



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Josefine Wir

Bevisprovokation och brottsprovokation

En begreppsanalys i syfte att utreda provokativa åtgärders tillåtlighet

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: VT 2013

Innehåll

Förkortningar	3
Summary	4
Sammanfattning	5
Inledning	6-9
1 Provokativa åtgärder	10-12
1.1 Terminologi	10
1.1.1 Provokation	10
1.1.2 Bevis- och brottsprovokation	10
1.2 Grundläggande regler och principer	
gällande provokativa åtgärder som arbetsmetod	10-12
1.2.1 Nationell reglering	10-12
1.2.2 Europakonventionen	12
2 Bevisprovokation och brottsprovokation	
i praxis och doktrin	13-21
2.1 Praxis	13
2.1.2 NJA 2009 s. 475 I och II	13-14
2.1.3 NJA 2011 s. 638	14-16
2.2 Uttalanden från JO och JK	16-19
2.2.1 JO 2000/01 s. 118 - ”Harley- Davidson- målet”	16-17
2.2.2 JK- beslut 1982 A28- ”Fleming Broman- ärendet”	18-19
2.3 Doktrin	19-21
2.3.1 Axberger	19-20
2.3.2 Asp	20-21
2.4 Spanark-rapporten	21
3 Internationell utblick	22-23
3.1 Europakonventionen	22
3.1.1 Texeira mot Portugal	22
3.1.2 Lüdi mot Schweiz	22-23
3.2 Engelsk rätt	23
4 Sammanfattning och Analys	24-29
Käll- och litteraturförteckning	30-31

Förkortningar

ECHR	European Court of Human Rights
EKMR	Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
HD	Högsta domstolen
JK	Justitiekanslern
JO	Justitieombudsmannen
SOU	Statens offentliga utredningar

Summary

In the fight against organised crime the police to some extent use entrapment. Both within the police and in Swedish application of the law the term of entrapment is often divided into entrapment in order to secure evidence for a crime already committed on the one hand and entrapment in order to provoke a crime on the other. A common apprehension is that entrapment in order to secure evidence is permissible whilst entrapment in order to provoke a crime is not. Neither of the terms, though, is defined or regulated by law and neither of the terms has a solid judicial construction. The lack of clear definitions and explicit regulation for the applicability, distinction and function of the terms makes entrapment a tool both dangerous and difficult to use.

With the purpose to investigate what kind of entrapment is permissible, the thesis analyses the two terms: entrapment in order to prove a crime already committed and entrapment in order to provoke a crime. The terms are explained and analysed based on how they have been interpreted in Swedish custom law and doctrine. The result of the thesis shows that the permissibility of an entrapment is not directly dependent on whether it is to be derived to one term or the other. The terms do offer some guidance but the judgement however has to be focused on how the entrapment is carried through in the very special case. For an entrapment to be permissible first of all a few fundamental principles needs to be taken into consideration. The principles were established in the legislative history of the *polislag* and considered to be expressed in the eighth article of the law. For example there is the principle that entrapment needs to be used with proportionality. Moreover, Sweden has to make sure the entrapment does not constitute a breach to the European convention for human rights. Article 6 and 8 sets limits for to what extent entrapment can be used. Both according to the European court of human rights and in Sweden it is regarded to be crucial for the permissibility of an entrapment whether someone is provoked to commit an offence that he would not otherwise commit.

To widen the perspective a comparison is carried out between the way the question of entrapment is handled in Sweden and England. In England the distinction in types of entrapment is made in a different way. There is no clear regulation of the area but the court seems to approve entrapment in a wider extent than in Sweden. However it is not allowed to provoke someone to commit an offence that he would not otherwise commit.

Sammanfattning

I bekämpningen av grov och organiserad brottslighet använder sig polisen i viss mån av provokativa åtgärder. Både inom polisväsendet och i den svenska rättstillämpningen görs ofta en distinktion mellan dels bevisprovokation, dels brottsprovokation. En spridd uppfattning är att bevisprovokation är tillåtet medan brottsprovokation inte är det. Varken provokativa åtgärder, bevis- eller brottsprovokation definieras eller regleras dock i lag och inget av begreppen kan sägas ha en fast juridisk innebörd. Bristen på definitioner av begreppsapparaten samt uttryckliga regler för begreppens tillämpning, distinktion och funktion leder till att provokation är ett svårhanterligt och farligt verktyg och risken för gränsdragningsproblem är uppenbar.

Förevarande uppsats utgår från de båda begreppen bevisprovokation och brottsprovokation för att försöka utröna vad som är tillåtna provokativa åtgärder. Begreppen förklaras och analyseras utifrån hur de tolkats och tillämpats i svensk praxis och doktrin. Uppsatsens resultat visar att en provokations tillåtlighet inte helt enkelt kan härledas ur huruvida det rör sig om en bevisprovokation eller en brottsprovokation. Begreppen kan ge viss ledning men bedömningen måste koncentreras till hur åtgärden rent faktiskt har genomförts i det enskilda fallet. För att en provokation ska anses tillåten måste först ett visst antal principer beaktas. Principerna slogs fast i förarbetena till polislagen och anses komma till uttryck i lagens åttonde paragraf. Bland annat finns en behovsprincip, en proportionalitetsprincip samt ett krav på att det måste föreligga stark misstanke om brott. Vidare får provokationen givetvis inte innebära att Sverige handlar i strid mot Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna. Artikel 6 och artikel 8 förhindrar allt för långtgående provokationer. Både enligt Europadomstolen och i inhemsk rätt anses det avgörande för en provokations tillåtlighet huruvida någon genom provokationen har förmått att begå en brottslig handling som denne annars aldrig hade begått.

För att sätta den svenska rättens sätt att hantera frågan i perspektiv görs en komparation med motsvarande reglering i engelsk rätt. I den engelska rätten görs ingen begreppsdistinktion i bevis- och brottsprovokation. Man talar om entrapment som en motsvarighet till brottsprovokation. Det finns inga klara regler på området men praxis verkar erkänna provokativa åtgärder i större utsträckning än i Sverige. Däremot får man inte heller enligt engelsk rätt provocera någon att begå ett brott som denne utan provokationen inte hade begått.

Inledning

Allmänt

Med en ökad och mer utvecklad gängkriminalitet samt en narkotikarelaterad brottslighet vars omfattning likaså växer, har polisen i sitt brottsbekämpande arbete i viss mån börjat använda sig av provokativa åtgärder. Provokation i myndighetsutövning går under samlingsbegreppet okonventionella spaningsmetoder, vilket också innefattar till exempel agentverksamhet och hemlig avlyssning.

Vad gäller provokativa åtgärder görs i svensk rättstillämpning i regel en uppdelning i de två begreppen bevisprovokation och brottsprovokation.¹ Varken provokativa åtgärder, bevis- eller brottsprovokation definieras eller regleras dock i lag och inget av begreppen kan sägas ha någon fast juridisk innebörd. Frågan huruvida området bör lagreglernas behandlas i SOU 2010:103, *Särskilda spaningsmetoder*, där ett lagförslag ges på området provokativa åtgärder. Remissinstanserna har dock kommit tillbaka med mycket skiftande inställningar till den föreslagna regleringen. Området inrymmer flera komplicerade frågor och än finns ingen utarbetad tidsplan för när vi eventuellt skulle komma att få se en lagstiftning.²

Idag brukar huvudregeln anses vara att bevisprovokation är tillåtet medan brottsprovokation inte är det.³ Huvudregeln är dock en förenkling som inte alltid stämmer överens med verkligheten. Bristen på närmare definitioner av begreppsapparaten samt klara regler för begreppens tillämpning, distinktion och funktion har föranlett ett antal gränsdragningsproblem. Polisen samt övriga samhällsorgan som praktiskt ska tillämpa metoderna vet inte säkert vad de ska förhålla sig till och i doktrin synes det finnas en enighet om att det råder en osäkerhet på området som är problematisk.

