



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Marie Peterson

Provokativa åtgärder Att förhindra eller skapa brott

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: VT 2014

Innehåll

SUMMARY	3
SAMMANFATTNING	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Om uppsatsämnet	6
1.2 Syfte	6
1.3 Frågeställningar	6
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Perspektiv och metod	7
1.6 Material	7
1.7 Forskningsläge	8
1.8 Disposition	8
2 OM PROVOKATIVA ÅTGÄRDER	10
2.1 En kort historik	10
2.2 Provokationsbegreppen	11
2.3 Rätten till en rättvis rättegång enligt EKMR	12
3 DE SVENSKA REGLERNA	14
3.1 Provokation som brott	14
3.2 Ledande principer	15
3.3 Polisens riktlinjer	17
3.4 Sammanfattning	17
4 EN RÄTTSFALLSSTUDIE	19
4.1 Europadomstolen	19
4.1.1 Teixeira de Castro mot Portugal	19
4.1.2 Vanyan mot Ryssland	20
4.1.3 Bannikova mot Ryssland	21

4.2	Svensk domstol	22
4.2.1	Rembrandtmålet	23
4.2.2	Cobrayärendet	24
4.2.3	Gotlandsärendet	25
4.3	Sammanfattning	25
5	KRITIK OCH FÖRSLAG	27
5.1	Doktrin	27
5.1.1	Asp	27
5.1.2	Axberger	28
5.2	Lagförslag	29
5.2.1	2003 års utredning	29
5.2.2	2010 års utredning	30
5.3	Sammanfattning	31
6	ANALYS	32
7	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	35
8	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	37

Summary

In order to fight organized crime, provocative investigative measures are widely used in Sweden and abroad. This means that a person is provoked by the state to commit a crime or to present evidence of past crimes. However, there is a risk that the police causes people to commit crimes that they otherwise would not have committed. The measures have then led to crimes being added to the community, instead of protecting the community from crime. Therefore, it is necessary to distinguish the permissible provocative investigative measures from the impermissible. This paper intends to illustrate the problems surrounding provocative investigative measures.

Sweden is obliged to comply with the ECHR, and the measures may violate Article 6(1) ECHR. A number of cases have been brought up to the European Court since 1998. The European Court has held that provocative investigative measures undermines the right to a fair trial if the method causes someone to commit a crime that without it would not have been committed, and the use of the method was unfounded.

In the Swedish legal system provocative investigative measures are not regulated by law. However, the precedence from the ECHR is incorporated in a ruling in the Swedish Supreme Court from 2007. Impermissible measures can in the most serious cases lead to the indictment being dismissed. To determine whether the measure is permissible or not, a number of principles have been established. These are based on, inter alia, verdicts from the Swedish Ombudsman.

To determine whether or not the crime would have occurred anyway, the legal system examines the persona of the provoked together with the way in which the measure was performed. Critics argue that the assessments can become arbitrary and discriminating. It may also be deemed unworthy of the state to use methods that are similar to fraud. It is often emphasized that it is not in the government's place to lure its citizens into criminality.

Sammanfattning

För att bekämpa den organiserade brottsligheten används, i Sverige och internationellt, provokativa åtgärder. Det innebär att en person provoceras av staten att begå brott eller att presentera bevis för tidigare begångna brott. Det föreligger dock en risk för att provokationer får personer att begå brott som de annars inte hade begått. Åtgärderna har då lett till att brott har tillförts samhället istället för att samhället skyddats från brott. Det är därför nödvändigt att skilja tillåtna provokationer från otillåtna. Uppsatsen ämnar åskådliggöra de problem som omgärdar provokativa åtgärder.

Sverige är skyldigt att följa EKMR, och provokationer kan strida mot artikel 6.1 EKMR. Sedan 1998 har ett antal fall avgjorts i Europadomstolen. Europadomstolen har fastslagit att en provokation undergräver den provocerades rätt till en rättvis rättegång om provokationen får någon att begå ett brott som utan den inte hade begåtts, och användandet av provokationen varit ogrundat.

I svensk rätt är provokativa åtgärder inte reglerade i lag. Europadomstolens praxis finns dock inkorporerad i ett avgörande från HD 2007. Bruket av otillåtna provokationer kan i de allvarligaste fallen innebära att åtalet lämnas utan bifall. För att avgöra provokationernas tillåtlighet används, utöver Europadomstolens regler, ett antal principer som arbetats fram genom bl.a. utlåtanden från JO.

För att avgöra om brott ändå begåtts ser rättssystemet till den provocerades person och utförandets metod. Kritiker menar att bedömningarna kan bli godtyckliga och rättsosäkra. Det kan även anses ifrågasättas om det är värdigt av rättsväsendet att använda metoder som är bedrägeriliknande. Ofta framhålls att det inte är statens roll att locka sina medborgare till brott.

