokain vid ett tillfälle, och vid ett annat tillfälle 21000 kronor. A M ville emellertid inte befatta sig med narkotika. Tillsammans med polisen beslöt han att samma dag gillra en fälla, där en av polisaspiranterna skulle utge sig för att vara en förmedlare för en köpare av kokain. Ett provparti förevisades för polisaspiranten, men denne hade instruerats att försöka ta reda på om det fanns något större parti, utan att verka för angelägen. Det visade sig att det gick att köpa 500-600 g kokain av A och H, detta parti fanns hos O, A och H:s kumpan. Efter telefonkontakt med sin handledare beslöt det att aspiranten skulle anta erbjudandet. Överenskommelse träffades om att överlämnandet skulle ske på vid Jakobsbergs pendeltågsstation klockan 23.00 samma kväll. Vid pendeltågsstationen ägde gripandet rum, och cirka 500 g kokain beslagtogs. Polisanmälan upprättades den 4 november 1992 klockan 01.15. Åklagare inträdde som förundersökningsledare samma dag, det vill säga dagen efter provokationen och gripandet. Tingsrätten dömde A, H och O för grovt narkotikabrott, och tillade att den inte ansåg att det förelåg grund för strafflindring på grund av att polisen eventuellt skulle ha använt sig av otillbörliga metoder, till exempel att provocera någon att begå

⁴⁵ NJA 1972 s 625.

brott som han annars inte skulle ha begått. Hovrätten fastställde domarna och Högsta domstolen meddelade inte prövningstillstånd. JO tog upp ärendet och det remitterades till olika instanser för att dessa skulle yttra sig över vissa särskilda frågor angående ovanstående fall.

Polismyndigheten i Stockholms län ansåg att fara i dröjsmål inte förelåg och att polismännen borde ha inhämtat beslut av åklagare innan provokationen inleddes, eller i vart fall ha samrått med polischef. **Rikspolisstyrelsen** (RPS) anser att det i enlighet med 23 kap 3 § RB inte rörde sig om ett mål av enkel beskaffenhet. Det borde således ha varit åklagare som tog över ledningen av förundersökningen, så snart det framstod som klart för poliserna att fanns skälig misstanke om ett grovt narkotikabrott beträffande två namngivna personer. Utgångspunkten för en bevisprovokation är givetvis att en polisman skall utföra denna uppgift, då det kan innebära riskfyllt spaningsarbete. Att polismannen ifråga är ung utgör inget hinder, om denne har bedömts som lämplig för uppgiften. Det är först om en polisman svårligen skulle kunna accepteras i den kriminella miljön eller på grund av annan anledning inte kan introduceras för de personer som provokationsåtgärden riktas mot, som användandet av en privatperson bör komma ifråga. Lämpligheten av att använda privatpersoner i en bevisprovokation måste emellertid bedömas från fall till fall. **Riksåklagaren** (RÅ) yttrade sig också, och understryker att när förundersökning inletts och målet inte är av enkel beskaffenhet, så skall åklagaren ta över ledningen av förundersökningen absolut senast när en person skäligen kan misstänkas för brottet. När åklagaren träder in som förundersökningsledare är det denne som beslutar vilka åtgärder som bör vidtas. Dessa åtgärder är ofta i praktiken beroende på vilka resurser polismyndigheten ifråga har till sitt förfogande. Samråd med polismyndigheten är således av stor vikt. När en fråga uppstår om bevisprovokation skall användas har utredningen oftast nått så långt att det föreligger skälig misstanke. Skulle graden av misstanke inte vara så pass stark, och det inte finns andra särskilda skäl till att åklagare skall inträda som förundersökningsledare, så ankommer det på polischef att besluta om bevisprovokation. *”Beslut om bevisprovokation får inte fattas av någon polistjänsteman på lägre tjänstenivå.”*⁴⁶

Beträffande frågan om lämpligheten av att använda privatpersoner eller polisaspiranter som provokatörer så anser RÅ att det är lämpligast att en polisman deltar i en bevisprovokation, då gränserna för en tillåten bevisprovokation är relativt snäva. Vidare förväntas en polisman ta hänsyn till etiska normer och kan även ingripa i egenskap av myndighetsperson och därtill hörande maktbefogenheter om händelseförloppet skulle utvecklas i en oönskad riktning. En polisaspirant har inte hunnit skaffa sig någon större erfarenhet av myndighetsutövning och måste därför anses som mindre lämplig att användas i bevisprovokationer än en färdigutbildad polisman. När det gäller användandet av privatpersoner i bevisprovokationen i fråga,

⁴⁶ JO 1997/98 s 118, s.124.

så borde dennes roll ha begränsats till att bestämma tid och plats för ett möte mellan de misstänkta och provokatören.

ChefsJO Eklundh anförde i sitt beslut att reglerna för förundersökning styrs i första hand av 23 kap RB. Även 8 § PL måste beaktas, då denne ger uttryck för legalitets-, behovs-, proportionalitets- och ändamålsprinciperna. JO tillade för egen del att han godtar att provokation får användas som spaningsmedel om det föreligger misstanke av betydande styrka om att fullbordat brott är för handen, och att provokationen endast syftar till att få dessa misstankar bekräftade. Här rörde det sig om narkotika, för vilket redan innehav är ett fullbordat brott. En överlåtelse ändrar inget ifråga om det brottsliga innehavet. Genom en överlåtelse, tillkommer då ett nytt brott utöver det som redan begåtts genom innehavet? Även om detta någon gång skulle inträffa, så anser inte JO att denna omständighet skulle utgöra något hinder för en provokation, så länge misstanken om narkotikainnehav har en erforderlig styrka. Angående brottets grovhet och misstankens styrka anger JO att det som huvudregel skall föreligga stark misstanke om ett grovt brott för att provokationer skall vara motiverade. I enlighet med detta och med beaktande av 23 kap 3 § RB om åklagares skyldighet att ta över förundersökning när målet inte är av enkel beskaffenhet, torde det framgå att det är åklagare som skall besluta om användandet av bevisprovokation.⁴⁷

Ett JO-avgörande av nyare datum är fallet med en motorcykel av märket Harley Davidson (HD) som polismyndigheten i Stockholms län hade köpt in för att använda som ”lockbete”, **JO 2000/01 s. 118**. Införskaffandet av motorcykeln hade gjorts inom ramen för en insats som syftade till att stävja stölderna av Harley Davidson-motorcyklar, vilka hade ökat markant under åren 1995-97. Endast 10 % av motorcyklarna hade återfunnits vid tidpunkten för aktionen i fråga. Den låga andelen återfunna motorcyklar talade för att det rörde sig om organiserad brottslighet. Denna misstanke stöddes av det faktum att ett antal av HD-motorcyklarna hade återfunnits hos medlemmar av kriminella mc-gäng. Polisen parkerade den införskaffade HD-motorcykeln på Hornsgatan den 9 juli 1998. Vid flera tillfällen observerades en person, J P, som redan tidigare varit misstänkt för ”stöld av Harley Davidson” i närheten av den utplacerade motorcykeln. Efter att i omgångar inspekterat motorcykeln, klippt av låskättingen och brutit tändningslåset startade J P motorcykeln och åkte från platsen. En polis på motorcykel följde efter, och när J P stannade till på en grusplan, försökte polismannen hindra honom att köra från platsen. Det var stor fara för att J P skulle undkomma med motorcykeln, men polisen kastade sig över motorcykeln och tog tag i J P. Denne tappade kontrollen över motorcykeln och kolliderade med en parkerad bil. Springande lyckades J P undkomma, men anhölls i sin frånvaro dagen efter och greps en månad senare. På den adress där försöket att gripa J P hade ägt rum, beslagtogs en bil och fem bärbara datorer. Ytterligare beslag gjordes till följd av aktionen, och sammanlagt tre bilar, fem bärbara datorer, åtta radioapparater och en cd-växlare beslagtogs.

⁴⁷ JO 1997/98 s 118, s 130.

Polismyndigheten i Stockholms län anförde att aktionen ledde till att antalet stölder av HD-motorcyklar minskade med 74 %. Huvudskälet till att polismyndigheten hade köpt in en HD-motorcykel var att den skulle användas i spaningsverksamhet. Inköpet finansierades med medel som hade ställts till polismyndighetens förfogande för bekämpandet av mc-brottslighet. Sådan användning som kom att äga rum på Hornsgatan var inte någonting som motiverade inköpet, utan betraktades som ”en välkommen bieffekt”. Vad beträffar risken att förlora motorcykeln, så ansåg polismyndigheten att en omfattande beredskap förelåg för att förhindra en sådan situation. Motorcykeln bevakades av fem polismän, varav fyra förfogade över varsin personbil och den femte över en spaningsmotorcykel. Vid tidpunkten för stölden deltog ytterligare tio polismän i aktionen. Visserligen var syftet med aktionen, om motorcykeln skulle komma att stjälas, att följa efter motorcykeln till ett garage eller dylikt, för att där eventuellt kunna beslagta redan stulna HD-motorcyklar eller delar av dessa. Överväganden som gjordes inför aktionen utgick ifrån behovs- och proportionalitetsprinciperna i 8 § PL. Ett omfattande traditionellt spaningsarbete för att utreda motorcykelstölderna hade bedrivits innan aktionen i fråga genomfördes, men dessa åtgärder hade alla varit fruktlösa. Först när alla andra metoder och möjligheter var uttömda bestämdes det att aktionen skulle genomföras, som en sista utväg. Behovsprincipen bör således vara täckt. När det gäller proportionalitetsprincipen ansåg Polismyndigheten i Stockholm att den hade ställt kränkningen som aktionen skulle kunna innebära mot syftet med aktionen. Syftet var att uppdaga och förhindra fortsatt grov, organiserad mc-brottslighet. Vid tidpunkten för aktionen fanns det 80 stycken pågående förundersökningar avseende stulna och ej återfunna HD-motorcyklar. Det fanns heller inte någon skäligen misstänkt person. Mot bakgrund av detta, samt att det var grov, organiserad mc-brottslighet som var föremål för aktionen bedömde inte polismyndigheten i Stockholm att denna metod stod i missförhållande till syftet. Allmänna överväganden om huruvida aktionen skulle kunna anses som provokation gjordes också. Motorcykeln var inte av exklusiv modell och hade heller inte någon iögonfallande lyxutrustning. Den var försedd med ett kraftigt, av försäkringsbolagen godkänt, lås och ställdes ut på en av Stockholms mest trafikerade och upplysta gator, vilket inte kunde anses underlätta en stöld. Det fanns således inget som tydde på att motorcykeln löpte en större risk att stjälas än något annat parkerat fordon i Stockholms innerstad. Med utgångspunkt från det nyss nämnda, ansåg inte polismyndigheten i Stockholm att den utmanat eller lockat någon att stjäla motorcykeln.