¹ T.ex. Asp, s. 205, JO 1997/98 s. 128.

² Jenny Ferm, handläggare justitieutskottet.

³ T.ex. NJA 2011 s. 638.

Uppsatsens övergripande syfte

Uppsatsens övergripande syfte är att närmare undersöka hur de två begreppen bevisprovokation och brottsprovokation har tolkats och tillämpats i praxis och doktrin. Undersökningen avser att bringa klarhet i begreppens innebörd och på så sätt också bringa klarhet i vad som i dagens gällande rätt är respektive inte är tillåtna provokativa åtgärder. Uppsatsens övergripande syfte är också att i korthet anlägga ett belysande komparativt perspektiv genom en introduktion i hur förevarande område hanteras i England.

Frågeställningar

De frågeställningar som uppsatsen avser att behandla är de följande: Hur har begreppen bevis- och brottsprovokation tolkats samt tillämpats i praxis och doktrin? Hur kan man göra avgränsningen mellan brotts- och bevisprovokation? Vad är tillåtna provokativa åtgärder? Hur regleras motsvarande område i England?

Avgränsningar

Uppsatsens fokus ligger på vilken typ av provokation som ska anses vara en tillåten polisiär arbetsmetod. Det är således den mer polisrättsliga aspekten av problemet som står i förgrunden. De straffrättsliga delarna av problemet, såsom eventuell straffrihet eller strafflindring för den provocerade samt i viss mån provokatörens ansvar faller däremot utanför detta arbete.

Forskningsläge

I svensk rätt är forskning gällande brottsprovokation och i synnerhet bevisprovokation sparsam. Litteraturen i ämnet utgörs i huvudsak av Axberger, Brottsprovokation (1989) och Asp, Straffansvar vid brottsprovokation (2000). Dock är det framför allt de mer straffrättsliga frågorna som får stort utrymme. Den polisrättsliga aspekt jag har valt att anlägga på förevarande uppsats behandlas i tämligen liten omfattning.

Vad det gäller den engelska rätten synes något mer material finnas att tillgå. För min frågeställning lämpade sig Allen, Textbook on Criminal Law (2011) utmärkt.

Metod och material

För att finna svaren på de uppställda frågeställningarna kommer jag i huvudsak att använda mig av en traditionell rättsdogmatisk metod. Denna metod med genomgång av lagtext, praxis, förarbeten och doktrin lämpar sig utmärkt för att uppfylla uppsatsens syfte. Utöver den rättsdogmatiska metoden kommer jag också använda mig av den komparativa metoden när jag redogör för, och jämför med, den engelska rätten.

De källor som jag har använt mig av är noga utvalda rättsfall, uttalanden från JO och JK samt ett par offentliga utredningar varav främst SOU 1982:63, *Polislag*, har kommit till stor användning.

Den litteratur som jag har använt mig av är i huvudsak de ovan nämnda två verken av Axberger respektive Asp samt Allens bok Textbook on Criminal Law gällande den engelska rätten. Vad det gäller referatet av Spanark- rapporten valde jag att göra miljön en tjänst genom att hänvisa till Axberger istället för att få hela rapporten skickad.

Disposition

Uppsatsen inleds med ett bakgrundskapitel, vilket har döpts till Provokativa åtgärder. Kapitlet innehåller inledningsvis en mycket kort, inledande deskription av de begrepp som uppsatsen avser att behandla. Vidare följer en presentation av de regler och principer som är grundläggande vid bedömningen av en provokation.

Därefter följer själva avhandlingen vilken utgör uppsatsens andra kapitel. I den undersöks hur begreppen bevisprovokation och brottsprovokation har tolkats och tillämpats i praxis, uttalanden av JO och JK samt doktrin.

Det tredje kapitlet har döpts till internationell utblick. Där exemplifieras hur provokationsfrågan har hanterats i Europadomstolen. Där anläggs också ett komparativt perspektiv vari motsvarande problematik i den engelska rätten behandlas i korthet.

Uppsatsen avslutas med sammanfattning och analys i kapitel fyra. Där återges i stora drag vad som kommit fram i avhandlingen, paralleller dras och skillnader gällande tolkning och tillämpning av de aktuella begreppen belyses. Detta för att söka ge en klarare, om möjligt sammanfattande bild av bevisprovokation och brottsprovokations innebörd, den egentliga skillnaden de två begreppen emellan samt slutligen vad som är tillåtna provokativa åtgärder. Slutligen sägs några ord om hur komparationen med den engelska rätten utfallit. På så vis avses att besvara de ovan nämnda frågeställningarna.

1 Provokativa åtgärder

1.1 Terminologi

1.1.1 Provokation

Begreppet provokation har som konstaterat inte någon fast juridisk innebörd. Dock finns en i praxis och doktrin vedertagen definition vilken lyder: ”polis eller annan myndighet lockar eller utmanar en person till en handling eller ett uttalande som kan vara besvärande eller på annat sätt ha en negativ innebörd för någon i hans närhet. Som provokation betraktas inte en åtgärd som utgör endast ett neutralt svar på en persons egna initiativ.”⁴

1.1.2 Bevis- och brottsprovokation

En bevisprovokation är en åtgärd i syfte att skaffa fram bevisning om ett redan begånget brott.⁵

En brottsprovokation är en åtgärd i syfte att framkalla brott.⁶

1.2 Grundläggande regler och principer gällande provokativa åtgärder som arbetsmetod

1.2.1 Nationell reglering

8 § Polislagen⁷ behandlar allmänna principer för polisingripanden. Lagtexten lyder:

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

⁴ SOU 2003: 74 s. 113.

⁵ SOU 2010:103 s. 124, JO 2000/2001 s. 132.

⁶ SOU 2010:103 s. 124, JO 2000/2001 s. 132.

⁷ Polislag (1984:387).

form och den utsträckning som behövs för att det avsedda resultatet ska uppnås.

Ett ingripande som begränsar någon av de grundläggande fri- och rättigheterna som avses i 2 kap regeringsformen får ej grundas enbart på bestämmelserna i första stycket”

I just citerade paragraf åtta anses ett antal grundläggande principer gällande provokativa åtgärder som polisiär arbetsmetod komma till uttryck. Principerna slogs fast genom förarbetena till 1984 års polislag.⁸

En första princip anses vara att *polisen aldrig bör få begå en kriminaliserad handling för att kunna efterforska eller avslöja ett brott*. Dock görs utan direkt lagstöd ett reduktionsslut t. ex. vad det gäller polis inköp av narkotika.⁹

En andra princip är att *polisen aldrig borde få provocera eller förmå någon att inleda en brottslig aktivitet*. Avgörande för bedömningen av en åtgärds förenlighet med principen anses vara om polisen förmår någon att begå ett brott som denne aldrig annars hade begått.¹⁰

En tredje princip är att *polisen aldrig av spaningsskäl får underlåta att vidta föreskrivna åtgärder mot brott eller en för brott misstänkt person*. Principen har dock modifierats på så sätt att polisen har möjlighet att försena föreskrivna åtgärder till exempel vid kontrollerade narkotikaleveranser.¹¹

Vidare anförs att de ovan redovisade principerna för sig själva inte är tillräckliga för bedömningen huruvida en provocerande åtgärd kan anses tillåten eller inte. Det måste dessutom göras en generell bedömning av försvarligheten med hänsyn till övriga omständigheter - man säger att § 8 också inrymmer både en *behovsprincip* och en *proportionalitetsprincip*.