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
ECHR	European Convention on Human Rights
EKMR	Europakonventionen för mänskliga rättigheter
EU	Europeiska Unionen
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JK	Justitiekanslern
JO	Justitieombudsmannen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PolL	Polislag (1984:387)
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
SÖ	Sveriges internationella överenskommelser
VTK	Vägtrafikkungörelse (1972:603)

1 Inledning

1.1 Om uppsatsämnet

Förebyggande av brottslighet är populära slagord för såväl polis som politiker att ställa sig bakom. Förebyggandet kan förefalla som en problemfri ståndpunkt, för vem vill egentligen utsättas för brott? Användandet av provokativa åtgärder är dock ett exempel på hur det förebyggande syftet ibland kan leda till dilemman. Det finns fördelar med att polis under kontrollerade former får synliggöra att en person är beredd att begå brott. Ofta handlar det om brott som annars är svårupptäckta och är del av ett större kriminellt sammanhang. Lyckas man lagföra dessa kriminella personer så uppstår en inkapaciteringseffekt, varpå vidare brott anses förebyggda för en tid.¹ Om man däremot ska gå efter tesen att tillfället gör tjuven så skulle vi alla vara beredda att under tillräckliga omständigheter begå brott. Det har då genom en sådan provokation skapats ett brott som utan provokationen kanske inte hade ägt rum, istället för att brottslighet har förhindrats och förebyggts.

1.2 Syfte

Syftet med arbetet är att belysa de problem som finns med brottsprovokation och att undersöka om denna metod är förenlig med EKMR.²

1.3 Frågeställningar

Är det statens uppgift att kontrollera sina medborgares moral och självbehärskning? Eller borde rättssystemet förhålla sig passivt tills skada inträffat?

¹ SOU 2010:103, s. 150 f; jfr JO 2000/01 s. 125.

² Rom den 4 november 1950, SÖ 1952:35.

För att utreda problematiken kring brottsprovokation har jag brutit ner den till tre frågeställningar. Huvudfrågeställningen är vilka *för- och nackdelar* som finns med en legalisering av provokationer. I samband härmed undersöker jag dels vad som utgör *gällande rätt angående brottsprovokation i Sverige*, dels vad som utgör *gällande rätt i denna fråga enligt EKMR*.

1.4 Avgränsningar

Av utrymmesskäl har teorier om vad som anses rättfärdiga provokatörens agerande fått utgå. Istället ligger fokus främst på provokationens tillåtlighet, med viss belysning av effekten hos den provocerade. Jag har även begränsat redogörelsen i tid, och beskriver endast rätten från 1980-talet och framåt. Specifika problemställningar om Polisens infiltratörer får också de sparas till ett annat arbete. Artikel 8 EKMR har ett nära samband med problematiken men har valts bort på grund av utrymmesskäl.

1.5 Perspektiv och metod

För att fördjupa läsarens förståelse för de problem som omgärdar brottsprovokation, anlägger jag dels ett rättsutvecklingsperspektiv, dels ett komparativt perspektiv.

Jag kommer att använda mig av den notoriskt svårdefinierade juridiska metoden: Med utgångspunkt i den svenska rättskälleläran ska jag utvärdera och tolka den information jag finner och applicera den på problemställningen. Jag använder dock myndighetsdokument för att komplettera de traditionella rättskällorna. Detta kommer förhoppningsvis medföra att uppsatsen återger vad som anses gälla vid den dagliga tillämpningen.

1.6 Material

Som svenska källor används primärt den lagtext och de förarbeten som finns, samt rättsfall och doktrin. För att undersöka EKMR används konventionstext,

rättsfall och viss doktrin. Myndighetsdokument från Åklagarmyndigheten är till stor hjälp och används för att försöka spegla vilka regler som tillämpas av praktikerna.

Straffrättsprofessorn Petter Asps och straffrättsdocenten Hans-Gunnar Axbergers framställningar om provokationer används som litteratur. Österrikiska författningsdomaren Christoph Grabenwarters kommentar till EKMR och kommentaren till BrB av Nils-Olof Berggren m.fl. är också värdefulla i arbetet med uppsatsen.

1.7 Forskningsläge

Fastän det är ont om lagstiftning i frågan, så har ämnet varit omdiskuterat bland svenska jurister och poliser främst de senaste 30 åren. Flera statliga utredningar finns på området, varav några behandlas i min uppsats. Litteraturen tenderar att behandla de straffteoretiska och människorättsliga aspekterna. Med min uppsats ämnar jag tillföra en uppdaterad överblick över gällande rätt samt ge läsaren möjlighet att snabbt sätta sig in i problembilden.

1.8 Disposition

Inledningsvis behandlar jag i kapitel 2 bakgrunden till problematiken. Jag går igenom den viktigaste terminologin och beskriver vad EKMR ställer för grundläggande krav på en rättvis rättegång.