RÅ bedömde att aktionen sammantaget får anses vara provokation. Det provokativa inslaget kan dock inte betecknas som särskilt framträdande. Då RÅ konstaterat att det rörde sig om provokation uppkom frågan om det var en tillåten eller otillåten åtgärd. Redan det faktum att det provokativa momentet inte var särskilt framträdande talar för att åtgärden måste anses vara tillåten. Syftet i detta fall var att avslöja pågående grov brottslighet. En provokation är inte tillåten om syftet är att förmå någon att begå en gärning

som denne annars inte skulle ha begått. När det gäller gränsdragningen mellan otillåten brottsprovokation och tillåten bevisprovokation måste avgörande vikt fästas vid att åtgärden inte riktade sig mot någon bestämd person, utan att den tvärtemot var neutral. Motorcykeln hade heller inte ställts upp på ett sådant sätt att den skulle vara speciellt attraktiv eller lättåtkomlig. En tillåten bevisprovokation kräver att det skall finnas en stark misstanke om brott, och frågan uppkommer då vart en sådan misstanke skall vara riktad. Måste den starka misstanken avse en bestämd person, identifierad eller oidentifierad, eller kan den rikta sig mot en mer obestämbar grupp? RÅ anser att en provokation kan riktas mot en obestämbar grupp utan att för den skull vara otillåten, i synnerhet om åtgärden har en neutral karaktär och inte på något särskilt sätt kan anses locka till brott.

JO inleder med en allmän beskrivning av de allmänt vedertagna (och ovan nämnda) kriterierna för hur en provokation skall gå till för att anses vara tillåten. En tillåten provokation är en bevisprovokation, och syftet skall vara att få fram bevisning om ett vid provokationstillfället redan begånget brott. I det aktuella fallet ansåg JO att det kunde ifrågasättas om de misstankar som förelåg hade så pass styrka att det motiverade en provokation. Frågan om behovs- och proportionalitetsprinciperna var uppfyllda besvarade JO nekande. Att skjuta upp ingripandet mot J P var heller inte godtagbart, då polismännen enligt 2 § 1 PL var skyldiga ingripa i syfte att förebygga brott redan när låskötningen klipptes av. Polisens åtgärd att ställa ut en motorcykel på Hornsgatan tillsammans med underlåtenheten att ingripa innan J P hunnit tillgripa motorcykeln skiljer sig inte nämnvärt från vad som brukar förstås med en brottsprovokation, enligt JO. Det faktum att polisen råkade upptäcka annan brottslighet än den som föranlett åtgärden saknar betydelse. I likhet med kontrollerade leveranser, borde polisen ha sådan uppsikt och kontroll över situationen att den inte förlorar möjligheten att vid lämplig tidpunkt vidta de åtgärder som krävs. Kritik riktades även mot att det var polismyndigheten som beslutat om åtgärden istället för åklagare, och att det inte framgick av dokumentationen vem som hade fattat beslut om åtgärden. Utöver kritiken som framfördes, vidtog JO inga ytterligare åtgärder.

För att återknyta till nutiden, behandlar jag även målet som under första halvan av 2003 togs upp i Malmö TR, och fick stor massmedial uppmärksamhet, mål nr **B 2265-02**. I målet stod två polismän åtalade, den ene, M, för stämpling till grovt narkotikabrott alternativt grovt tjänstefel, den andre, I, för grovt tjänstefel. De två poliserna tjänstgjorde vid en narkotikagrupp i Malmö. Från mitten av februari 2002 till mitten av mars samma år hade M enligt åklagarens gärningsbeskrivning ”försökt förmå annan att olovligen anskaffa och överlåta narkotika, främst heroin”.⁴⁸ Åklagaren gjorde vidare gällande att M i samråd med sin informatör, G, har beslutat om den brottsliga gärningen, vilket bestod i att G på uppmaning av M gjort beställning av narkotika hos annan. Den 10 mars 2002 hade en överlåtelse av cirka 70 gram heroin skett från annan till G. M har vidare vid flera tillfällen under ovannämnda tidsperiod, i samråd med G, beslutat att G

⁴⁸ Åklagarens gärningsbeskrivning, Bilaga 1 i domen, mål nr B 2265-02.

skulle köpa narkotika från andra personer och underrätta M om tid och plats för dessa överlåtelser. Narkotikabrotten ansåg åklagaren skulle betraktas som grovt brott, med hänsyn till både mängder och preparat. Den andre polisen, I, stod åtalad för att han haft vetskap om M:s ovan beskrivna olagliga arbetsmetod och att han underlåtit att rapportera detta till förman.

Orsaken till åtalet berodde på att länskriminalen i en annan pågående utredning avlyssnade G:s telefon. Telefonavlyssningen gav vid handen att G och M hade en omfattande kontakt. Telefonavlyssning av M:s telefon inleddes. Informationen som ledde fram till förundersökning och åtal hade karaktär av så kallad överskottsinformation. Åklagaren hävdade att M använt G som provokatör, genom att

- 1) G skulle beställa heroin av S. Vid fem tillfällen försökte M på så sätt förmå S att överlämna narkotika. M skulle att slå till mot S eller hans kurir.
- 2) Den 10 mars 2002 skulle 70 g heroin levereras från S. Sedan G underrättat M att S var på väg att genomföra leveransen, beslöt M att S inte skulle gripas. Det framgår av de avlyssnade samtalen att M:s kollega I ansåg att man lätt kunnat "klippa" S. Det har varit andra överväganden än säkerhetsmässiga skäl som gjort att M ansett att S inte skulle gripas den 10 mars.
- 3) G har fått partiet med heroin och levererat det vidare. Misstanken mot G låg långt över graden "skälig misstanke" M har inte vidtagit någon åtgärd för att förhindra att narkotikan kom ut på marknaden.

G har erhållit otillbörliga förmåner genom att M har, med vetskap om överlåtelser, låtit G behålla 2 g kokain, låtit bli att röra en av G:s springpojkar, samt genom att underlåta att ingripa mot S, eftersom M inte ville "trampa G på fötterna". Vidare har M saknat kännedom om huruvida de som G har beställt narkotika av har haft tillgång till detta. Det är inte fråga om bevisprovokation när man inte vet om narkotika finns. Det är istället fråga om brottsprovokation. M:s kollega I har haft vetskap om M:s arbetsmetoder.

Till sitt försvar anförde M bland annat följande⁴⁹. Den verksamhet inom vilken M arbetar bygger till stor del på information från uppgiftslämnare som själv är kriminella. Det har inte funnits några skrivna eller tydliga muntliga anvisningar för spaningsarbetet. Såvitt han vet, så arbetar alla narkotikaspanare på samma sätt som M gjort. När det gäller G, så har det varit en offentlig hemlighet att hans familj har varit stora i narkotikasammanhang, men det har varit svårt att komma åt familjen. Från 1994 till 2000 har det genomförts husrannsakan vid tolv tillfällen, och sammanlagt har endast 8 gram heroin hittats. G har varit M:s informatör sedan 2001. M fick i månadsskiftet januari/februari 2002 reda på att länskriminalen spanade på G. M har lämnat all information om G och hans familj vidare till länskriminalen. Han har också hjälpt länskriminalen genom att dels lämna desinformation till G, dels genom att hålla G lugn.

⁴⁹ I instämde i detta i för honom relevanta delar.

Domen var i mina ögon en antiklimax, då Malmö tingsrätt redan i inledningen sade att den inte hade att ta ställning till huruvida vissa spaningsmetoder bör vara tillåtna, och endast i begränsad utsträckning har att pröva om de är tillåtna. Tingsrätten valde istället att koncentrera sig på att bedöma om åklagaren bevisat det som påstås i gärningsbeskrivningen och, om så är fallet, ta ställning om handlandet eller underlåtenheten att handla i fråga är brottsligt. Den stämplande handling som åklagaren lagt M till last är att han i samråd med G har fattat beslut om att brott skall utföras. Tingsrätten fann att M:s uppsåt med ”samarbetet” med G och ”beställningarna” varit att förfarandet inte skulle få fortskrida längre än att polisen skulle gripa langaren och därigenom hindra att narkotikabrott begicks. Endast ringa fara för brottets fullbordan har på grund av M:s ovan redovisade avsikt förelegat. Utrymme för ansvarsfrihet ansåg tingsrätten finnas även på grunderna att någon reell överenskommelse om att begå brott inte har förelegat och att M saknat uppsåt till att narkotikabrott skulle komma till stånd. Åtalet för stämpling till grovt narkotikabrott ogillades. Frågan om tjänstefel ställdes i relation till om M:s agerande skulle vara att anse som otillåten brotts- eller bevisprovokation. För brottsprovokation ansåg tingsrätten inte att det var styrkt att M genom sitt agerande medverkat till att brott kommit till stånd eller fara uppkommit för detta. På frågan om otillåten bevisprovokation hade ägt rum gjorde tingsrätten följande bedömning. Det är i målet klarlagt att G samt de som M bedrivit spaning på har varit kända av polisen som grovt kriminella. Misstankarna som M har haft har således varit berättigade. Att styrka ett påstått narkotikabrott genom vittnesmål från personer inblandade i narkotikahandel måste allmänt betraktas som mycket svårt. Det säkraste och bästa bevismedlet torde istället vara att gärningsmannen kan tas på bar gärning med narkotika på sig eller förvarad i sin lägenhet. M har således haft anledning att försöka säkra bevis, ansåg tingsrätten. Det framgår det av vittnesmål från andra poliser att M:s spaningsmetoder är praxis inom polismyndigheten. Föreskrifter för hela polismyndigheten om handläggning och beslutsordning vid användandet av särskilda spaningsmetoder saknas, vilket har påtalats i en i målet åberopad utredning. Med beaktande av att föreskrifter saknats för särskilda spaningsmetoder och att M:s handlande utgör praxis inom myndigheten vid narkotikaspaning, kan M:s handlande inte anses ha inneburit ett åsidosättande av vad som gällde för tjänsten. Åtalet lämnades i sin helhet utan bifall, både för M och I. Åklagaren valde att inte överklaga tingsrättens dom.