Enligt behovsprincipen får ett polisingripande bara göras om det saknas mindre ingripande åtgärder alternativt om sådana prövats utan framgång.¹² Ett ingripande måste vidare vara nödvändigt för att polisen ska kunna fullgöra det arbete som åligger dem och det ska ske på ett

⁸ SOU 1982:63, gällande principerna s. 140 ff samt Prop. 1983/84:111 s. 46 ff.

⁹ Asp, s. 196, Åklagarväsendets rapport 1993:3.

¹⁰ Asp, s 196.

¹¹ Asp, s. 196.

¹² Axberger, s. 34.

sådant sätt så att det kan anses försvarligt med hänsyn till åtgärdens syfte och övriga omständigheter. Principen innefattar dessutom ett krav på att provokationen ska kunna antas leda till väsentliga, i utredningen användbara resultat.¹³

Proportionalitetsprincipen tar sikte på att de olägenheter som ett ingripande kan innebära för den som blir utsatt för det, inte får stå i missförhållande till syftet med ingripandet. Nyttan med ingripandet måste med andra ord vid en objektiv bedömning överväga de negativa konsekvenser som det kan medföra för motstående intresse.¹⁴

Ytterligare två viktiga principer har slagits fast i flertalet källor. För att nyttjandet av provokativa åtgärder ska vara tillåtet måste det för det första *föreligga stark misstanke om brott*. För det andra måste *det misstänkta brottet vara av allvarligare slag*. Exakt vad som är just brott av allvarligare slag är dock i stor utsträckning oklart.¹⁵

Alla ovanstående principer anses alltså komma till uttryck i polislagens åttonde paragraf. Dock återkommer de i ett stort antal källor och är alla etablerade i rättstillämpningen.

1.2.2 Europakonventionen

Sverige inkorporerade 1995 Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna och följer idag konventionen som en lag av den nationella rättsordningen. Konventionen sätter stopp för allt för långtgående provokationer främst genom artikel 6 samt artikel 8. Art 6 stadgar rätten till en rättvis rättegång, inbegripet legitimiteten i hur bevis mot den tilltalade har tillkommit. Har bevis provocerats fram genom en otillbörlig provokation kan således, vid lagföring av det framprovocerade brottet, rätten till en rättvis rättegång anses ha blivit kränkt. Vid bedömningen huruvida en process strider mot artikel 6 ser domstolen till rättegången i sin helhet. En rättegång kan således anses rättvis i sin helhet även om det gällande framtagandet av ett visst bevis brister i legitimitet under förutsättning att detta kompenseras på ett rimligt vis. Art 8 stadgar rätten till privatliv och begränsar allt för integritetskränkande åtgärder.

¹³ JO 2000/2001 s. 132, NJA 1953 s. 582.

¹⁴ Axberger, s. 34-35.

¹⁵ Axberger, s. 32.

2 Bevisprovokation och brottsprovokation i praxis och doktrin

De grundläggande utgångspunkterna har nu presenterats. Nedan följer en undersökning av hur begreppen bevis- och brottsprovokation har tolkats och tillämpats med slutligt syfte att klargöra vad som kan anses vara tillåtna provokativa åtgärder. Undersökningen utgår från utvalda delar av praxis, uttalanden av JO och JK samt doktrin.

2.1 Praxis

2.1.1 NJA 2009 s. 475 I och II

Domstolen talar i förevarande resningsärenden snarare om polisprovokation som samlingsbegrepp än om bevis- och brottsprovokation. Ärendena belyser dock på ett tydligt sätt skillnaden mellan det tillåtna och otillåtna vad det gäller provokativa åtgärder och är följaktligen mycket relevanta för besvarandet av i synnerhet min tredje frågeställning.

I det första resningsärendet har A dömts för bl. a grovt vapenbrott mot den grund att han utan tillstånd innehaft en kulsprutepistol samt ammunition i en lägenhet i Stockholm. Efter att Hovrättens dom vunnit laga kraft uppdagades att A varit utsatt för provokativa åtgärder då han begick den otillåtna gärningen. HD har att ta ställning till om det rörde sig om en otillåten brottsprovokation, vilket skulle innebära att Sverige genom lagföringen av den tilltalade inte tillgodosett hans rätt till en rättvis rättegång och därmed gjort sig skyldigt till ett konventionsbrott. HD konstaterar med hänvisning till NJA 2007 s. 1037¹⁶ att den avgörande frågan är huruvida någon förmått begå ett brott som denne förutan provokationen aldrig annars hade begått. Vad som framkommit gällande provokationen i målet är att en polisman uppträtt som säljare av vapen och ammunition, att polisen lämnat över vapnet till A (alternativt till medåtalade B) i lägenheten samt att vapnet tidigare med största sannolikhet tillhört polisen. Trots ytterligare utredningar med anledning av de nya uppgifterna framkom ingen klar bild av detaljerna kring hur provokationen gått till. Frågetecken kvarstod gällande syftet med

¹⁶ Rembrandtmålet.

provokationen, vilken konkret bakomliggande brottslighet som föranlett den samt hur bevisning gällande denna bakomliggande brottslighet skulle säkras genom den provokativa åtgärden. Dessutom rådde osäkerhet gällande hur polisen hade fått A att komma till lägenheten, på vilkens initiativ transaktionen kommit till stånd samt närmare detaljer om själva överlämningen av vapnet. HD konstaterar sammantaget att det inte kan tas för säkert att A hade begått den brottsliga gärningen förutan den aktuella polisprovokationen. Resning beviljas således.

Resningsärende nummer II rör A som i hovrätten dömts för grovt narkotikabrott. Brottet bestod i att A tillsammans med medåtalad olovligen innehaft och transporterat ett större parti heroin i överlåtelssyfte. Likt i föregående resningsärende framkommer efter lagakraftvunnen hovrättsdom att det har företagits en provokation, i detta fall genom att en infiltratör på polisens uppdrag uppträtt som köpare av narkotikapartiet. Bedömningen gällande provokationens tillåtlighet grundar sig konsekvent på frågan huruvida den dömda genom provokationen förmåtts att utföra en brottslig handling som denne annars aldrig hade begått. Bedömningen får dock jämfört med det första resningsärendet ett annorlunda utfall. HD konstaterar att provokationen i aktuellt ärende inte spelar en avgörande roll då alla omständigheter i målet talar för att brottet hade begåtts på annat sätt om infiltratören inte inverkat. Redan före provokationen företagits förelåg en konkret brottsmisstanke mot den provocerade. Det, i kombination med att infiltratören hävdade att det var A som inlett kontakten dem emellan (en linje som HD är kritiska till då infiltratörens uppgifter lämnats under brottsmisstanke men som de ändå väljer att följa) är de två avgörande omständigheterna i bedömningen. Resning beviljas följaktligen inte.

2.1.2 NJA 2011 s. 638

Målet rör A som i alla instanser dömts för mord. Bakgrunden till målet är att en kvinna, B, anmäldes som saknad i oktober 2005. Polisen tillsatte en utredning men inga avgörande resultat kunde uppnås. Alltjämt fanns en huvudmisstänkt, A, och Polismyndigheten vände sig till Rikskriminalpolisen med en förfrågan om stöd genom bevisprovokation.