I kapitel 3 beskrivs rättsläget som det ser ut i Sverige idag med bland annat vägledande principer.

Kunskapen vi har fått med oss om bakgrund och gällande rätt konkretiseras sedan i kapitel 4 genom en studie av ett antal rättsfall från Europadomstolen och svensk domstol. Det bör betonas att vad som sägs i avgörandena från Europadomstolen är det som utgör gällande rätt enligt EKMR, varför detta inte tilldelats ett eget kapitel.

I kapitel 5 görs en utblick där det redovisas ett urval av synpunkter som förekommit i den juridiska litteraturen, och vad de statliga utredningarna framfört.

Slutligen försöker jag i kapitel 6 sammanfatta vad som blivit genomgången. Jag lyfter fram vad provokativa åtgärder kan ha för fördelar respektive nackdelar genom att peka på problemställningar i svensk och europeisk rätt.

2 Om provokativa åtgärder

2.1 En kort historik

Användningen av provokativa åtgärder antas ha ökat de senaste 30 åren.³ Exakta siffror finns inte, och det finns indikationer på att det inte alltid ens framgår i förundersökningsmaterialet och därmed i rättegången när en provokation har använts som metod.⁴ Det är således svårt att ge en rättvis bild av hur metoden använts. Däremot går det att beskriva hur den juridiska uppfattningen har lytt och utvecklats.

Den för oss mest intressanta tiden är de senaste 30 åren. I början på 1980-talet genomgick polisrätten ett större reformarbete i vilket vissa spaningsmetoder – bland andra provokativa åtgärder – togs upp. Då uttrycklig lagstiftning saknas har flera citat från förarbetena blivit ledstjärnor för att avgöra vad som är tillåtet eller inte. Även två intressanta rättsfall uppkom.

NJA 1985 s. 455. Två tomma väskor placerades av polis i en ädelstenshandlares bil, varpå två män, som under en tid hade övervakat ädelstenshandlaren, stal bilen med väskorna i. I tidigare praxis hade strafflindring inte kommit på tal.⁵ Strafflindring på grund av polisernas metod avfärdades i detta fall, men HD öppnade för möjligheten i de fall polisen använt metoder som varit uppenbart otillbörliga, och som lett till att någon begått brott som denne annars inte begått.

NJA 1989 s. 498. HD hade att bedöma huruvida en av polisen initierad narkotikaförsäljning utgjorde brott enligt svensk lag, för att kunna bedöma om den provocerade skulle utlämnas. HD stängde dörren för att provokationen skulle ha någon effekt på processen. HD menade att provokationen inte påverkade straffbarheten och att detta var en vedertagen uppfattning i den svenska rätten.

³ SOU 2010:103 s. 126.

⁴ Se exempelvis JO 1997/98, s. 132; NJA 2009 s. 475 (I) och (II).

⁵ Axberger, Brottsprovokation, s. 45.

Fallet Teixeira de Castro mot Portugal⁶ som kom 1998 innebar att Sverige fick anledning att omvärdera sin syn. I Sverige fick domen genomslag genom avgörandet NJA 2007 s. 1037, det så kallade Rembrandtmålet. Vi får anledning att återkomma till nämnda domar i kapitel 4.

Under 2000-talet har två statliga utredningar föreslagit en lagreglering av provokativa åtgärder.⁷ Ingen av dessa har lett fram till en svensk reglering.

2.2 Provokationsbegreppen

Inom begreppet provokativa åtgärder ryms brottsprovokation och bevisprovokation, såväl de otillåtna som de tillåtna formerna. När begreppet provokation används hänvisas det i utredningssammanhang till följande definition:

”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 [...].”⁸

Provokation föreligger inte när provokatören förhåller sig passiv eller bara spelar med, handlingen måste vara initierad av provokatören.⁹ Provokatören är ofta en polis men kan också vara en utomstående som arbetar för Polisen.

Traditionellt brukar en terminologisk skillnad göras mellan brottsprovokation och bevisprovokation. *Brottsprovokation* föreligger när polisen agerar med syftet att någon ska begå ett brott.¹⁰ Det kan handla om både fullbordade brott och

⁶ Teixeira de Castro v. Portugal, no. 44/1997/828/1034, dom 9 juni 1998 [i fortsättningen: Teixeira].

⁷ SOU 2003:74; SOU 2010:103.

⁸ SOU 1982:63, s 129 f.

⁹ Axberger, Hans-Gunnar. *Brottsprovokation* (Stockholm: Juristförlaget, 1989) [i fortsättningen: Axberger, Brottsprovokation] s. 53.

¹⁰ SOU 2003:74, s 113.

kriminaliserade försöksbrott. Brottsprovokation föreligger exempelvis när en polis förmår en person att införskaffa narkotika för att polisen påstår att hen vill köpa.¹¹ Polisen har då fått någon att begå ett brott.