2.3.5.1 Överskottsinformation

Överskottsinformation och ett eventuellt användande av sådan, är inte en särskild spaningsmetod, men bör ändå uppmärksammas, eftersom det sistnämnda rättsfallet tog upp ämnet. Vid alla typer av avlyssning kommer polisen att kunna få del av uppgifter som inte rör det konkreta brott som föranlett spaningsinsatsen, det vill säga överskottsinformation.

Överskottsinformation kan i princip vara av två typer:

- 1) Uppgifter som inte faller in under ändamålet för avlyssningen och saknar samband med det aktuella brottet, men som rör annat begånget eller planerat brott.
- 2) Uppgifter som framkommer vid avlyssningen och som inte har samband med något brott, exempelvis uppgifter av rent personlig karaktär, såsom familjeliv eller arbete.⁵⁰

Det finns i dagsläget inget lagrum som uttryckligen förbjuder användningen av överskottsinformation.⁵¹ Detta medför emellertid inte att osäkerheten på området är undanröjd, då det förekommer skilda uppfattningar om i vilken utsträckning överskottsinformation får användas. Ett nytt HD-avgörande bidrar emellertid till att göra frågan om överskottsinformations tillåtlighet klarare. I målet⁵² konstaterades att frågan i vad mån överskottsinformation får läggas fram som bevisning för närvarande är oreglerat, men att hinder mot detta inte föreligger vare sig enligt RB eller Europakonventionen. Fråga uppkommer emellertid om bevisvärdet av sådan information. Avsaknaden av positiva lagregler om behandling av överskottsinformation i sig påverkar inte bevisvärdet av sådan information, åtminstone inte om teleavlyssningen beslutats i föreskriven ordning och kan förutsättas vara lagligen grundad. ”Det ligger emellertid i sakens natur att information av detta slag måste behandlas med försiktighet, inte minst när informationen åberopas mot någon annan än den som varit föremål för teleavlyssningen.”⁵³ HD anför vidare att det endast sällan bör kunna komma ifråga att grunda en fällande dom enbart på ett enskilt avlyssnat samtal där överskottsinformation inhämtats. Denna inhämtade överskottsinformation kan emellertid komma att stödjas av annan bevisning, och det kan också vara så att det rör sig om flera samtal som sammantaget pekar i en viss riktning. Av vikt för bedömningen gällande överskottsinformationens bevisvärde är vidare om förhör och motförhör med dem som deltagit i samtalet har kunnat äga rum. Även andra omständigheter kan komma att ha betydelse för bevisvärdet. HD nämner vidare att en oreglerad användning av information från hemlig avlyssning i vissa fall kan komma i konflikt med artikel 8 i Europakonventionen. Europadomstolens praxis ger emellertid utrymme för att sådan information får tilläggas bevisvärde i brottmålsrättegångar. Vid Europadomstolens bedömning om en rättegång har varit rättvis i enlighet med artikel 6 har det beaktats om det endast varit överskottsinformation som har utgjort bevisning i målet, eller om domen grundats på en samlad bedömning av olika bevis.

⁵⁰ Flyghed (red.), s. 92 f.

⁵¹ Jfr t ex SOU 1998:46, ”Om buggning och andra hemliga tvångsmedel”.

⁵² Mål nr B 2076-03.

⁵³ B 2076-03, s. 4.

3 Rättegång och bevisning

När förundersökningen är klar och ett eventuellt åtal har väckts, så förs ärendet upp till domstolsnivå. Reglerna om domstolens sammansättning och dylikt lämnas därhän, presentationen i det följande kommer istället att kretsa kring hur domstolen hanterar framlagd bevisning i brottmål. Innan ett mål tas upp i rätten finns det även två centrala förstadier där bevisvärdering görs - förundersökningen och åtalsprövningen. Förundersökningsledaren, det vill säga polisbefäl eller åklagare, har ansvaret för att se till att en misstänkt gärningsman kan hittas, och åklagaren gör en åtalsprövning för att avgöra om bevisningen räcker för att väcka åtal. För att kunna uppnå detta, laborerar förundersökningsledaren med bevisvärdering och grader av misstanke. Graderna av misstanke är, från lägsta till högsta graden: ”anledning att anta”, skälig misstanke, sannolika skäl, tillräckliga skäl och slutligen styrkt/ställt utom rimlig tvivel. Att särskilt uppmärksamma är att Europakonventionens skyddsregler för den enskilde enligt artikel 6 förefaller träda in redan på förundersökningsstadiet, vid den tidpunkt då förundersökningen har funnit en misstänkt person för det begångna brottet.⁵⁴

3.1 Domstolens uppdrag – bevisning som arbetsredskap

Målet med bevisning i rättegång är att ge domstolen tillräcklig säkerhet för att kunna verkställa lagens ordalydelse. Säger lagen att beteende X är brottsligt och att straff skall utdömas för den person som utfört handlingen, så åligger det domstolen att utröna om den tilltalade är denna person, samt om han kan hållas ansvarig för det straffbara beteendet. För att kunna uppnå en tillräckligt hög grad av säkerhet om huruvida den tilltalade är skyldig till det straffbara beteendet används för målet relevant bevisning. För bevisning gäller 35 kap RB, som anger hur rätten skall förhålla sig till bevisning som åberopas i målet. Portalparagrafen 35 kap 1 § RB ger uttryck för principen om fri bevisprövning:

*”Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat.
Vad om verkan av visst slag av bevis är stadgat vare gällande.”*

Detta innebär att både bevisprövningen och bevisvärderingen i princip är fri. Fri bevisföring innebär alltså att några begränsningar inte ställs upp avseende vilka bevismedel som får användas, och fri bevisvärdering innebär att det står domaren fritt att bedöma värdet av den bevisning som presenteras, utan att vara bunden av legala regler.⁵⁵

⁵⁴ Diesen, ”Förundersökning”, s. 32 f.

⁵⁵ Lundqvist, Ulf, ”Bevisförbud”, Iustus Förlag, Uppsala 1998, s 126.

Det ankommer primärt på parterna att sörja för bevisning⁵⁶, men i mål hörande under allmänt åtal har rätten möjlighet att ex officio komplettera utredningen. I brottmål har åklagaren dessutom bevisbördan för alla omedelbart relevanta omständigheter. Detta kan sägas innefatta principen ”*in dubio pro reo*” – vid tvivel skall rätten döma till den tilltalades fördel.⁵⁷ Principen att åklagaren har bevisbördan för alla omedelbart relevanta omständigheter i brottmål har inte ansetts nödvändig att direkt komma till uttryck i lag. Det är givetvis risken för oriktiga fällande domar som ligger bakom principen att den tilltalade inte har någon bevisbörda. Åklagarens bevisbörda innefattar även de subjektiva rekvisiten och sådana förhållanden i fallet som skulle föranleda att brottsrubriceringen skall betraktas som grov.⁵⁸

Genom att föra in bevisning i målet försöker parterna få domstolen att tillämpa eller inte tillämpa en viss rättsregel. Det som bevisningen ytterst tar sikte på är rekvisiten för rättsregeln, det vill säga de för rättsregelns tillämpning omedelbart relevanta omständigheterna. Dessa benämns rättsfakta. Rättsfakta kan således anses vara bevisteman. Vid bevisprövningen är det av betydelse om två omständigheter tillsammans bildar ett rättsfaktum eller var för sig utgör ett rättsfaktum och därmed två självständiga bevisteman.⁵⁹

Utöver det faktum att relevant bevisning i ett mål finns, så måste denna bevisning värderas, både inbördes och var för sig; i syfte att säkerställa att bevisningen täcker rekvisiten i lagrummet den tilltalade står åtalad för. För detta ändamål använder domstolarna sig av den fria bevisvärderingens princip, som nämndes ovan.⁶⁰ Denna princip innebär att all bevisning är i både teori och praktik tillåten. Man kan jämföra detta med den legala bevisteorin, som användes tidigare. Den legala bevisteorin ställde upp förbud mot viss bevisning, och det angavs i lagen vilket bevisvärde bevisning som fick föras hade.⁶¹

Vissa begränsningar i den fria bevisföringen finns dock, exempelvis att närstående till den tilltalade inte är skyldiga att vittna mot denne och att vissa yrkesgrupper delvis är befriade från skyldigheten att vittna.⁶² Fri bevisvärdering innebär ej heller att bevisvärderingen för den sakens skull får vara godtycklig, utan oskuldspresumtionen och grundsatserna ”*favor defensionis*” och ”*in dubio pro reo*” - att vid osäkerhet eller tvivel gynna eller döma till den tilltalades fördel - måste beaktas.

För det fall att ett bevis tillkommit utan att föreskrivna regler har iakttagits, så kan det heller inte uteslutas att beviset får åberopas och att det kan tillerkännas ett högt bevisvärde.⁶³

⁵⁶ 35 kap 6 § RB.

⁵⁷ Ekelöf I, s. 65.

⁵⁸ Fitger, Del 3, s. 35:15.

⁵⁹ Fitger, Peter, ”Rättegångsbalken”, Del 3, Nordstedts Juridik, Stockholm 1989, s. 35:9.

⁶⁰ Se ovan, samt 35 kap 1 § RB.

⁶¹ Ekelöf, Per Olof, ”Rättegång IV”, 5:e upplagan, Nordstedts Förlag, Lund 1982, s. 16 f.

⁶² Jfr. 36 kap 3 och 5 § §

⁶³ Fitger, Del 3, s. 35:27.

För avgörandet av själva rättsfrågan, i enlighet med nu gällande principer om fri bevisföring och fri bevisvärdering, har HD uttalat i **NJA 1980 s. 725**, att bevisningen måste vara ”*ställt bortom rimligt tvivel*” för att kunna räcka för en fällande dom.