En plan för utformningen av bevisprovokation med primärt syfte att hitta den försvunna kroppen samt sekundärt syfte att säkra bevisning om A:s skuld alternativt oskuld upprättades och sattes i verket under hösten 2010. I korthet gick provokationen ut på att en infiltratör, C,

etablerade kontakt med A genom att själv utge sig för att vara del av kriminella kretsar. C informerade A om att det var nödvändigt att gräva upp B:s kropp för att komma åt livförsäkringen då kriminella grupperingar från östländer hade gjort anspråk på ersättningen och om inte A berättade var kroppen fanns skulle de ”komma dit och röja”. A vidhöll dock att han inte hade någonting med B:s försvinnande att göra, varpå bevisprovokationen gick in i sin andra fas. A söktes upp utanför sitt hus av tre män, poliser förklädda till kriminella från Ryssland. A uppmanades av dessa att ta kontakt med C vilket han också strax därefter gjorde. Under en bilresa med C, då A var märkbart påverkad av narkotika, pekade han ut för C var han hade grävt ner kroppen i en gödselstack.

HD konstaterar inledningsvis gällande bevisprovokationen att ”I detta sammanhang får bevisprovokation användas som en praktisk samlingsbeteckning för sådana okonventionella spaningsmetoder som vid förundersökningen används i syfte att skaffa fram upplysningar om ett brott som misstänks vara begånget men som inte kunnat klaras ut (på ett mer traditionellt sätt)” HD konstaterar att man brukar skilja bevisprovokation från brottsprovokation men anför vidare att trots att det i vissa renodlade fall kan dras en tydlig skiljelinje mellan provokationstyperna så är det likaså klart att de i många andra fall kan ligga mycket nära varandra. Trots att det generellt brukar sägas att bevisprovokation är tillåten under vissa förutsättningar, så är det inte möjligt att ur den enkla distinktionen dra några mer detaljerade slutsatser gällande vad som är tillåtna eller otillåtna polisiära arbetsmetoder vid en brottsutredning. Bedömningen, menar HD, måste koncentreras till hur åtgärden rent faktiskt har genomförts i det enskilda fallet.

Ytterst ankommer det domstolen att i målet beakta den tilltalades rätt till en rättvis rättegång enligt Europakonventionens art 6, vilken bl. a innefattar ett skydd för den tilltalade att slippa uttala sig på ett sätt eller lämna uppgifter som är belastande för honom eller henne. Av det framgår att om en bevisprovokation företagits som påverkar rätten att tåga skulle det få betydelse för bedömningen av en rättegångs rättvisa. Av stor vikt för det just sagda är dock att bedömningen av en process enlighet med art 6 ska vara en helhetsbedömning snarare än bedömning av enskilda inslag i bevisföringen. Enligt europadomstolens praxis har frågan om vilken bevisföring som får läggas fram inför nationell domstol ankommit den nationella rättsordningen att besvara. I svensk rätt har huvudregeln ansetts vara att bevis kan åberopas trots att de inte tillkommit i föreskriven ordning. I aktuellt fall kommer domstolen fram till att bevisprovokationen har otillbörliga inslag genom att det har skapats en situation där A har känt

sig hotad. Frågan om rättegången påverkats i sin helhet besvaras däremot negativt, då åtalet till stor del vilar på andra bevis än det utpekande som framkommit genom provokativa åtgärder.

Generell observation gällande praxis: Det finns i huvudsak två anledningar till varför så sparsmakad ledning gällande begreppens riktiga tolkning kan hämtas ur svensk praxis. Dels är distinktionen mellan bevis- och brottsprovokation tämligen ny då den härrör ur 1982 års Spanark-rapport¹⁷. Dels har HD varit ovillig att i någon större utsträckning uttala sig gällande provokation som polisiär metod. I flertalet fall¹⁸ säger HD uttryckligen att de avstår från att bedöma bevis- och brottsprovokation som polisiär arbetsmetod vilket i och för sig är logiskt då de frågor domstolen har att ta ställning till är de straffrättsliga, det vill säga hur ett provocerat brott ska lagföras, eventuell strafflindring för den provocerade samt eventuell lagföring av provokatören. Det hade dock onekligen varit önskvärt med ett klagörande prejudikat från Högsta domstolen.

2.2 Uttalanden från JO och JK

2.2.1 JO 2000/01 s. 118 - "Harley- Davidson- målet"

JO behandlar i det så kallade Harley- Davidson- målet frågan om rättsenlighet av polisens spaningsmetod att använda en inköpt Harley- Davidson- motorcykel som lockbete i brottsutredningar. Under perioden 1995-1997 hade antalet motorcykelstölder av det aktuella märket ökat markant i vissa delar av Stockholm. 80 procent av alla stulna fordon återfanns inte. Mot bakgrund av det beslutade polisen att ställa ut en motorcykel på öppen gata i centrala Stockholm i syfte att "undersöka om några kända kriminella brottsaktiva personer skulle visa intresse för den parkerade HD-motorcykeln"¹⁹

Polismyndigheten anförde i sitt försvar inför JO att åtgärden inte inneburit provokation av något slag. Som grund för detta anfördes att fordonet placerats på väl upplyst gata, inte

¹⁷ Rapporten och den ursprungliga begreppsdistinktionen behandlas något senare i uppsatsen.

¹⁸ NJA 2007 s. 1037, NJA 1985 s. 544.

¹⁹ JO:s beslut av den 31 mars 2000 (Dnr 3240-1998) s. 122.

utrustats med några dyrbara tillbehör samt låsts med godkänt lås och därmed inte på något sätt löpte större risk att bli stulen än andra motorcyklar i Stockholms innerstad.²⁰

Polismyndigheten anförde vidare att om åtgärden ändå skulle anses innebära en provokation, så skulle den falla inom det område som ska anses vara en tillåten bevisprovokation. Detta, menade polismyndigheten, då åtgärdens syfte var att säkra bevisning för någon eller några av de redan begångna HD-stölderna.

JO anför emellertid att åtgärden definitivt är att anse som en provokation. Till stöd för sin ståndpunkt hänvisar JO till tre omständigheter i polismyndighetens yttrande. För det första att åtgärden var ett led i utredningen av ett stort antal motorcykelstöld. För det andra att man inte ansåg ett tillgrepp som osannolikt. För det tredje att man ansåg ett tillgrepp av motorcykeln vara en, ur brottsynpunkt, önskvärd händelse.

Vidare bemöter JO polismyndighetens påstående om att åtgärden i det fall den ändå skulle utgöra en provokation, skulle anses vara en tillåten bevisprovokation. JO anför inledningsvis att en bevisprovokation under vissa förutsättningar är tillåten medan en brottsprovokation aldrig är det. Vidare krävs för en provokations tillåtlighet att åtgärden uppfyller alla de principer som innefattas av polislagens åttonde paragraf. En av principerna är behovsprincipen, vilken innefattar ett krav om att en provokation ska antas leda till väsentliga, i utredningen användbara resultat. JO anför att ”antagandet att den person som eventuellt kunde komma att tillgripa den av polisen utställda HD-motorcykeln skulle leda polisen till en plats, där man kunde få bevisning om de tidigare HD-stölderna, får emellertid anses bygga mer på en förhoppning än på sakligt välgrundade överväganden”²¹ Förfarandet hade stått tydligt i strid med både behovs- och proportionalitetsprincipen.

Det enda brott som man med någorlunda säkerhet skulle kunna vinna bevisning om genom förevarande åtgärd var, menar JO, tillgreppet av just den planterade motorcykeln. JO konstaterar vidare att åtgärden i förening med underlåtenheten att ingripa före A avvek med motorcykeln, inte i någon nämnvärd mån skiljer sig från vad som brukar förstås med en brottsprovokation.²²

²⁰ JO:s beslut av den 31 mars 2000 (Dnr 3240-1998) s. 121.

²¹ JO:s beslut av den 31 mars 2000 (Dnr 3240-1998), s. 135.