Bevisprovokation har inte som syfte att skapa ett nytt brott. Istället används provokationen för att skaffa fram bevisning om ett brott som redan begåtts.¹² Skolexemplet är när en polis köper narkotika av en person för att bevisa ett tidigare innehavsbrott. Vi ser dock redan här att definitionen inte är helt oproblematiserad då köpet även medför att ett försäljningsbrott skapas.¹³ En renodlad bevisprovokation hade kunnat gå ut på att bara förmå personen att visa sin narkotika. Då termerna är flytande kommer samlingsbegreppen provokation alternativt provokativa åtgärder huvudsakligen att användas framöver.

Ur domarna från Europadomstolen går det att utläsa att ingen terminologisk skillnad görs mellan bevisprovokation och brottsprovokation. Termen infiltratör används därtill synonymt med provokatör. Vi får anledning att återkomma till de terminologiska skillnaderna i analysdelen.

2.3 Rätten till en rättvis rättegång enligt EKMR

EKMR gäller som lag i Sverige sedan 1 januari 1995.¹⁴ För oss blir det aktuellt att se till artikel 6.1 EKMR, som ger medborgarna rätt till en rättvis rättegång i sina respektive medlemsländer. Domstolen har i uppgift att granska rättegångsprocessen som helhet från det att någon blir anklagad, inte specifikt provokationens tillåtlighet.¹⁵

Artikel 6.1 EKMR lyder:

¹¹ SOU 2003:74, s 115.

¹² SOU 2003:74, s 113 f.

¹³ Asp Petter. *Straffansvar vid brottsprovokation* (Stockholm: Nordstedts Juridik, 2001) [i fortsättningen: Asp, *Straffansvar*] s. 22.

¹⁴ Genom Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna [i fortsättningen: *Inkorporeringslagen*].

¹⁵ Åklagarmyndigheten, brottmålsavdelningen. RättsPM 2007:4 Provokativa åtgärder. 2008. <http://www.aklagare.se/PageFiles/3811/2007-04%20Provokativa%20atgärder.pdf> hämtad 2014-04-07 [i fortsättningen: RättsPM], s. 10.

”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. [...]”¹⁶

Ovanstående regel kan delas in i tre rättighetsområden; domstolens egenskaper, tillgången till domstol och rättvis prövning.¹⁷ Rätten till vissa egenskaper för domstolen innebär att domstolen ska vara självständig och lagenligt inrättad.¹⁸ Rätten till att ha tillgång till domstol innebär att det ska finnas en faktisk och inte bara teoretisk rätt till prövningen. I detta ligger ett krav på att rättegången ska vara effektiv, och att det finns en rätt att få dom i sitt ärende.¹⁹ Vissa restriktioner får finnas, exempelvis preskriptionstider, men dessa får inte vara så långtgående att rättighetens syfte går om intet.²⁰

Den tredje rättigheten, rätten till en rättvis prövning, är central för hela artikel 6 EKMR. En rättvis prövning innefattar rättssäkerhetsgarantier som rätten att bli hörd, partsinsyn och *equality of arms*²¹. Art 6 inbegriper även rätten att få en motiverad dom och domstolens skyldighet att döma enligt lag.²²

¹⁶ Översättning enligt Inkorporeringslagens bilaga. Det är dock endast de engelska och franska versionerna som är de officiella.

¹⁷ Grabenwarter, Christoph. *European Convention on Human Rights: commentary* (München: Beck, 2014) [i fortsättningen: Grabenwarter, ECHR] s. 113 st 33.

¹⁸ Grabenwarter, ECHR, s. 113 f. st. 34.

¹⁹ Grabenwarter, ECHR, s. 127 st. 66.

²⁰ Grabenwarter, ECHR, s. 127 st. 67.

²¹ *Equality of arms* innebär att parterna ska ha tillgång till jämbördiga vapen, vilket ligger nära kontradiktionsprincipen.

²² Grabenwarter, ECHR, s. 138 st 88, s. 139 st. 90.

3 De svenska reglerna

Det brukar traditionellt sägas att bevisprovokation är tillåtet, men inte brottsprovokation.²³ Praktiken visar dock på en långt mer mångfacetterad verklighet.

Provokationer regleras i stort sett inte i lagtext. Undantaget är 29 kap. 3 § 1 st 1 BrB, som anger att brott som föranletts av annans uppenbart kränkande beteende förtjänar mildare straff. Bestämmelsen torde inte i praktiken omfatta provokativa åtgärder, då provokativa åtgärder knappast brukar utföras genom kränkande beteende.²⁴

Vi har tidigare behandlat att terminologin brottsprovokation/bevisprovokation inte är exakt, varför det är lämpligare att tala om provokationer som enhetligt begrepp, och att fastställa i vilka fall de är tillåtna respektive förbjudna. Det som numer anses avgörande för provokationens tillåtlighet är huruvida den provocerade förmåtts att begå ett brott hen annars inte hade begått.²⁵

3.1 Provokation som brott

Provokationer som brott förtjänar en kort presentation, för att illustrera de problemdimensioner som omger provokativa åtgärder. Provokatörens straffrihetsgrunder faller dock som nämnts utanför uppsatsens avgränsning.