3.2 Utredningsintresset och den enskildes skyddsintresse

Svensk straffprocessrätt vilar på principen att det är främst staten som utreder och lagför brott, istället för en målsägande eller någon annan enskild. Detta utredningsintresse medför vidare att endast brottsligt handlande som den tilltalade bevisligen är skyldig till, skall bestraffas. Om det inte kan bevisas att den tilltalade är skyldig till den brottsliga handlingen eller handlingen inte är straffbelagt eller på annat sätt ursäktlig, skall den tilltalade frikännas. Utredningsintresset strävar alltså efter att uppnå en materiellt riktig dom. Detta utredningsintresse och statens strävan efter att uppnå materiellt riktiga domar är emellertid inte obegränsat. Vissa intressen har av staten ansetts så pass skyddsvärda att sanningssökandet får stå åt sidan. Dessa intressen kan sammanfattas under beteckningen skyddsintressen. Skyddsintressen, liksom integritet, är ett mångtydigt begrepp. Det enklaste svaret vore att säga att skyddsintressen förekommer så snart någon anser att någonting är värt att skydda. Exempel på allmänna skyddsintressen finns i 2 kap RF, där lagskydd för exempelvis liv, hälsa, rörelsefrihet och rätten till egendom finns. De flesta av skydden i 2 kap RF kan emellertid begränsas med stöd av lag, vilket nämndes inledningsvis i arbetet. En snävare definition av skyddsintressen är vad jag kommer att använda mig av i det följande, vilket innebär att begreppet används som ett samlingsbegrepp för intressen som har ansetts vara så pass skyddsvärda att ett avsteg från det statliga utredningsintresset medges. Att använda mig av plural är måhända missvisande också, då det enda nuvarande skyddsintresset som gör att det statliga utredningsintresset får ge vika är vissa undantag från vittnesplikten.

3.2.1 Undantagen från vittnesplikten

Alla som inte är part eller målsägande i ett mål är behöriga att vittna.⁶⁴ Vittnesplikten är i princip absolut i Sverige, men vissa kategorier av personer är alltså undantagna från denna. Det är dels närstående till den tilltalade (36 kap 3 § RB), dels personer ur vissa yrkesgrupper (36 kap. 5 § RB).⁶⁵

Vilka överväganden ligger bakom att dessa kategorier av personer är undantagna från vittnesplikten och hur har detta motiverats? Framförallt bör det noteras att det inte är moraliska eller etiska överväganden som

⁶⁴ 36. kap 1 § RB.

⁶⁵ Person under 15 år eller person som lider av psykisk störning avlägger vittnesmål endast om rätten funnit det lämpligt med hänsyn till omständigheterna. (36. kap 4 § RB).

huvudsakligen motiverar undantagen från utredningsintresset. Givetvis kan sådana överväganden väga in, men de är inte de centrala.

När det gäller undantaget från vittnesplikten för närstående till den tilltalade anser jag detta vara sprunget ur ett processekonomiskt perspektiv snarare än ett etisk eller moraliskt perspektiv. Den som är närstående till den tilltalade sitter i en svår sits hur det än går i rättegången. Oavsett om vittnesmålet skulle vara till den tilltalades nackdel eller fördel, innebär det en orimlig påfrestning för den enskilde. Vittna till den tilltalades nackdel och ens närstående kanske faller till ansvar, med därtill hörande konflikter inom familjen. Kanske begå mened istället och den tilltalade frias? Då begår å andra sidan den närstående ett brott. Det nyss nämnda är bara ett exempel, men antalet variabler och tänkbara scenarion som skulle sänka vittnesmålet trovärdighet medför att det framstår motiverat att undanhålla den närstående från vittnesplikten. Inget hindrar emellertid en närstående att avlägga en vittnesberättelse om dem så önskar. Sådan vittnesberättelse sker emellertid utan att ed avläggs.⁶⁶

Undantaget från vittnesplikten för vissa yrkesgrupper i 36 kap 5 § RB gäller yrkesgrupper som omfattas i större eller mindre utsträckning av sekretess i sin yrkesutövning. Personer ur dessa yrkesgrupper, advokater, läkare, tandläkare, barnmorskor, sjuksköterskor, psykologer, psykoterapeuter, särskilda familjerådgivare och deras biträden får endast höras som vittne om det medges i lag eller den person, till vars förmån tystnadsplikten gäller, medger detta. Präster är likaså undantagna från vittnesplikten gällande sådant de har erfårit under bikt eller enskild själavård. För dessa yrkesgrupper, som i sitt arbete ofta möter personer i självutlämnande eller utsatta situationer och diskretion är en förutsättning för arbetet, har lagstiftaren funnit det skyddsvärt att de inte kan avkrävas vittnesmål rörande vad de har fått veta i förtroende. Utredningsintresset har alltså fått ge vika för skyddsintresset att upprätthålla allmänhetens förtroende och tillit för dessa yrkesgrupper. För advokatens del är dessutom diskretion en förutsättning för att kunna tillgodose klientens intressen. Utan diskretion skulle det vara oerhört svårt att få klienten att öppna sig, om risk finns för att advokaten senare kan komma vittna mot sin klient.

⁶⁶ 36 kap 13 § 3 p. RB.

4 Problematik

I denna del av arbetet avser jag att behandla de frågor som kan uppstå när det kommer till särskilda spaningsmetoder och bevisning. Oklarheter finns rörande de särskilda spaningsmetoderna i sig och deras genomförande, samt de följd effekter som kan uppstå när bevisning som åtkommit på oegentliga eller olagliga grunder används i rättegång. Egna synpunkter och kommentarer kommer att framföras fortlöpande. Jag börjar, med utgångspunkt i de särskilda spaningsmetoderna, med att diskutera de särskilda spaningsmetodernas risker.

4.1 Särskilda spaningsmetoder – risker

Användandet av särskilda spaningsmetoder kan medföra många risker. Risker för liv och hälsa för de inblandade kommer dock inte behandlas. Nedan presenteras de risker som finns rörande rättssäkerheten och den enskildes integritet.

4.1.1 Avsaknad av lagstiftning

Den största risken med användandet av särskilda spaningsmetoder kan spåras tillbaka till den grundläggande principen för all myndighetsutövning, nämligen legalitetsprincipen. Det faktum att särskilda spaningsmetoder inte är lagreglerade, medför att rättsområdet är svårt att överblicka och förutsebarheten begränsas. Mot detta kan anföras att uttalanden i förarbeten, praxis och doktrin pekar i en viss riktning, och att polis och förundersökningsledare genom detta skulle uppnå tillräcklig vägledning för att agera korrekt och lagenligt. Uttalandena är emellertid inte entydiga på alla punkter, och dessa råder enligt min mening inte bot på det grundläggande problemet, att lagstöd krävs för myndighetsutövande. I **JO 2000/01 s. 118** (HD-motorcykeln), ger JO hård kritik rörande de överväganden som gjorts av polismyndigheten innan aktionen genomfördes. Detta är ett exempel på diskrepansen som kan finnas mellan olika myndigheters tolkning av både de allmänna riktlinjerna för myndighetsutövning samt polisverksamhet och riktlinjerna för särskilda spaningsmetoder.

Den färskaste utredningen **SOU 2003:74 – ”Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen”** lades fram i augusti 2003. Denna utredning hade bland annat i uppdrag att utreda om det förelåg ett behov av författningsändringar som kunde förbättra möjligheterna att förhindra, avslöja, utreda eller lagföra brott. Förslag att lagreglera bland annat provokationer och kontrollerade leveranser lades fram, i förhoppning om att därigenom öka rättssäkerheten och förutsebarheten i den rättsliga tillämpningen. Syftet skulle alltså vara att undvika den hittills rådande

situationen, när dessa metoder används utan uttryckligt lagstöd. Jag kommer i det följande presentera de lagförslag som anknyter till mitt ovanstående arbete. Remissinstanserna inte har hunnit yttra sig över förslagen, och det är inte säkert att utredningen kommer att leda till någon proposition eller lagändringar. Utredningen förtjänar ändå att uppmärksammas, då den är synnerligen aktuell.

4.1.1.1 Lagförslag rörande provokation och kontrollerad leverans

17 a § RB

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

Beslut om åtgärderna meddelas av undersökningsledaren eller åklagaren.

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

17 b § RB

Kontrollerad leverans får genomföras, om det finns anledning att anta att brott har förövats på vilket fängelse kan följa.

Med kontrollerad leverans avses att en försändelse som kan antas innehålla föremål som får tas i beslag eller som har innehållit sådana föremål får fortsätta in i eller ut ur landet utan omedelbart ingripande för att utröna vem mottagaren eller förmedlaren av föremålet är eller vem som i övrigt har medverkat till brott som har samband med försändelsen.

Beslut om kontrollerad leverans meddelas av undersökningsledaren eller åklagaren.

Protokoll skall föras över kontrollerad leverans enligt vad som föreskrivs i 13 § första stycket.

4.1.1.2 Kommentarer till lagförslagen

Som framgår av ovanstående lagförslag, så är målet bland annat att lagreglera provokation och kontrollerade leveranser. Beredningen anger följande motivering. ”Om den kvalificerade brottsligheten skall kunna bekämpas måste myndigheterna redan i ett tidigt skede ha möjlighet att använda effektiva arbetsmetoder. Målet måste vara att effektivisera de brottsförebyggande insatserna vad gäller den kvalificerade kriminaliteten och att ge ett uttryckligt lagstöd för sådana arbetsmetoder.”⁶⁷

Frågan om integritetsskyddet behandlas också av utredningen, och sägs vara av central betydelse. Behovet av effektiva arbetsmetoder för polisen måste ställas i relation till det eventuella integritetsintrång som sådana metoder kan komma att medföra. En utgångspunkt måste dock vara att ingen

⁶⁷ SOU 2003:74, ”Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen”, s. 64.

medborgare i alla situationer kan hävda rätt till handlingsfrihet eller rätt att bli lämnad i fred. Vidare anser utredningen att de brottsbekämpande myndigheterna inte bör få så pass långtgående befogenheter att medborgarnas tilltro till dem och rättssystemet påverkas negativt. Exempel på hur allmänhetens förtroende för de brottsbekämpande myndigheterna kan skadas är om medborgarna upplever att det finns risk att polisen utan deras vetskap samlar information om enskilda och deras privatliv. Författningsreglering av arbetsmetoder som redan används utan uttryckligt eller så kallad positivt lagstöd kan sägas generellt öka skyddet för den personliga integriteten och öka rättssäkerheten. Detta genom att förutsebarheten ökas och risken för att metoderna används på ett felaktigt eller olämpligt sätt minskas.⁶⁸