²² JO:s beslut av den 31 mars 2000 (Dnr 3240-1998), s. 135.

2.2.2 JK- beslut 1982 A28- "Fleming Broman- ärendet"

I det så kallade Fleming Broman- ärendet anlätades den sedan tidigare kriminella Broman av polisen för att infiltrera narkotikakretsar. Han skulle förmå olika personer att sälja narkotika i syfte att provocera bevisning för brottet innehav. Den aktuella verksamheten samt förutsättningarna förändrades under tid och JK delar in händelserna i en A-fas och en E-fas.

Under den så kallade A-fasen gick provokationen ut på att Broman skulle förmå A att sälja viss narkotika som polisen före provokationen hade stark misstanke om att A redan innehade. Syftet var att provocera fram bevisning för innehavet, inte för något nytt brott som eventuellt kunde tillkomma vid provokationen. JK anser att det i denna del rör sig om en tillåten bevisprovokation. Att det kan bli fråga om ett nytt, framprovocerat brott vid en försäljning av narkotikan menar JK inte spelar någon roll i det fall att misstanken om innehav har erforderlig styrka.

I nästa fas, den så kallade E-fasen, riktades de provokativa åtgärderna istället mot B. Misstankarna om B:s innehav hade inte samma styrka som misstankarna om A:s innehav i det tidigare skedet. Det rörde sig i denna andra fas snarare om rykten och det visade sig senare att B faktiskt inte hade innehaft någon narkotika. Provokationen kom aldrig att fullbordas i denna del. JK gör dock ett hypotetiskt klargörande och anför att hade provokationen fullbordats, fanns en stor risk att B skulle ha begått ett brott som han inte annars hade begått, åtminstone inte vid förevarande tillfälle. Mot den bakgrunden konstaterar JK gällande den hypotetiskt fullbordade E-fasen att åtgärderna i allt för många avseenden skulle ha närmat sig otillåten brottsprovokation.

JK försöker i samma beslut reda ut de oklara begreppen bevis- och brottsprovokation. JK konstaterar att det är befogat att tala om bevisprovokation i ett fall såsom förevarande i fas A. I fas B rörde det sig snarare om brottsprovokation. Avgörande för den bedömningen var att det inte rädde någon säkerhet huruvida brottet förutan provokationen hade begåtts ändå. Vidare konstruerar JK en situation som får anses ligga någonstans i gränslandet däremellan: fallet då det är tveksamt om den misstänkte hade begått brott just vid det tillfälle som framkallats av provokationen men med stor sannolikhet förr eller senare skulle ha företagit motsvarande

brottslig gärning. Huruvida en sådan gränslandsprovokation ska falla inom ramen för bevis- eller brottsprovokation skulle då bero på graden av sannolikhet för brottsberedskap.²³

2.3 Doktrin

2.3.1 Axberger

Axberger diskuterar i sin bok *Brottsprovokation* kritiskt indelningen i bevis- och brottsprovokation samt hur begreppen definieras i Spanark-rapporten. Han konstaterar att för att det ska finnas någon mening med begreppet bevisprovokation, borde begreppet avse bevisning om *ett redan begånget brott*. Det förslaget innebär en skillnad mot rapportens definition vilken också innefattar planerad och pågående brottslighet.²⁴

Axberger konstaterar vidare att syftet med en provokativ åtgärd spelar en avgörande roll för dess tillåtlighet och ger för den ståndpunkten ett belysande exempel: polisen antar rollen som köpare inför en konsthandlare som misstänks för inköp av stöldgods, utger sig vara intresserad av godset och frågar konsthandlaren om denne innehar det för försäljning. I det fall en försäljning kommer till stånd har brottet häleri bevisats men försäljningen innebär också att ett nytt brott har provocerats fram. Axberger menar att så länge syftet begränsas till att komma åt bevisning om det begångna brottet, så kan åtgärden anses vara en tillåten bevisprovokation. Syftet med en bevisprovokation kan dock aldrig vara att lagföra den gärning som begås under provokation, trots att den är straffbar.²⁵

Axberger går sedan vidare till en diskussion om brottsprovokation. Den stora skillnaden från ovan beskrivna bevisprovokation är att vid brottsprovokation är syftet att framkalla den brottsliga gärningen. Gällande tillåtligheten kan först konstateras att de grundläggande principer som jag redogjort för under 1.2.1 applicerar på alla slags provokationer. Den princip som är den avgörande faktorn för en brottsprovokations tillåtlighet är huruvida den har inneburit att någon begått ett brott som denne annars inte hade begått. Innebörden av ovanstående princip är vid närmare eftertanke inte självklar. Å ena sidan skulle man kunna

²³ Yttrande av JK, 1982 A28, s. 157.

²⁴ Axberger, s. 10-11.

²⁵ Axberger, s. 11.

hävda att varje framprovocerad brottslig gärning är en otillåten brottsprovokation, då just det brottet av naturliga skäl aldrig hade begåtts i avsaknad av provokationen. Å andra sidan kan man tänka sig att den som innehar en större mängd narkotika och blir provocerad att sälja detta, förr eller senare hade sålt narkotikan med eller utan den provokativa åtgärden och att brottet därigenom i vilket fall hade begåtts. I de flesta källor avses med förevarande princip den brottsliga viljan snarare än den individualiserade handlingen och det är den ståndpunkten Axberger intar. Axberger sammanfattar ovanstående som att ”vad man mer allmänt vill säga torde vara att det är tillåtet att framkalla den individualiserade handlingen men inte väcka en brottslig vilja”²⁶

Med andra ord kan vad som enligt Axberger kallas för brottsprovokation vara tillåtet i polisens arbete. Axberger belyser begreppet brottsprovokation ytterligare genom att ange en nedre gräns för vad som kan anses vara en brottsprovokation och vad som helt enkelt faller utanför. För att det ska röra sig om en provokation måste det föreligga någon form av initiativ eller uppmuntran från provokatörens sida, någon form av påverkan måste ha ägt rum.²⁷

Avslutningsvis konstateras att frågan om en provokations tillåtlighet inte går att lösa genom att kalla vissa åtgärder för bevisprovokationer och på så sätt avgränsa dem. Det kommer fortfarande finnas både tillåten brottsprovokation och otillåten bevisprovokation.²⁸

2.3.2 Asp

Till skillnad från Axberger menar Asp att syftet med provokationen är ett dåligt avgränsningskriterium vad gäller distinktionen mellan bevis- och brottsprovokation. Som stöd för det anför han att även om syftet med en viss åtgärd må vara att framkalla bevis för ett redan begånget brott, så har inte syftet någon bäring för vad som sedan blir resultatet av den framprovocerade handlingen. Det finns inga garantier för att A i efterhand inte kommer åtalas också för det framprovocerade brottet.²⁹ Asp föreslår en annan metod för att komma tillrätta med distinktionen: varje provokation måste relateras till en enskild brottslig gärning. I exemplet med narkotikaförsäljningen skulle provokationen i relation till innehavet vara en

²⁶ Axberger, s. 28.

²⁷ Axberger, s. 53.

²⁸ Axberger, s. 52.

²⁹ Asp, s. 205.

bevisprovokation. Man måste dock också bedöma provokationen i relation till försäljningen, varigenom det uppenbart rör sig om en brottsprovokation. En och samma polisiära insats kan följaktligen innebära såväl bevis- som brottsprovokation på samma gång.