Att förmå någon att begå brott kan i grunden anses utgöra anstiftan eller medhjälp, om den som provocerar har uppsåt att brottet ska komma till stånd. Det krävs, för att utgöra anstiftan, att den som provocerats inte annars hade begått gärningen.²⁶ Det görs vidare skillnad på huruvida provokatören bara har

²³ Asp, Straffansvar, s. 206 ff.

²⁴ Asp, Straffansvar, s. 22.

²⁵ RättsPM, s. 6 f.

²⁶ Berggren, Nils-Olof m.fl., Brottsbalken: En kommentar (1 juli 2013, Zeteo) <http://www.nj.se/zeteo> hämtat 2014-04-04 [i fortsättningen: Zeteo], kommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken Subjektiv täckning.

uppsåt att förmå den provocerade att påbörja ett brott (s.k. *agent provocateur*)²⁷, eller om uppsåtet innefattar att den provocerade ska fullborda brottet. Det senare handlar ofta om brott som i efterhand går att åtgärda, som stöldbrott. Att förmå någon att påbörja ett brott anses tillåtet, men inte att förmå någon att begå ett fullbordat brott.²⁸ Det finns ingen lagstadgad frihetsgrund för en provokatör. En felaktigt utförd provokation kan innebära straffansvar för tjänstefel enligt 20 kap. 1 § BrB.²⁹

Att förmå någon att begå ett fullbordat brott ska skiljas från de fall när polisen avvaktar med att ingripa, exempelvis när polisen följer ett till Sverige inkommande narkotikaparti för att kunna ingripa först när detta når mottagaren. Detta kallas för kontrollerade leveranser och anses vara tillåtet.³⁰

3.2 Ledande principer

Tillåtligheten av provokativa åtgärder behandlas i följande sex principer som Åklagarmyndigheten har sammanställt utifrån bl.a. praxis, förarbeten och uttalanden från JO och JK.

*Beakta behovs- och proportionalitetsprinciperna.*³¹ Principerna är djupt rotade i svensk polisrätt och finns kodifierade i 8 § PolL. Behovsprincipen ställer krav på att det inte finns några handlingsalternativ varför åtgärden är nödvändig, och det krävs att åtgärden väntas ge resultat. Proportionalitetsprincipen innebär att ingripandet ska vara proportionerligt mot det som ska uppnås.³²

*Man får aldrig provocera en person att begå brott som denne aldrig annars hade begått.*³³ Utgångspunkten är att en brottslig vilja inte ska skapas. Detta manifesterar sig bland annat i att lockelsen inte får vara alltför stor. Det som får skapas är en

²⁷ Se vidare i Asp, Straffansvar, s. 20 f.

²⁸ Zeteo, kommentaren till 23 kap. 4 § BrB, under rubriken Subjektiv täckning.

²⁹ Axberger, Brottsprovokation, s. 38.

³⁰ SOU 1982:63, s 134.

³¹ RättsPM, s. 8.

³² Axberger, Brottsprovokation, s. 34.

³³ RättsPM, s. 9 f.

handling, ett brott, som ger uttryck för den redan existerande brottsliga viljan. Verkställandet av den brottsliga viljan ska bara vara en tidsfråga, alternativt så ska brottsligheten redan föreligga.³⁴

*Stark misstanke om brott måste föreligga.*³⁵ En exakt misstankegrad går inte att fastslå, men en förundersökning bör ha inletts. När det handlar om en specifik misstänkt är det enklare att bedöma hur stark misstanken är.³⁶ Det är desto svårare när det är fråga om brottslighet inom en grupp, då polisen inte vet vem som är misstänkt för vad.³⁷

*Provokationerna får bara användas för avslöjandet av allvarlig brottslighet.*³⁸ Detta följer även av den första principen, då det anses oproportionerligt att använda provokativa åtgärder vid mindre allvarigare brott. En exakt gräns är svår att dra, men brott som människohandel, grova vapenbrott, narkotikabrott, omfattande ekobrott, rån, grova sexual- och våldsbrott och terrorbrott faller i alla fall in under begreppet. Även lindrigare brottslighet som illegal alkoholförsäljning kan falla in om den är organiserad eller satt i system.³⁹

*En åklagare ska fatta besluten.*⁴⁰ Avvägningsfrågorna är ofta av juridiskt komplex natur. Principen är tätt sammanvävd med bestämmelsen i 23 kap. 3 § RB, enligt vilken åklagare ska leda förundersökning som inte är av enkel beskaffenhet.⁴¹

*Åtgärderna måste noggrant dokumenteras.*⁴² Principen finns av rättssäkerhetsskäl, dels för den enskildes trygghet, dels för att åklagare och polis ska kunna bedöma riktigheten i beslut och genomförande. Principen hör samman med 23 kap. 21 § RB och 22 § FUK, enligt vilka förundersökningsprotokollet ska spegla vad som framkommit i utredningen.⁴³

³⁴ RättsPM s. 9 f.