Utredningen fortsätter med att beskriva relevant lagstiftning på området, däribland RF, PL och Europakonventionen. Jag återger inte dessa beskrivningar här, då detta får anses vara behandlat tidigare i arbetet. Utredningen hänvisar också till förarbetsuttalanden från polisberedningen och principiella ställningstaganden rörande särskilda spaningsmetoder, som likaså har presenterats ovan. Rörande provokation görs i huvudsak samma källhänvisningar och överväganden som redovisats ovan, inklusive den oklara gränsdragningen mellan bevis- och brottsprovokation, tillåten bevisprovokation kontra otillåten brottsprovokation, samt att som Axberger påpekar, att en och samma provokativa åtgärd kan innefatta både bevis- och brottsprovokation.⁶⁹

Av lagtexten anser jag inte att det framgår direkt att det skulle vara tal om bevisprovokation, men med tanke på formuleringen ”*om det kan antas att denne skulle komma att begå samma eller liknande gärning även om åtgärderna inte vidtas*”, så framstår det tydligt att det inte är fråga om att provocera fram ett brott som personen annars sannolikt inte skulle ha begått. Ett förstärkt krav på dokumentation framförs även, för att åklagaren skall kunna ha en fullständig och rättvisande bild av vad som har inträffat till grund för sitt fortsatta handlande. För det fall att den misstänkte skulle framföra invändningar om att han har utsatts för ett otillbörligt förfarande, är det viktigt att ha dokumentation för att välgrundat kunna ta ställning i frågan.⁷⁰

Rörande kontrollerade leveranser har överväganden som huvudsakligen stämmer överens med de som presenterats ovan i arbetet gjorts. Skyldigheten för tull och polis att ingripa när brott begås diskuteras, och i likhet med tidigare förarbetsuttalanden anses inte tillfällig passivitet i syfte att kunna avslöja mottagaren av föremålet för den kontrollerade leveransen stå i strid med huvudregeln om att ett ingripande skall ske så snart kännedom om brottet föreligger. En förutsättning är emellertid att

⁶⁸ SOU 2003:74, s. 65 f.

⁶⁹ SOU 2003:74, s. 110 ff.

⁷⁰ SOU 2003:74, s. 114 f.

leveransen kan övervakas på ett sådant sätt att man inte riskerar att exempelvis narkotikan kan hamna på avvägar.⁷¹

Jag anser att utredningen har tagit tillvara de riktlinjer som har utkristalliserats i praxis på ett förhållandevis bra sätt. Doktrin- och förarbetsuttalanden har även beaktats på ett noggrant och genomtänkt sätt. Att kravet på dokumentation har lyfts fram, torde vara ett tecken på att frågan om rättssäkerhet och integritetsskydd har beaktats ingående.

På en punkt är jag mycket kritisk till förslaget, och det är att provokativa åtgärder föreslås vara tillåtet att använda ”[...]angående brott på vilket fängelse kan följa[...]”. Här anser jag att det inte framgår att provokation endast bör tillgripas vid grov brottslighet, och risk finns för att användningsområdet för provokativa åtgärder kan komma att vidgas avsevärt. Uttalanden i utredningen tyder på att användningsområdet skall vara detsamma som tidigare⁷², men detta borde även komma till uttryck i lagtexten.

Den främsta invändning som jag personligen har haft mot avsaknaden av lagstiftning på området var att möjligheten till förutsebarhet saknades. Förutsebarhet är av central betydelse, inte bara för den enskilde ur ett rättssäkerhetsperspektiv, men också för polisen, som nu eventuellt kan komma att få det skrivet, svart på vitt att särskilda spaningsmetoder är tillåtna, inom de ramar som lagförslaget anger. Detta bör förhoppningsvis reda ut eventuella oklarheter för polisen, så att risken för felaktigt genomförda åtgärder minskar. Det återstår emellertid att se om lagförslaget genomförs, och svaren från remissinstanserna kommer även att vara av betydelse.

4.1.2 Integritetsskyddet

Frågan om integritetsskyddet är central när det kommer till användandet av särskilda spaningsmetoder. Rättssäkerheten och skyddet för den enskildes integritet kan komma att kränkas genom användandet av särskilda spaningsmetoder. De skyddsregler som finns för den enskildes integritet och rättssäkerhet kommer framförallt till uttryck i 2 kap RF och Europakonventionen. Art 6 och 8 i Europakonventionen reglerar den enskildes rätt till en rättvis rättegång och rätten till skydd för privatlivet. 2 kap RF är huvudsakligen fakultativa rättigheter som kan inskränkas med stöd av lag. Europakonventionen tillåter också att vissa inskränkningar görs, men lagstöd i den nationella lagstiftningen krävs även här. I båda fallen får inskränkningar endast göras för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle.

⁷¹ SOU 2003:74, s. 117 ff.

⁷² SOU 2003:74, s. 115, hänvisning till Axbergers tidigare nämnda kriterier för provokationers tillåtlighet.

”Användandet av en åtgärd, där polisen utan att framträda, agerar så att risk för att enskilda begår brott eller handlingar de annars inte skulle ha begått uppkommer kan således sägas vara integritetskränkande.”⁷³

Särskilda spaningsmetoder, och i synnerhet provokation, uppvisar således stora likheter, med hänsyn till integritetskränkningen, med övriga spaningsmetoder som polisen använder sig av, såsom telefonavlyssning. Skillnaden ligger främst i att ett tvångsmedel som telefonavlyssning dels är betydligt mer ingripande i den enskildes integritet, dels är reglerat i lag. Vid provokation är kränkningen av den personliga integriteten inte lika framträdande som vid exempelvis telefonavlyssning. Den allvarligaste kränkningen vid en provokation är, enligt Axberger, den som riktar sig mot den enskildes vilja till ett visst (moraliskt) handlande, i syfte att bryta denna vilja.⁷⁴

Genom lagreglering så är alla parter medvetna om eller har möjlighet ta reda på vad de har rätt att göra (myndigheter) eller vad de är skyddade mot eller måste tolerera (enskild). Avsaknaden av lagstöd medför istället att det är de allmänna riktlinjer som finns för polisens verksamhet som måste beaktas, exempelvis proportionalitets- och behovsprinciperna i 8 § PL.

4.1.3 Brott- eller bevisprovokation – en fiktiv gränsdragning?

Spanark-rapporten lanserar distinktionen bevisprovokation:

”Det får anses vara förenligt med gällande normer för hur polisverksamhet skall bedrivas, att polisen skaffar fram bevisning om planerad, pågående eller begången (narkotika)brottslighet.”⁷⁵

Begreppen har inte visat sig vara tillräckligt tydligt enligt Axberger, som påpekar att det gärna talas om tillåten bevisprovokation och otillåten brottsprovokation. Båda begreppen, bevis- och brottsprovokation, är i sig inte tillräckliga för att avgränsa det tillåtna från det otillåtna. Axberger anser även att frågan om brottsprovokations tillåtlighet inte kan lösas genom att kalla vissa företeelser bevisprovokation och på så sätt avgränsar dem, eftersom det fortfarande kommer att finnas otillåten bevisprovokation och tillåten brottsprovokation. I praxis har även försök till distinktioner gjorts, i linje med Spanarkrapportens tolkning, och med de förtydliganden som Axberger nämner.⁷⁶

⁷³ Axberger, s. 61.

⁷⁴ Axberger, s. 61.

⁷⁵ Spanark-rapporten, s. 35.

⁷⁶ Jfr Malmö TR:s bedömning ovan.

Jag finner att distinktionen är oklar, då även en brottsprovokation kan innebära att bevisning om planerad, pågående eller begången brottslighet uppdagas.

4.1.4 Sanktioner mot otillåtna provokationer?

Bör en provokation som har gjorts utanför ramarna som gällande rätt ställer upp avspeglade sig i bedömningen av den provocerade gärningen? Axberger ställer upp två huvudalternativ, att inte medge ansvarsfrihet för provokatören eller att tillåta straffnedsättning för den provocerade.⁷⁷ Automatiskt straffnedsättning på grund av provokation är inget som praxis öppet har uttryckt stöd för. En allmän straffrihetsgrund för den som utsatts för provokation kan heller inte sägas föreligga. HD har i **NJA 1985 s. 544** uttalat att grund för strafflindring kan tänkas föreligga om polisen tillgripit uppenbart otillbörliga metoder, såsom till exempel att polisen själv deltar aktivt i brottslig en brottslig gärning och därigenom förmår någon att begå ett brott han annars sannolikt annars aldrig skulle begått.⁷⁸ Utlämningsfallet, **NJA 1989 s. 493**, bekräftar inställningen att en lindrigare bedömning kan komma i fråga, beroende på polisens metoder i det enskilda fallet. En tredje väg, enligt Axberger, är att den provocerade kan dömas till ansvar för brottet men utdömande av påföljd är förbudet.⁷⁹

För den som provocerar fram brottet kan reglerna i 23 kap BrB om försök, förberedelse, stämpling och medverkan till brott aktualiseras. Frågan om uppsåt föreligger till brottets fullbordning kan emellertid vara av betydelse här. 20 kap BrB, som behandlar tjänstefel, kan även aktualiseras, om provokatören i sin myndighetsutövning genom handling eller underlåtenhet har åsidosatt vad som gäller för uppgiften ifråga.

För frågan om bevisning åtkommit genom en felaktig eller otillåten provokation, se nedan.

4.1.5 Provokationers vara eller icke-vara

En mycket central fråga som inte har diskuterats ovan är frågan om provokationer överhuvudtaget bör tillåtas eller inte. Jag presenterar nedan de argument som jag finner vara av relevans.

Det som talar *för* provokationer är:

- Kampen mot grov brottslighet kan kräva att man använder sig av andra strategier än de traditionella och allmänt vedertagna. Använder brottslingar sig av nya metoder, så måste polisen ha möjlighet att anpassa och utforma sina motdrag och åtgärder därefter.

⁷⁷ Axberger, s. 63.

⁷⁸ NJA 1985 s. 544 samt Axberger s. 45.

⁷⁹ Axberger, s. 64.