Vidare till frågan om en viss provokations tillåtlighet. En ren bevisprovokation är enligt Asp tillåten under förutsättning att de grundläggande principerna (presenterade i kapitel 1.2.1) beaktas. Den åtgärd som innebär både en bevisprovokation och en brottsprovokation på samma gång bör även den anses tillåtlig under förutsättning att de grundläggande principerna följs samt att man inte lagför det brott som framprovocerats. Asp gör vidare den terminologiska klassificeringen så, att åtgärder som enbart innefattar brottsprovokation i regel bör betraktas som otillåtna.³⁰ Till grund för det anför han att de i strid med gällande principer uteslutande syftar till att förmå någon att inleda en brottslig aktivitet.³¹

2.4 Spanark-rapporten

Begreppsuppdelningen i bevis- och brottsprovokation anses härröra ur den s.k. Spanark-rapporten. Rapportens avgavs 1980 av en inom Rikspolisstyrelsen tillsatt arbetsgrupp som hade i uppgift att arbeta fram förslag på metoder vid spaning mot narkotikabrottslighet.³² I rapporten formuleras följande: ”det är en otillbörlig spaningsmetod att provocera en person, som inte är kriminell i egentlig mening, att begå en brottslig handling (brottsprovokation). Däremot får det anses vara förenligt med gällande normer för hur polisarbetet skall bedrivas, att polisen genom provokation skaffar fram *bevisning* om planerad, pågående eller begången (narkotika)brottslighet. Provokationen går alltså ut på att överbevisa brottslingen om en faktisk kriminell aktivitet.” För den senare företeelsen valdes termen bevisprovokation.³³

³⁰ Under förutsättning att inte varje åtgärd med minsta provokativa inslag hänförs till begreppet brottsprovokation.

³¹ Asp, s. 208.

³² Axberger, s. 10.

³³ Axberger, s. 10.

3 Internationell utblick

3.1 Europakonventionen

3.1.1 Teixeira de Castro mot Portugal

I Teixeira de Castro mot Portugal kom ett par poliser i kontakt med C genom en annan person. Poliserna utgav sig för att vara intresserade av att köpa narkotika och efterfrågade 20 gram heroin. C anskaffade heroinet, arresterades av poliserna vid överlåtelsen och dömdes i ett senare skede till sex års fängelse för narkotikabrott. Målet kom upp i Europadomstolen efter klagomål från C. Domstolen konstaterar i målet att den avgörande frågan för provokationens tillåtlighet är om polisernas infiltration sträckt sig utöver ett passivt undercover- arbete, till att faktiskt aktivt ha påverkat eller provocerat C att begå det ifrågavarande brottet.

Faktorer av vikt vid bedömningen var att det före provokationen inte förelåg några konkreta brottsmisstankar mot C, att C inte hade innehaft narkotikan utan att den hade vandrat flera led innan den slutligen nådde polismännen genom överlåtelsen samt att C innehaft bara precis den mängd narkotika som poliserna hade efterfrågat. Mot den bakgrunden konstaterade domstolen att en brottsprovokation hade företagits – polismännen hade inte bara passivt agerat utan däremot faktiskt anstiftat brottet ifråga. Domstolen konstaterar att C från processens början var berövad sin rätt till en rättvis rättegång varför brott mot artikel 6 ansågs föreligga.³⁴

3.1.2 Lüdi mot Schweiz

Målet rör L som i nationell domstol dömts för narkotikabrott. L klagade till Europadomstolen och anförde där att hans rätt till skydd för privat- och familjeliv enligt artikel 8 blivit kränkt då han under en längre tid manipulerats av en polisinfiltratör, vilken inför Lüdi uppträtt som köpare av narkotika. Det hade även förekommit viss telefonavlyssning.

Europadomstolen gör i målet bedömningen att agentens infiltration inte påverkat privatlivet på så sätt att artikel 8 hade kränkts.³⁵ Som stöd för det anføres att L måste varit medveten om de

³⁴ Teixeira de Castro v. Portugal, ECHR, p.39.

³⁵ Lüdi v. Schweiz, ECHR, p.41.

kriminella handlingar som han var involverad i och att han i den brottsliga verksamheten skulle kunna möta en polis i uppdrag att avslöja honom.

I svensk doktrin skriver Ingrid Helmius om fallet som ett exempel på bevisprovokation. Till skillnad från i Teixeira mot Castro hade en förundersökning inletts, polisen kom i direkt kontakt med den misstänkte och L hade direkt tillgänglighet till narkotikan utan mellanhänder. Polisen hade i fallet provocerat fram bevisning om brottet och inte brottet i sig.³⁶

3.2 Engelsk rätt

I engelsk rätt talar man om entrapment som en motsvarighet till svenskans provokativa åtgärder. Någon motsvarighet till den svenska begreppsdistinktionen i bevis- och brottsprovokation görs däremot inte. Inte heller i engelsk rätt finns någon uttrycklig lagstiftning på provokationsproblematiken, varken sådan som tillåter eller fördömer provokationer som polisiär arbetsmetod. Genom praxis verkar domstolarna dock ha accepterat att provokationer tillåts i viss mån. I sammanhanget kan konstateras att England har ett common law- rättsystem vilket baseras i mycket hög grad på praxis som rättskälla, möjligen kan man således säga att England har någon form av reglering på området. I ifrågavarande praxis kan fyra olika typer av provokation urskiljas varav de tre första typerna ansetts tillåtna medan den sista typen inte ansetts vara det. Den första typen är observatören som endast agerar åskådare och inte tar någon aktiv del i den brottsliga handlingen. Den andra typen är den medverkande som genom att acceptera ett erbjudande möjliggör den brottsliga handlingen. Den tredje typen är en förledare som genom att ge gärningsmannen ett erbjudande underlättar brottets genomförande. Den fjärde typen är provokatören som aktivt anstiftar, övertalar eller uppmuntrar någon att begå ett brott som denne inte annars hade begått.³⁷

³⁶ Helmius, s. 182- 183.

³⁷ Allen, s. 252.

4 Sammanfattning och analys

Inledningsvis ställde jag mig följande fyra frågor: hur har begreppen bevis- och brottsprovokation tolkats och tillämpats i praxis och doktrin? Hur kan man göra avgränsningen mellan bevis- och brottsprovokation? Vad är tillåtna provokativa åtgärder? Hur regleras motsvarande område i England? Nedan ska jag söka sammanfatta samt analysera ovan gjorda utredning för att besvara frågeställningarna. I viss mån kommer de besvaras en efter en, i viss mån kommer svar och diskussioner flyta samman.

Den första frågan rör hur begreppen bevis- och brottsprovokation har tolkats och tillämpats i praxis och doktrin. Gällande bevisprovokation är den enkla utgångspunkten att en bevisprovokation är en åtgärd i syfte att skaffa fram bevisning om ett redan begånget brott. Det är även så begreppet har tolkats i min utredning. I NJA 2011 s. 638 konstaterar HD att begreppet bevisprovokation i sammanhanget får användas som en praktisk samlingsbeteckning för okonventionella spaningsmetoder som används vid förundersökningen i syfte att skaffa fram upplysningar om ett brott som misstänks vara begånget men det inte finns någon bevisning för. I Fleming Broman- ärendet anser JK att det rört sig om en bevisprovokation då polisprovokationens syfte var att provocera fram bevisning för innehavet, det vill säga för ett redan begånget brott. Axberger konstaterar också att om det ska finnas någon mening med begreppet bevisprovokation måste det röra sig om just bevis för ett redan begånget brott. Någorlunda enat verkar doktrin och praxis därmed förespråka en definition som skiljer sig något från den ursprungliga i Spanark- rapporten, vilken också innefattar planerad, inte ännu begånget brottslighet.