³⁵ RättsPM, s. 15 f.

³⁶ RättsPM, s. 16; Detta innebär att åtminstone misstankerekvisitet *anledning att anta* är uppfyllt enligt 23 kap. 1 § RB.

³⁷ RättsPM, s. 16 f.

³⁸ RättsPM, s. 18.

³⁹ RättsPM, s. 18.

⁴⁰ RättsPM, s. 19.

⁴¹ RättsPM, s. 19.

⁴² RättsPM, s. 19.

⁴³ RättsPM, s. 19.

3.3 Polisens riktlinjer

Utöver dessa sex principer vid provokativa åtgärder har Polisen även allmänna principer att följa i sitt arbete vilka vissa får betydelse i vårt fall.

*Polisen bör aldrig få begå brott för att utreda eller röja brott. En proportionalitetsbedömning ska inte göras. Dock gäller sedvanliga regler om exempelvis nöd, och specialreglering kan även hittas i exempelvis VTK.*⁴⁴

*Vidare får inte polisen förmå en person att inleda kriminell aktivitet. Resonemanget känner vi igen. Det sammanfaller med förbudet att provocera fram brott som annars inte begåtts, och med förbudet för polisen att begå brott då anstiftan är kriminaliserat.*⁴⁵

*Slutligen får polisen inte underlåta att vidta åtgärder vid misstanke om brott. Att låta mindre brott passera för att komma åt den grövre brottsligheten blir en aktuell problematik vid infiltratörsverksamhet.*⁴⁶ Notera att principen kan tyckas motsäga det som sägs under 3.1 om kontrollerade leveranser.

3.4 Sammanfattning

Bristen på lagreglering innebär att polis och åklagare istället har att förhålla sig till ett lapptäcke av principer och allmänna riktlinjer. De viktigaste att ta hänsyn till är de som nämnts under 3.2.

Principen om att inte provocera fram brott som annars inte inträffat är av dessa den viktigaste. Polisen får bara påverka de yttre omständigheterna för brottets skeende, som tid och rum. De inre omständigheterna, den brottsliga viljan, ska redan vara starkt konstaterad.

⁴⁴ Prop 1983/84:111, s. 46 f.

⁴⁵ Prop 1983/84:111, s. 46.

⁴⁶ Prop 1983/84:111, s. 46.

En provokation som strider mot en eller flera av principerna kan anses vara olovlig. Anses allt däremot har gått rätt till får den provocerade åtalas.⁴⁷ Vad som framkommit här är dock inte den fullständiga bilden av gällande rätt i Sverige. I NJA 2007 s. 1037 kommer HD med viktiga stadganden om hur provokativa åtgärder ska hanteras. En genomgång av detta och fler prejudikat sker i nästa kapitel.

⁴⁷ RättsPM, s. 34.

4 En rättsfallsstudie

4.1 Europadomstolen

Teixeira de Castro-fallet är det mest tongivande avgörandet från Europadomstolen och är flitigt citerat. Även Vanyan-fallet⁴⁸ har diskuterats i många sammanhang. Fallet Bannikova⁴⁹ har jag valt att ta upp för att visa ett i tiden aktuellt avgörande.

4.1.1 Teixeira de Castro mot Portugal

Civilklädd polis tog under år 1992 kontakt med en man, V.S., som hanterade droger i mindre skala, i hopp om att komma åt personer högre upp i narkotikaorganisationen. V.S. hänvisade dem till Teixeira de Castro som V.S. trodde kunde ordna fram narkotika. Castro hade inte narkotikan tillgänglig hos sig, men kunde anskaffa denna för polisens skull och gjorde så. Efter överlåtelsen till polisen greps Castro.⁵⁰ Han dömdes i Portugisisk domstol till 6 års fängelse.

⁵¹

Ärendet togs upp i Europadomstolen då Castro hävdade att polisen hade framkallat brottet, och att hans rättigheter enligt artikel 6.1 EKMR därmed blivit kränkta.⁵² Castro var tidigare ostraffad, och provokationen hade skett utan att en förundersökning inletts mot honom.⁵³

Portugal menade att metoden var utbredd accepterad, i synnerhet mot narkotikabrottslighet. Portugal menade vidare att Castro varit *predisposed*, ungefär benägen, att begå brott och att de bara försett honom med ett tillfälle. Han påstods dessutom haft mer narkotika i besittning än den polisen hade beställt.⁵⁴

⁴⁸ Vanyan v. Russia, no. 53203/99, dom 12 februari 2004 [i fortsättningen: Vanyan].