- Genom rättspraxis och förarbeten har det utarbetats ett knippe allmänna principer rörande området polisiära provokationer, varvid det framgår vilka ramar polisen har att hålla sig inom. Dessa riktlinjer kräver bland annat att det är åklagare som beslutar om provokation och att åtgärden noggrant måste dokumenteras.
- Det finns även riktlinjer för hur stora ingrepp i den enskildes integritet som får göras, att lagstöd krävs, att ingreppet står i proportion mot det man hoppas uppnå med åtgärden, samt att det måste föreligga ett reellt behov för åtgärden. Tvångsmedel, och även provokation, som kan jämföras med tvångsmedel med hänsyn till integritetskränkningen bör inte vara något som polisen tillgriper som första alternativ i en brottsutredning.

Vad jag anser tala *emot* provokationer är:

- Oskuldspresumtionen åsidosätts till viss del om provokationer tillåts. Genom att tolerera provokationer så ger man indirekt acceptans för att personer som vistas i en miljö där det finns kriminella anknytningar, kan komma att anses som misstänkta på grund av sitt umgänge och inte på grund av sina egna handlingar.
- Genom att tillåta polisiära provokationer, kan det finnas risk att toleranströskeln för användandet av polisiära provokationer höjs. Avsaknaden av direkt lagstöd rörande polisiära provokationer kan medföra att de används i större utsträckning och i fall av mindre grov karaktär.
- Det är moraliskt betänkligt att polisen skall uppmuntra till att brott begås. Finns det inte redan tillräcklig brottslighet i samhället som polisen borde utreda, utan att lägga ner resurser på att skapa nya brott?

Sammanfattningsvis anser jag personligen att provokation är acceptabel spaningsmetod, om de regler som gäller för myndighetsutövning i allmänhet, för polisen i synnerhet samt de riktlinjer som har utkristalliserats i förarbeten, doktrin och praxis respekteras. Skyddet för den enskildes integritet bör särskilt beaktas, likaså de för- och nackdelar som beskrivits ovan. Att polisen vid bekämpningen av grov brottslighet som annars skulle vara svårutredd får använda sig av särskilda spaningsmetoder är för mig självklart. Ändamålen får emellertid inte helga medlen, så att spaningsverksamhet leder till att polisen provocerar till brott som annars inte skulle ha begåtts.⁸⁰ Rättssäkerheten och integritetsskyddet skulle sättas ur spel vid en alltför godtycklig användning av provokationer som spaningsmetod. Lagstöd som preciserar och förtydligar de riktlinjer som sprungit fram ur förarbeten, praxis och doktrin på området vore givetvis att föredra, för att på så sätt höja graden av förutsebarhet för de inblandade. Det

⁸⁰ Lagmannen Rune i hovrättens dom, NJA 1988 s 665.

kan emellertid finnas svårigheter med införandet av en lag som reglerar särskilda spaningsmetoder och provokationer, framförallt när det gäller utformningen. Om den tilltänkta lagen får en för allmän utformning, är risken stor att den inte kommer att öka förutsebarheten nämnvärt. Om den tilltänkta lagen å andra sidan skulle innebära en hög grad av detaljreglering, är förhållandet det motsatta, förutsebarheten är total för alla inblandade, såväl poliser som kriminella. Risken för motsatstolkningar skulle då vara överhängande, och överlag tror jag att en detaljreglering skulle medföra att polisens handlingsutrymme begränsas nämnvärt. På dessa grunder finner jag att en lagstiftning som tillåter provokationer, utan att vara för detaljreglerad, bör införas. Samma överväganden som gäller för tvångsmedel i allmänhet bör tillämpas på den tilltänkta lagen. Det ovan presenterade lagförslaget utgörs av ett stadgande som till stor del är i enlighet med mina egna funderingar kring en tilltänkt lagstiftning. Det är inte för detaljreglerat, och de premisser som praxis, förarbeten och doktrin enats rörande provokation har kommit till uttryck i lagtexten. Återigen måste jag påpeka att den föreslagna lydelsen kan ge sken av att provokation ges ett bredare användningsområde, men av uttalanden i utredningen verkar detta inte vara avsiktligt.

4.2 Olovligt åtkommen bevisning

Terminologin och bakgrundsinformationen som presenterats i det föregående gör det möjligt att problematisera rättsområdet till viss del. Med tanke på att den fria bevisföringens och bevisvärderingens principer gäller i rättegången, så kan frågan om oegentligt åtkommen bevisning tyckas udda. Praxis begränsar sig till ett fall, nämligen **NJA 1986 s. 489** (Laboratorieassistenten). I målet stod en person åtalad för rattfylleri. Den huvudsakliga bevisningen utgjordes av ett blodprov som visade två promille. Detta blodprov hade inte tagits av sjuksköterska eller legitimerad läkare i enlighet med 28 kap 13 § RB, utan togs istället av en laboratorieassistent. Invändning om att detta var ett lagbrott framfördes, var lagbrottet bestod i att analysresultatet åtkommit på ett olagligt sätt. Ingrepp såsom blodprov mot ens vilja är ett tvångsmedel, och kräver enligt 2 kap 6 och 12 § § RF lagstöd, vilket kan indikera att blodprovstagningen i detta fall även kunde uppfattas som grundlagsstridig. Detta tog inte HD:s majoritet fasta på, utan ansåg hinder inte förelåg för åberopande av analysbevis som tillkommit på ett sätt som inte helt överensstämmer med föreskrifterna i 28 kap 13 § Rättegångsbalken. Vid bevisvärderingen ansåg majoriteten i HD inte att det fanns skäl att tillmäta provet något annat bevisvärde än det som tillmäts dylik bevisning i liknande fall. HD:s majoritet dömde emellertid till en mildare påföljd än vad underrätterna gjort, med hänsyn till de speciella omständigheterna som förelåg i målet. Justitierådet Höglund var skiljaktig och ansåg att gällande regler hade åsidosatts, men att det för den skull inte behövde innebära att blodprovet skulle fränkännas bevisverkan, utan frågan var mer av principiell natur.

En artikel av professor Heuman från 1986 rörande otillåtna inskränkningar av bevisföringen och bevisvärderingen bör nämnas i sammanhanget.⁸¹

Artikeln behandlar problematiken mellan försvarare som vill hindra åklagaren att lägga fram viss bevisning i målet under åberopande av olika skäl, vissa mer godtagbara än andra. Om rätten inte skulle medge ett undantag från principen om fri bevisföring, så kan försvararen hävda att det i vart fall bör göras en särskilt försiktig bevisvärdering, som avviker från den ordinära fria bevisvärderingen – principen om favor defensionis. Mot detta ställs vad Heuman kallar åklagarnas strävan efter att effektivisera rättsskipningen.

Heuman noterar att den legala bevisteorins regler om vad som är tillåten bevisning och vad som är full bevisning inte gäller längre och att numera får all bevisning användas. Där den legala bevisteorin ställde kravet på två ojäviga vittnen som samstämmigt givit uttryck för vissa förhållanden för fullt bevis, har ersatts av fri bevisföring och bevisvärdering. Detta innebär till exempel att ett vittne som är mindre trovärdigt, kanske på grund av jäv, likväl får vittna, men vid själva bevisvärderingen görs hänsynstagande till vittnets trovärdighet. På grund av ofta mycket omfattande bevismaterial och att domen måste grundas på indicier, så har bevisrätten komplicerats allt mer under senare år. Ligamedlemmar, parter eller samarbetande affärsmän har ett starkt intresse av att de själva eller vissa andra skall slippa vittna. Åklagarna hävdar, i enlighet med principen om fri bevisföring att all relevant bevisning bör få läggas fram, även för fall då försvararen kan anföra skäl däremot, till exempel genom åberopande av analog tillämpning av regler som förbjuder viss bevisföring.

Användandet av okonventionella eller särskilda spaningsmetoder i kampen mot organiserad eller grov brottslighet bemöter försvararna med att bevismaterialet inhämtats på ett icke uttryckligen tillåtet integritetskränkande sätt, samt att risken för en överskattning av bevisets värde är stor. I allmänhet tillåter rätten bevisningens framläggande med hänvisning till principen om fri bevisföring, även om konsekvenserna i det enskilda fallet inte har utretts. Lagstiftaren ger, i syfte att effektivisera straffrättskipningen och förenkla bevisvärderingen, ibland anvisningar om hur visst material bör värderas. Således förekommer det i förarbeten uttalanden att visst material skall övervärderas eller undervärderas. Sådana styrande anvisningar får varken meddelas eller tillmätas betydelse i strid med den fria bevisvärderingens grundsats. I fall där det är tveksamt om viss bevisning bör få framläggas anser Heuman att principen om favor defensionis bör ställas mot principen om fri bevisföring.⁸²

Artikeln fortsätter med att beskriva olika fall där försiktighet bör iakttas under bevisvärderingen och bevisföringen, exempelvis situationen att en närstående till den tilltalade vägrar vittna, i enlighet med skyddsregeln som ställs upp i 36 kap 3 § RB. Om så är fallet bör heller inte en föredragning av

⁸¹ Heuman, Lars, ”Otillåtna inskränkningar av bevisföringen och bevisvärderingen”, Advokaten 1986, s. 40-54.

⁸² Heuman, s. 42.

den närståendes uttalanden i en förundersökningsutsaga kunna föredras för rätten, då risk för ett kringgående av skyddsregeln skulle kunna vara för handen.

4.2.1 Bevisförbud – förenligt med den fria bevisföringens princip?

Lundquist behandlar i sin bok möjligheten att kunna avvisa oegentligt åtkommen bevisning en brottmålsrättegång, utan att för den skull frånga den fria bevisprövningen och fria bevisvärderingens princip. Det finns i dagsläget begränsningar i dessa principer i svensk rätt, exempelvis att närstående till en tilltalad inte behöver vittna mot den tilltalade.⁸³

Intresset av att erhålla bevisning mot den tilltalade får således ge vika för intresset av att skydda den närståendes integritet. Detta för att bespara den närstående till den tilltalade valet mellan att till exempel behöva vittna till den tilltalades nackdel eller ljuga för att skydda honom. En annan begränsning i rättens fria bevisvärdering bör, enligt Lundquist, göras när exempelvis analysresultat inte tillkommit på det sätt som lagen föreskriver.⁸⁴

När det gäller särskilda spaningsmetoder, som till exempel provokationer, anser Lundquist att det finns både för- och nackdelar med sådana metoder. Exempel på nackdelar är intrånget i den enskildes integritet, att förtroendet för rättsväsendet minskar, att det finns risker för korruption eller att tredje man skadas. Den som varit utsatt för provokation fritas emellertid inte nödvändigtvis från ansvar. Lundquist anser vidare att det inte ankommer på domstolen att ta ställning till om polisens åtgärder under utredning kan innefatta metoder som inte skall förekomma i polisverksamhet.⁸⁵ Mot bakgrund av den ackusatoriska straffprocessen är detta principiellt riktigt. Rätten kan däremot anse att grund föreligger för straffflindring, under förutsättning av att polisens metoder varit uppenbart otillbörliga.⁸⁶

Asp⁸⁷ diskuterar även hur brottsprovokation skall påverka förfarandet mot den provocerade. Om man finner att brottsprovokation bör påverka bedömningen av den provocerades gärning, så ställer Asp upp några exempel; brottsprovokationen kan 1) utgöra en förmildrande omständighet vid bedömningen av straffvärdet, 2) ett billighetsskäl som i yttersta fall kan leda till påföljdseftergift, eller 3) en omständighet som ligger till grund för beslut om benådning.