JK menar i Fleming Broman- ärendet att begreppet bevisprovokation definitionsmässigt innefattar stark misstanke om brott. Axberger är av samma åsikt, i sin bok skriver han att bevisprovokation måste förutsätta att brottsmisstanke redan föreligger. I Harley- Davidson- målet ville polismyndigheten hävda att den provokation som de vidtagit varit en bevisprovokation medan JO menar att det snarare rört sig om en brottsprovokation. Här vill jag anlägga tanken som presenteras i JK- ärendet samt Axbergers bok. Provokationen i HD-målet var inte riktad mot någon speciell utan snarare mot ”kriminella i allmänhet”. För mig synes det i ett fall som förevarande svårt att argumentera för att det skulle föreligga en sådan

brottsmisstanke som då definitionsmässigt (enligt Axberger och JK) ligger i begreppet bevisprovokation.

Den motsvarande enkla utgångspunkten gällande begreppet brottsprovokation är att en brottsprovokation är en åtgärd i syfte att framkalla brott. För att belysa begreppet och dess ramar redogör Axberger i sin bok för vad han anser vara en nedre gräns för att en handling ska kunna kallas provocerad över huvud taget. För att det ska röra sig om en provokation måste det föreligga någon form av initiativ eller uppmuntran från provokatörens sida, någon form av påverkan måste ha ägt rum. Axberger är av åsikten att brottsprovokation inte nödvändigtvis redan i sin definition behöver vara någonting otillåtet utan att det finns både tillåten samt otillåten brottsprovokation. Praxis och doktrin är långt ifrån enig i frågan huruvida brottsprovokation definitionsmässigt är otillåtet. JO säger uttryckligen att brottsprovokation aldrig är tillåtet. Asp intar en position motsatt Axbergers och anför att de åtgärder som enbart innefattar brottsprovokation i regel bör betraktas som otillåtna, detta med förutsättning att inte alla åtgärder med minsta provokativa inslag hänförs till begreppet brottsprovokation. Asps föreslår med andra ord en betydligt smalare definition än Axberger.

Nästa fråga att besvara handlar om hur man kan göra distinktionen mellan de båda begreppen bevis- och brottsprovokation. Distinktionsproblematiken uppstår vid de tillfällen en åtgärd mycket väl skulle kunna utgöra både en bevis- och brottsprovokation på samma gång. I typexemplet provocerar en polisman fram en narkotikaöverlåtelse för att komma åt bevisning för innehavet av narkotikan samtidigt som han också genom överlåtelsen provocerar fram ett nytt brott. Axberger och Asp förespråkar i doktrinen två olika lösningar för att komma tillrätta med distinktionen. Axbergers modell går ut på att man ser till syftet till varför en åtgärd har vidtagits. Är syftet att provocera fram bevis för ett redan begånget brott och misstankegraden har erforderlig styrka spelar det ingen roll huruvida ett nytt brott har begåtts. För att en åtgärd ska kunna kallas bevisprovokation kan dock aldrig syftet vara att lagföra det brott som företagits under provokation, trots att den handlingen är straffbar. I det fallet rör det sig istället definitionsmässigt om en brottsprovokation. Asp kritiserar Axbergers modell och anför som grund för kritiken att även om syftet med en åtgärd är ett visst, så har syftet ingen faktisk bäring för vad som sedan blir resultatet av den framprovocerade handlingen. Den modell som Asp föreslår går istället ut på att man ser provokationen i relation till varje brottslig gärning. I exemplet med narkotikaöverlåtelsen skulle provokationen hänföras till bevisprovokation i relation till innehavet men brottsprovokation i relation till försäljningen. Enligt min mening är

Asps kritik gentemot Axberger i denna fråga motiverad. Syften är lättmanipulerade och den praktiska följden av Axbergers distinktionsmodell är svåröverskådlig.

Distinktionsproblematiken uppstår också vid de tillfällen en åtgärd ligger någonstans i gränslandet mellan det som kan anses vara en bevis- och brottsprovokation. JK konstruerar i Fleming Broman- ärendet ett sådant exempel: då det är tveksamt om den misstänkte begått brott just vid det tillfälle som framkallats av provokationen men förr eller senare hade företagit motsvarande brottslig gärning. JK menar då att huruvida åtgärden i nämnda situation är en bevis- eller brottsprovokation beror på graden av sannolikhet för brottsberedskap.

Vidare till nästa frågeställning. Vad är tillåtna provokativa åtgärder (utifrån de två begreppen bevis- och brottsprovokation)? För alla slags provokationer gäller att en åtgärd inte får stå i strid mot någon utav de grundläggande principerna, redogjorda för i kapitel 1.2.1. Principerna innefattar sammanfattningsvis krav på proportionalitet och behov samt att det måste vara fråga om stark misstanke och grovt brott. Principerna innefattar dessutom ett krav på att polisen inte av spaningsskäl får underlåta att vidta brottsbekämpande åtgärder, att polisen aldrig får begå en kriminaliserad handling samt att polis (eller annan myndighetsperson) aldrig får provocera eller förmå någon att inleda en brottslig aktivitet, eller med andra ord: provocera fram ett brott som utan provokationen aldrig hade begåtts.

Polisprovokationer måste givetvis också hållas inom de ramar som ställts upp genom Europakonventionen. I Teixeira de Castro konstaterar domstolen att den yttersta gränsen för en provokations tillåtlighet är huruvida provokatören har gått utöver att passivt delta i brottets utförande, till att faktiskt ha påverkat någon att begå ett brott som denne annars aldrig hade begått. Ramarna för en brottsprovokations tillåtlighet enligt europadomstolen korresponderar således med de ramar som växt fram i den inhemska rätten. Utöver det finns dock ytterligare aspekter att ta hänsyn till på området, vilket vi får ett exempel på i NJA 2011 s. 638. Även en bevisprovokation kan vara otillåten i det fall bevis provocerats fram på ett otillbörligt sätt och detta inte kompenseras av att rättegången kan anses rättvis i sin helhet. En slutsats som jag för egen del drar av domstolens bedömning i målet är dock att det krävs relativt stora brister i legitimitet och rättvisa för att en rättegång ska anses kränka artikel 6 på grund av bevisföring i processen. Dels på grund av att det i hög grad ankommer den nationella domstolen att bedöma vilken typ av bevisning som kan accepteras, vilket HD konstaterar i målet. Dels på grund av den bedömning HD gör att trots att otillbörliga inslag hade förekommit vid A:s utpekande av

kroppen så hade rättegången i sin helhet varit rättvis, då åtalet i stor utsträckning vilande på annan bevisning. Denna andra bevisning bestod i huvudsak av den rättsmedicinska utredning som möjliggjorts genom att kroppen pekats ut av A. HD konstaterar visserligen det faktum att det som framkommit genom den rättsmedicinska utredningen är en följd av uppgifter som lämnats vid otillbörlig provokation men att det inte påverkar dess bevisvärde.

HD uttalar i samma mål att trots att det generellt brukar sägas att bevisprovokation är tillåten under dessa förutsättningar, så är det inte möjligt att ur den enkla begreppsdistinktionen dra några mer detaljerade slutsatser gällande vad som är tillåtna eller otillåtna polisiära arbetsmetoder vid en brottsutredning. Bedömningen måste istället koncentreras till hur åtgärden rent faktiskt har genomförts i det enskilda fallet. I den övriga praxis och doktrin som undersökts i förevarande uppsats tycks en majoritet vara enig om att så länge de grundläggande utgångspunkterna är uppfyllda är en bevisprovokation tillåten. Ska jag försöka dra en slutsats av just anförda så är det en farlig förenkling att säga att bevisprovokation är tillåtet. Bedömningen måste till syvende och sist grundas på hur åtgärden rent faktiskt utförts i fallet. Dock kan man troligen säga att en bevisprovokation som syftar till att bevisa ett begånget brott, inte innehåller otillbörliga inslag samt inte står i strid med någon utan de grundläggande principerna som huvudregel är tillåten.