⁴⁹ Bannikova v. Russia, no. 18757/06, dom 4 november 2010 [i fortsättningen: Bannikova].

⁵⁰ Teixeira, p. 9-12.

⁵¹ Teixeira, p. 20.

⁵² Teixeira, p. 31.

⁵³ Teixeira, p. 31.

⁵⁴ Teixeira, p. 32.

Domstolen inledde med att erinra om att förfarandet som helhet bedöms. De förkastade inte provokationer som metod utan höll med om att organiserad brottslighet måste bekämpas, men markerade att detta på intet sätt får ske på rättsväsendets bekostnad.⁵⁵ Domstolen fann det nödvändigt att undersöka om huruvida de provocerande polisernas agerande hade överskridit vad som är brukligt för *undercover*-agenter.⁵⁶

De anförde att polisernas agerande var en del i en större narkotikaoperation som övervakades av domare. Det fanns ingen anledning att misstänka Castro för brott, med tanke på hans tomma brottsregister. Vidare betonade domstolen att narkotikan inte förvarats hos honom utan han var tvungen att anskaffa denna. Att han haft mer narkotika än vad som beställts ansåg domstolen inte vara visat. Inte heller ansågs det visat att han hade varit *predisposed* att begå brottet. De menade på att omständigheterna visade på att poliserna hade framkallat brottet, snarare än att undersöka redan existerande brottslighet.⁵⁷

Domstolen konstaterade avslutningsvis att Castro på grund av det anförda redan från början berövats sin rätt till en rättvis rättegång i enlighet med artikel 6.1 EKMR, då poliserna gått utöver vad som är brukligt genom att anstifta brottet som Castro annars inte hade begått.⁵⁸

4.1.2 Vanyan mot Ryssland

I juni 1998 blev Vanyan kontaktad av en kvinna han kände, O.Z., och ombedd att köpa heroin åt henne. Av en slump hade han tidigare stämt träff med mannen han själv brukade köpa heroin av för eget bruk. Vanyan gick med på att köpa åt henne och gjorde sitt inköp för eget bruk vid samma tillfälle.⁵⁹

⁵⁵ Teixeira, p. 34-36.

⁵⁶ Teixeira, p. 38.

⁵⁷ Teixeira, p. 38.

⁵⁸ Teixeira, p. 39.

⁵⁹ Vanyan, p. 11.

Dagen därpå blev Vanyan gripen av polis. Det visade sig att polisen hade varit i kontakt med O.Z. och försett henne med pengar för att undersöka om Vanyan sålde narkotika.⁶⁰ Vanyan dömdes i Rysslands högsta domstol till två års fängelse för till narkotikabrott utan försäljningsintresse, efter att domstolen funnit att han inte i lagens strikta mening sålt narkotika.⁶¹ Vanyan vände sig till Europadomstolen och hävdade att hans rättigheter enligt artikel 6.1 EKMR hade kränkts då brottsanklagelsen kopplad till O.Z.'s narkotikainköp orsakats av polisen. Den del av domen som fällde honom för eget bruk invände han inte mot.⁶²

Europadomstolen påpekade att åtal för brott som orsakats av provokatörens initiativ inte får ske, även för beaktansvärda skäl som att vilja bekämpa narkotikahandeln.⁶³ Domstolen konstaterade att O.Z. handlat på polisens instruktioner. Polisen hade ingen anledning att misstänka Vanyan för att sälja narkotika. Domstolen slog fast att provokationen inte skett för att utreda redan existerande brottslighet och det fanns ingen anledning att anta att narkotikaförsäljning till O.Z. hade ägt rum utan polisens anstiftande. Följaktligen hade hans rätt till en rättvis rättegång oåterkalleligen undergrävt och brott mot artikel 6.1 EKMR förelåg.⁶⁴

4.1.3 Bannikova mot Ryssland

I januari 2005 pratade Bannikova med en man, S., om att han skulle förse henne med cannabis att sälja vidare. Samtalen var avlyssnade av rysk Polis.⁶⁵ En *undercover*-agent, B., tog efter det kontakt med Bannikova och köpte en större mängd cannabis av henne.⁶⁶ Bannikova dömdes till fyra års fängelse för försäljningen.⁶⁷

⁶⁰ Vanyan, p.11 och 14.

⁶¹ Vanyan, p. 24 och 25.

⁶² Vanyan, p. 37.

⁶³ Vanyan, p. 46.

⁶⁴ Vanyan, p. 49.

⁶⁵ Bannikova, p. 6.

⁶⁶ Bannikova, p. 8.

⁶⁷ Bannikova, p. 13.