När det gäller frågan om brottsprovokation skall påverka påföljdsbestämningen så finns det i 29 kap 5 § Brottsbalken (BrB)⁸⁸, ett

⁸³ 36 kap 3 § RB.

⁸⁴ se NJA 1986 s 489, refererat ovan.

⁸⁵ Jfr ovan refererade rättsfall rörande provokation, t ex Malmö TR:s inledning av domen

⁸⁶ Lundquist, s. 247 f, jfr NJA 1985 s 544 och NJA 1989 s 493.

⁸⁷ Asp, "Straffansvar vid brottsprovokation", Nordstedts Juridik, Göteborg 2001, s.318 f.

⁸⁸ Brottsbalk, SFS 1962:700

stadgande av generalklausulliknande karaktär, närmare bestämt punkten 8. Stadgandet säger att rätten i skälig omfattning skall beakta ”om någon annan omständighet föreligger som påkallar att den tilltalade får ett lägre straff än brottets straffvärde motiverar”. Vilka dessa omständigheter är som anges i 29 kap 5 § p. 8 BrB är inte definierat, vilket innebär att invändningar om provokation skulle kunna omfattas av lagrummet. Enligt förarbetsuttalanden måste emellertid en omständighet enligt punkt 8 vara lika tungt vägande som de omständigheter som nämns under punkterna 1-7, och dessutom vara hänförlig till antingen gärningsmannens person eller till tiden efter brottet.⁸⁹ Asp anser att detta möjligtvis skulle göra det svårt att tillämpa bestämmelsen, eftersom det rimligen inte kan hävdas att brottsprovokationen utgör en omständighet som är hänförlig till gärningsmannens person eller till tiden efter brottet. Möjligtvis skulle man kunna hävda att brottsprovokationen blir riktigt otillbörlig först när det framprovocerade brottet beivras och att de åtgärder som vidtas för att beivra brottet, exempelvis åtal, onekligen sker efter den brottsliga gärningen. Det torde kunna hävdas att förarbetsuttalandet inte skall läsas e contrario, och att 29 kap 5 § p. 8 BrB i vart fall kan tillämpas analogt i fall av brottsprovokation.⁹⁰

Möjlighet till för domstolen att meddela påföljdseftergift återfinns i 29 kap 6 § BrB, om det med hänsyn till någon omständighet som anges i 29 kap 5 § BrB vore uppenbart oskäligt att döma till påföljd.

Axberger hänvisar till rättsfallet **NJA 1986 s. 489**, och anser det vara en indikator på hur HD resonerar med hänsyn till otillåten åtkomst av bevisning. Amerikansk rätt väljer en annan infallsvinkel på problematiken. Deras metod att förebygga att polisen använder sig av otillåtna metoder i sin verksamhet är att inte acceptera resultatet av sådant arbete i rättstillämpningen.⁹¹ För svensk rätt har det emellertid hittills varit främmande att låta ett straffbart beteende förbli obeivrat, även när bevis åtkommit på ett otillåtet sätt.⁹²

Frågan om oegentligt åtkommen bevisning, exempelvis genom en otillåten provokation, skall tillåtas anser jag vara en mycket svår fråga. Den främsta risken som jag ser är att förtroendet för rättsväsendet kan urholkas. Att i ena stunden konstatera att en provokation har varit otillåten, för att i nästa stund använda bevisningen som åtkommit via den otillåtna provokationen förefaller mig vara stötande. Vilka signaler skickar detta ut? För polisen kan det framstå som en indirekt acceptans för att även otillåtna åtgärder är tillåtna i slutändan. Visserligen kan även den enskilde polisen komma att drabbas av en påföljd, vilket har behandlats kortfattat tidigare i kapitlet. För den enskilde kan det framstå som en dubbel kränkning av integriteten, då en person dels utsätts för en otillåten provokation och förmås att begå ett brott

⁸⁹ Asp, s. 319 och prop. 1987/88:120 s. 96.

⁹⁰ Asp, s. 319

⁹¹ Axberger, s. 64.

⁹² Axberger, s. 65.

han annars kanske inte skulle ha begått, för att sedan straffas för samma brott. I avsaknad av lagstiftning rörande polisens särskilda spaningsmetoder är detta en oklarhet som utgör en risk för den enskildes rättssäkerhet såväl som integritet. En försiktig bevisvärdering där bevisningen får ett lägre bevisvärde än vad den normalt skulle få är ett alternativ, men detta ändrar inte den grundläggande principen om att all relevant bevisning får åberopas och läggas fram. Att hävda att det föreligger ett så pass starkt skyddsintresse för en person som utsatts för en otillbörlig provokation att bevisning som åtkommit genom den otillbörliga åtgärden inte får läggas fram, förefaller mig vara svårt. Möjligtvis kan invändningar om att förtroendet får rättsväsendet skulle urholkas framföras, men i praktiken tror jag inte att en sådan invändning skulle få något större genomslag. Det rimligaste alternativet som jag då anser återstår, då det kan konstateras att ett bevisförbud kan vara svårgenomförbart, i synnerhet då praxis visar på en ovilja att låta straffbart beteende förbli obeivrat, är att låta invändningar om otillbörligt beteende från polisens sida få genomslag när det kommer till påföljdsbedömningen. Denna lösning verkar inte lika främmande för HD, som i flera fall har uttalat att otillbörligt beteende från polisens sida skulle kunna medge viss påföljdsrabatt.

5 Slutkommentar

För att återknyta till de initialt ställda frågeställningarna så anser jag att frågan om vilka de särskilda spaningsmetoderna är, samt i vilket sammanhang och på vilka grunder de är tillåtna har besvarats i andra kapitlet. Det skall således vara fråga om en stark misstanke om grov, pågående eller redan begången brottslighet för att särskilda spaningsmetoder kan komma ifråga. Att förmå någon att begå ett brott som denne annars inte hade begått är och bör förbli oacceptabelt. Att polisen ägnar sig åt brottslighet är likaledes oacceptabelt.

Infiltration som spaningsmetod bör användas med stor försiktighet för att inte kränka den grundlagsskyddade föreningsfriheten. Användningen av fria spanare, vars uppgift inte är att uppdaga brott, utan istället är att skaffa allmän information om förhållanden på exempelvis narkotikamarknaden, anser jag inte vara förenligt med polisens skyldighet att ingripa mot brottslighet så snart det är möjligt. Polisberedningen är även av denna åsikt.

Att polisen sprider helt eller delvis falsk information i syfte att vilseleda, framkalla oro eller på annat sätt forcera fram ett oförsiktigt handlande från den eller de misstänkta sida anser jag däremot vara förenligt med polisens uppdrag. En viss varsamhet bör ända iakttas, då det kan föreligga risk för att polisens allmänna trovärdighet kan ifrågasättas.

Kontrollerade leveranser är en särskild spaningsmetod som i mina ögon är acceptabel, inte minst med tanke på att det faktiskt är brottslingen eller brottslingarna som genomför leveransen, på det sätt som det ändå var tilltänkt från deras sida. Att temporärt avvakta med ett ingripande anser jag vara förenligt med polisens skyldighet att ingripa mot brottslighet, då det endast är fråga om en temporär passivitet från polisens sida. Det är emellertid mycket viktigt att polis och tullmyndighet har en sådan överblick och kontroll över skeendet att ett ingripande faktiskt kan äga rum vid ett senare tillfälle, och även möjlighet att omedelbart ingripa om det föreligger risk att tappa kontrollen över leveransen.

Provokation, vare sig det gäller så kallad bevis- eller brottsprovokation, anser jag bör tillämpas ytterst restriktivt. I valet mellan att få ett grovt brott uppkärat eller att det förblir ouppkärat, förespråkar jag emellertid allt som oftast det förra alternativet. Således bör provokation även i fortsättningen användas som en särskild spaningsmetod, om de kriterier som lagtext, förarbeten, praxis och doktrin är uppfyllda. Det skall således föreligga en stark misstanke om grov brottslighet, behovs- och proportionalitetsprinciperna måste iakttagas, beslut om åtgärden måste fattas av åklagare eller i vart fall polisbefäl och åtgärden måste dokumenteras noggrant. I tillägg till detta kommer den viktigaste principen, att det aldrig är tillåtet att provocera någon att begå ett brott som denna annars inte skulle ha begått.

Frågan om vilka risker som finns i rättssäkerhets- och integritetsskyddshänseende när det kommer till särskilda spaningsmetoder, samt vilka regler som finns för att skydda den enskildes integritet och rättssäkerhet behandlas fortlöpande i arbetet.

Den enskilde tillförsäkras ett skydd mot ingrepp i integriteten främst i 2 kap RF och i Europakonventionens artikel 8. Den enskildes rättigheter är emellertid inte alltid okränkbara, men lagstöd krävs i de fall där rättighetsinskränkningar är tillåtna. Rättssäkerheten skyddas initialt av legalitetsprincipen i 1 kap 1 § RF, som anger att lagstöd krävs för offentlig maktutövande. Likhets- och objektivitetsprinciperna, som stadgar att offentlig makt skall utövas med respekt för alla människors lika värde och att myndigheter skall vara sakliga och opartiska i sin verksamhet, återfinns likaså i 1 kap RF. Att objektivitet även skall iaktas under förundersökningen framgår av 23 kap 4 § RB. Europakonventionens artikel 6 anger de kriterier som måste vara uppfyllda för att en rättvis rättegång föreligger. Artikel 6 omfattar förövrigt hela straffprocessen, från det att den misstänkte delgivits misstanke till själva rättegången.