Vidare till brottsprovokationers tillåtlighet, en fråga än mer komplicerad att besvara. I vissa källor uttalas att brottsprovokation aldrig är tillåten, i andra talas det istället om tillåten och otillåten brottsprovokation. Oberoende av vilken begreppsapparat man förespråkar så är den viktiga bedömningspunkten för huruvida en brottsprovokation är otillåten/ någonting kan kallas för en brottsprovokation densamma: om någon har förmåtts att begå en brottslig gärning som denne aldrig annars hade begått. I NJA 2009 s. 475 I och II till exempel, beviljades resning i det ärende där det inte kunde tas för säkert att den tilltalade begått gärningen förutan förevarande polisprovokation. I det andra resningsärendet beviljades däremot inte resning på den grund att domstolen ansåg att brottet hade begåtts även utan polisens infiltration.

Att bedöma huruvida någon som begått en brottslig handling också hade begått samma handling även förutan provokation är vanskligt. Principens innebörd är i sig inte helt självklar – å ena sidan skulle man kunna argumentera för att varje framprovocerad brottslig gärning är otillåten då exakt det brottet med samma aktörer etcetera faktiskt aldrig hade begåtts förutan provokationen. Å andra sidan kan man argumentera för att principens riktiga innebörd är att det

är otillåtet att väcka en brottslig vilja. I praxis och doktrin har principen fått den sistnämnda tolkningen. Axberger sammanfattar att det är tillåtet att framkalla den individualiserade handlingen men inte väcka en brottslig vilja. Frågan blir således: hur mäter man någons eventuella brottsliga vilja? Att säga att någon begått brottet är bevis nog för att den kriminella viljan finns vore ett cirkelargument. Det finns ju faktiskt ingenting som säger att personen inte hade avstått från att utföra den brottsliga handlingen vid ett annat tillfälle. I NJA 2009 s. 475 II konstaterar HD att brottet hade begåtts även förutan provokationen mot grunden att det var den tilltalade som hade inlett kontakten med infiltratören samt att det före provokationen förelåg en konkret misstanke. I dessa två omständigheter torde således HD ha läst in en brottslig vilja hos den tilltalade. I NJA 2009 s. 475 I kommer HD däremot fram till att det inte med säkerhet kan sägas att ifrågavarande brott hade begåtts även förutan provokationen. Grunden till det är att det råder osäkerhet på många punkter, bland annat vilken bakomliggande brottslighet som föranledde provokationen samt på vems initiativ transaktionen kommit till stånd. Domstolen kan på den information den har inte konstatera en brottslig vilja.

Mätningen av en persons brottsliga vilja ter sig vara en helhetsbedömning av i aktuellt fall rådande omständigheter. Det finns ett ordspråk som säger att tillfället gör tjuven. För egen del anser jag att man i allra högsta grad bör ha det ordspråket i åtanke vid en sådan helhetsbedömning. För en brottsprovokation ska anses tillbörlig bör sannolikheten för att ett brott skulle begås även utan provokationen vara mycket hög i kombination med att provokationen är vara av passivt slag.

Frågan om tillåtligheten av den typ av åtgärd som har karaktär både av tillåten bevisprovokation och otillåten brottsprovokation kvarstår att besvara. Typexemplet är åter igen det där polisman provocerar fram en narkotikaöverlåtelse för att komma åt bevisning för innehavet av narkotikan samtidigt som han också genom överlåtelsen provocerar fram ett nytt brott. Enligt Asps modell kan en sådan hybrid accepteras som godtagbar under förutsättning att det brott som begåtts under brottsprovokation inte lagförs.

Den sista frågeställningen rör hur området regleras i England och var ämnad att ge lite perspektiv på den svenska rätten. Inledningsvis gällande den engelska rätten kan konstateras att man inte gör någon begreppsdistinktion på samma sätt som i Sverige och således har ingen motsvarande begreppsanalys kunnat utföras. Man talar i engelsk rätt om entrapment som en motsvarighet till provokativa åtgärder. I engelsk praxis har gällande tillåtligheten av

provokativa åtgärder fyra kategorier utkristalliserats. De tre första kategorierna anses tillåtna medan den sista däremot inte är det. De två första grupperna utgörs av observatören som endast passivt åskådar ett skeende samt medhjälparen som genom accepterande av ett erbjudande underlättar ett brotts genomförande. Gällande dessa två kategorier tycks huvudsaklig överensstämmelse råda mellan den engelska och den svenska rätten. Engelsk rätts tredje kategori utgörs av en förledare genom ett erbjudande underlättar brottets genomförande. Här tycks det i min mening vara desto mer tveksamt huruvida engelsk och svensk rätt korresponderar. Brottsprovokation synes i något större utsträckning tillåtas i den engelska rätten. Den fjärde kategorin utgörs av provokatören som aktivt anstiftar, övertalar eller uppmuntrar någon att begå ett brott som denne annars inte hade begått. Att den typ av polisiär arbetsmetod som exemplifieras i denna sista kategori är otillåten stämmer överens med både svensk rätt samt Europadomstolens praxis.

Frågeställningarna är nu besvarade i den mån svar har kunnat utrönas genom förevarande undersökning. En slutsats som kan dras är att en provokations tillåtlighet inte helt enkelt kan härledas ur huruvida det rör sig om en bevisprovokation eller en brottsprovokation. Inget av begreppen har tolkats på ett konsekvent sätt i praxis och doktrin och begreppsapparaten blir således enligt min mening i själva verket snarare förvirrande än ett fungerande verktyg, dels för jurister men främst för de poliser och företrädare för andra samhällsorgan som ska bedöma vilka provokativa åtgärder de får vidta i praktiken. Det synes för mig att frågan om en provokations tillåtlighet besvaras lika bra utan begreppsdistinktionen: en provokativ åtgärd är en tillåten polisiär arbetsmetod så länge den inte strider mot någon utav de grundläggande principerna i nationell rätt, inte går utanför de ramar vi har att förhålla oss till genom Europakonventionen samt inte förmår någon att begå ett brott som denne annars aldrig hade begått. (Vad nu det betyder.)

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Lagtext

Polislag (1984:387)

Statens offentliga utredningar

SOU 1982:63 Polislag

SOU 2003:74 Ökad effektivitet och rättsäkerhet i brottsbekämpningen

SOU 2010:103 Särskilda spaningsmetoder

Propositioner

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

Rättsfall

Högsta Domstolen

NJA 1953 s. 582

NJA 2007 s. 1037

NJA 2011 s. 638

Europadomstolen

Lüdi mot Schweiz, dom av den 15 juni 1992, Appl. Nr. 12433/86

Teixeira de Castro mot Portugal, dom av den 9 juni 1998, Appl. Nr. 25829/94

Justitieombudsmannen

JO beslut av den 31 mars 2000 (Dnr 3240-1998)

Justitiekanslern

JK 1982 A.28

Otryckta källor

Telefonsamtal med Jenny Ferm, handläggare justitieutskottet 2013-05-13

Litteratur

Allen, Michael: *Textbook on Criminal Law*, 11:th edition, Oxford New York 2011

Asp, Petter: *Straffansvar vid brottsprovokation*, upplaga 1:1, Göteborg 2001

Axberger, Hans-Gunnar: *Brottsprovokation*, Skriftserien nr 25, Stockholm 1989

Helmius, Ingrid: *Polisens rättsliga befogenheter vid spaning*, Stockholm 2000