Tvångsmedel, som uppvisar stor inbördes variation, men har likheter i det hänseende att de inkräktar i den enskildes integritet, är reglerat i 24-28 kap RB. Jag anser att särskilda spaningsmetoder uppvisar stora likheter med ordinarie tvångsmedel, och därför också bör lagregleras. SOU 2003:74 innehåller konkreta lagförslag, däribland en lagreglering av bland annat användandet av provokation och kontrollerade leveranser. Som nämnts i föregående kapitel, så anser jag emellertid att utredningen har öppnat för ett alldeles för stort potentiellt användningsområde för provokationer. Den föreslagna lagtexten anger att provokation får användas vid brottslighet på vilket fängelse kan följa. Praxis, förarbeten och doktrin har uttalat sig om provokationer, och de riktlinjer som har mejslats ut anger att det är endast vid stark misstanke om grov brottslighet som provokation får tillgripas. Det kan givetvis argumenteras att all brottslighet som kan medföra fängelse är av grov karaktär, men den praxis som redovisats ovan behandlar oftast grova narkotikabrott eller brott som omfattar rätt så stora ekonomiska värden. De flesta brott i BrB har fängelse i straffskalan, men jag anser det vara en distinkt skillnad mellan exempelvis tvegifte och ett grovt narkotikabrott. Av uttalanden i SOU 2003:74 verkar det inte vara utredningens avsikt att vidga användningsområdet för provokationer, men den föreslagna lagtexten kan ge uttryck för det. Således anser jag att en precisering av den föreslagna lagtexten på denna punkt vore behövlig. Lagstiftning på området behövs, och utredningens förslag är till stor del bra, men jag hoppas att ovanstående oklarhet avhjälpas under den kommande remissomgången.

Den tredje och sista frågeställningen i arbetet behandlar frågan om det finns sanktionsmöjligheter för felaktigt genomförda provokationer, exempelvis att avvisa bevisning som åtkommit på ett oegentligt eller olagligt sätt.

I svensk rätt tillämpas fri bevisföring och bevisvärdering. Således kan i princip all relevant bevisning läggas fram och åberopas. I anslutning till principen om fri bevisföring och bevisvärdering har det statliga utredningsintresset behandlas. Det statliga utredningsintresset innebär att det primärt åligger staten att utreda och lagföra brott. Det statliga utredningsintresset kan sägas omfatta en strävan efter att uppnå materiellt riktiga domar. Det statliga utredningsintresset är emellertid inte obegränsat. I dagsläget föreligger endast ett skyddsintresse som befunnits vara viktigare än att uppnå en materiellt riktig dom, nämligen vissa undantag från den i övrigt absoluta vittnesplikten. Information som kommer från närstående till den tilltalade eller som personer ur vissa yrkesgrupper fått veta under sin yrkesutövning behöver inte läggas fram för rätten. Trots att en materiellt riktig dom skulle kunna vara resultatet av att dessa personers vittnesmål, så föreligger ingen skyldighet för dem att vittna, om de ens får vittna.

Frågan kan ställas om oegentligt åtkommen bevisning, exempelvis genom en felaktigt genomförd provokation, på någon grund skulle kunna medföra att statens utredningsintresse får stå åt sidan. Ur en etisk och moralisk synvinkel kan det ifrågasättas om polisen verkligen bör ägna sig åt att provocera fram brott. Även om det sägs att det är oacceptabelt att polisen provocerar någon att begå ett brott denna annars inte skulle ha begått, så är gränsdragningen svår. Hur långt är tidsperspektivet? Den provocerade kanske inte skulle ha begått brottet idag, men kanske om en vecka? En månad? Ett år? Jag anser emellertid, som också redovisats ovan, att provokation är och bör förbli en tillåten spaningsmetod, under förutsättning av att det tillämpas restriktivt och inom de ramar som har utmejslats i praxis, doktrin och förarbeten. Ett lagstöd skulle även en ökad legitimitet till spaningsmetoden som jag anser saknas i dagsläget. Förutsebarheten både för den enskilde och för de brottbekämpande myndigheterna skulle öka avsevärt, och risken för felaktigt genomförda provokationer skulle vara mindre.

Hur skall domstolen sedan ställa sig till den åberopade bevisningen, som visserligen har inhämtats på ett oegentligt sätt, men trots detta är av stor relevans för målet? Det förefaller vara främmande för svenska domstolar att inte ta hänsyn till förekommande bevisning, oavsett på vilket sätt den åtkommit. Bevisningen kan eventuellt komma att ges ett lägre bevisvärde än liknande bevisning som åtkommit på ett korrekt sätt, men den varken avvisas eller förbjuds. Detta kan sägas vara ett uttryck för den ackusatoriska straffprocessen, det vill säga att rätten inte har att ta ställning till om polisen har använt sig av metoder som inte skall förekomma inom polisens verksamhet. Bevisning som åtkommit på ett oegentligt sätt kan däremot få genomslag när det kommer till straffmätningen. Om polisen exempelvis skulle ha använt sig av uppenbarligen otillbörliga metoder i ett mål, kan det föreligga möjlighet till strafflindring. I vart fall har HD öppnat möjligheten för ett sådant förfarande i NJA 1985 s. 544 och i NJA 1989 s. 493. För den som provocerar kan 23 kap BrB aktualiseras - försök, förberedelse, stämpling

och medverkan till brott, samt 20 kap BrB – tjänstefel. Provokatörens ansvar ligger emellertid utanför den ram jag ställt upp för arbetet.

Slutligen hoppas jag att en lagstiftning gällande provokationer och övriga särskilda spaningsmetoder äntligen kommer till stånd, då en sådan lagstiftning förhoppningsvis skulle undanröja de oklarheter i rättsäkerhetshänseende som jag anser föreligga i dagsläget.

Bilaga A

Artikel 6 Europakonventionen - Rätt till en rättvis rättegång

1. Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. Domen skall avkunnas offentligt, men pressen och allmänheten får utestängas från förhandlingen eller en del därav av hänsyn till den allmänna moralen, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle, eller då minderårigas intressen eller skyddet för parternas privatliv så kräver eller, i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt, under särskilda omständigheter när offentlighet skulle skada rättvisans intresse.

2. Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.

3. Var och en som blivit anklagad för brott har följande minimirättigheter

a) att utan dröjsmål, på ett språk som han förstår och i detalj, underrättas om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom,

b) att få tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar,

c) att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde som han själv utsett eller att, när han saknar tillräckliga medel för att betala ett rättegångsbiträde, erhålla ett sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar,

d) att förhöra eller låta förhöra vittnen som åberopas mot honom samt att själv få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden som vittnen åberopade mot honom,

e) att utan kostnad bistås av tolk, om han inte förstår eller talar det språk som begagnas i domstolen.

Artikel 8 Europakonventionen

Artikel 8 - Rätt till skydd för privat- och familjeliv

1. Var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
2. Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välstånd eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.

Litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU 1982:63	Polislag, betänkande av 1981 års polisberedning
SOU 1984:54	Tvångsmedel – Anonymitet - Integritet
SOU:1998:46	Om buggning och andra hemliga tvångsmedel
SOU 2000:126	Vägvalet – Den narkotikapolitiska utmaningen
SOU 2003:74	Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen
Prop. 1982/83:111	Förslag till ny polislag
Prop. 1987/88:120	Om ändring i brottsbalken m.m. (Straffmätning och påföljdsval m.m.)
SPANARK-gruppen	Narkotikaspaning och underrättelseförfarande C-420-6886/79

Litteratur:

Asp, Peter	Straffansvar vid brottsprovokation , upplaga 1:1 Nordstedts Juridik 2001, ISBN 91-39-00683-2
Axberger, Hans-Gunnar	Brottsprovokation , Juristförlaget, Stockholm 1989, ISBN 91-7598-075-4
Berggren/Munck	Polislagen – En kommentar , 3:e upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm 1998
Danelius, Hans	Mänskliga rättigheter i europeisk praxis , Nordstedts Juridik, Stockholm 1997
Diesen, Christian (red.)	Förundersökning , Juristförlaget JF, Stockholm 1995, ISBN 91-7598-692-2
Ekelöf/Boman	Rättegång I , 7:e upplagan, Nordstedts Förlag, Stockholm 1990

- Ekelöf, Per Olof** **Rättegång IV**, 5:e upplagan, Nordstedts Förlag, Lund 1982
- Fitger, Peter** **Rättegångsbalken**, Del 1, Nordstedts Juridik, Stockholm 1984
Rättegångsbalken, Del 3, Nordstedts Juridik, Stockholm 1989
- Flyghed, Janne (red.)** **Brottsbekämpning – mellan effektivitet och integritet**, Studentlitteratur, Lund 2000, ISBN 91-44-00789-2
- Helmus, Ingrid** **Polisens rättsliga befogenheter vid spaning**, Iustus Förlag, Uppsala 2000, ISBN 91-7678-452-5
- Lundquist, Ulf** **Bevisförbud**, Iustus Förlag, Uppsala 1998, ISBN 91-7678-387-1
- Artiklar:*
- Heuman, Lars** **Otillåtna inskränkningar i bevisföringen och bevisvärderingen**, Advokaten 1986, s. 42-54
- Lundquist, Ulf** **Polisprovokation och bevisförbud**, SvJT 1999 s. 903

Rättsfallsförteckning

Avgöranden från Högsta Domstolen

NJA 1951 s. 111	Fallet Skarp
NJA 1953 s. 582	Kejnemålet – ”knivfällan”
NJA 1972 s. 625	
NJA 1980 s. 725	
NJA 1985 s. 544	Juveleraren
NJA 1986 s. 489	Laboratorieassistenten
NJA 1988 s. 665	Kungsträdgården
NJA 1989 s. 493	Utlämningsfallet

B 2076-03

Justitieombudsmannens ämbetsberättelse

JO 1973 s. 91

JO 1997/98 s. 118

JO 2000/01 s. 131

Avgöranden från Europadomstolen

Lüdi v. Switzerland, 15.6.1992, Series A 238

Teixeira v. Portugal, 9.6.1998

Avgörande från Malmö TR

B-2265-02