Bannikova vände sig till Europadomstolen och hävdade att B. orsakat försäljningen. Därtill anförde hon att hon blivit hotad av en tredje man att sälja, och att den ryska domstolen inte tagit hänsyn till det.⁶⁸

Domstolen inledde med att erinra om de regler om provokation som fastslagits i dess praxis.⁶⁹ Domstolen menade att tillåtna metoder ska skiljas från otillåtna genom att i ett första steg undersöka om anstiftan föreligger genom att ta reda på om brottet hade ägt rum utan myndigheternas agerande.⁷⁰ Eventuell anstiftan avgjordes också genom att se till huruvida polisen inte huvudsakligen passivt utrett brottslighet. För att i sin tur avgöra detta såg domstolen till om polisen hade haft objektiva hållbara misstankar om att den åtalade var inblandad i kriminell aktivitet eller på annat sätt *predisposed*.⁷¹ Staten ansågs ha bevisbördan för att ingen anstiftan skett.⁷² I ett andra steg framfördes att en bedömning av den nationella domstolens hantering av den åtalades provokationsinvändningar skulle göras.⁷³

Domstolen konstaterade att brottsligheten redan påbörjats innan B. kom in i bilden genom Bannikovas och S.'s samtal om försäljning.⁷⁴ Domstolen hade inte möjlighet att bedöma påståendena om den tredje mannen, då inga bevis fanns för detta.⁷⁵ Den gick därför vidare för att bedöma den nationella processen. Det konstaterades att Bannikova hade fått framföra sina bevis i rättegången och att den nationella domstolen grundligt behandlat dessa.⁷⁶ Därmed hade inget brott mot artikel 6.1 EKMR skett.

4.2 Svensk domstol

⁶⁸ Bannikova, p. 23.

⁶⁹ Bannikova, p. 34.

⁷⁰ Bannikova, p. 37.

⁷¹ Bannikova, p. 38.

⁷² Bannikova, p. 48.

⁷³ Bannikova, p. 51.

⁷⁴ Bannikova, p. 69.

⁷⁵ Bannikova, p. 70.

⁷⁶ Bannikova, p. 77.

De rättsfall som analyseras har valts ut för att illustrera gällande rätt sedan 2007. NJA 2007 s. 1037, kallat Rembrandtmålet, var det första tydliga prejudikatet om provokativa åtgärder sedan 1980-talet⁷⁷ och inkorporerade den EKMR-praxis som redovisats tidigare under 4.1. NJA 2009 s. 475 (I) och (II), kallade Cobrayärendet och Gotlandsärendet, har valts ut för att visa hur 2007 års praxis tillämpats.

4.2.1 Rembrandtmålet

I december år 2000 stals tre värdefulla tavlor från Nationalmuseum i Stockholm. När en man senare blev anhållen i USA för inblandning i ett narkotikabrott, erbjöd han sin hjälp med att återbörda en försvunnen tavla i utbyte mot lindrigare straff. Amerikansk och svensk Polis inledde med anledning av detta ett samarbete i april år 2005. Mannen kontaktade fyra män som visade sig kunna få tag på tavlan, och det utmynnade i ett tillslag i Köpenhamn i september 2005 under en arrangerad köpsituation.

De fyra männen åtalades för grovt häleri. En friades i underrätterna. De resterande tre fälldes, men medgavs påföljdseftergift i HovR på grund av otillåten brottsprovokation. Domen överklagades till HD.

HD konstaterade att grovt häleri förelåg. Frågan var vilken effekt provokationen hade på åtalet. HD utgick från vad Europadomstolen slagit fast i domarna Teixeira de Castro och Vanyan – brott mot artikel 6.1 EKMR föreligger om den åtalades rätt till en rättvis rättegång oåterkalleligen blivit undergrävd genom provokationen. De framhöll att Europadomstolen inte fördömt provokativa åtgärder i sig, men att det straffprocessuella ingripandet kan vara konventionsstridigt. HD preciserade frågan till att gälla om huruvida åtalet hade varit tillåtet, då de ansåg det vara visat att de åtalade inte hade tagit befattning med tavlan om inte provokationen ägt rum. Deras handlingar hade orsakats av polisens provokation. De åtalades rätt till en rättvis rättegång hade därigenom blivit oåterkalleligen undergrävd.

⁷⁷ Se NJA 1985 s. 544 samt NJA 1989 s. 498.

HD ansåg sig ha två alternativ som överensstämde med EKMR. Antingen kunde talan avvisas, och provokationen ses som ett processhinder. Eller så kunde domstolen lämna åtalet utan bifall på grund av bristande straffbarhetsbetingelser, på samma sätt som om ett barn hade begått brott. Den första lösningen kritiserades, då den kunde leda till mindre önskvärda straffprocessuella scenarion och dessutom kunde ses som en typ av bevisförbud, vilket skulle strida mot 35 kap. 1 § RB om den fria bevisprövningen. Den andra lösningen ansågs lämpligare, då det går att lämna talan utan bifall i andra fall på grund av bristande straffbarhetsbetingelser även om ett brott konstaterats.

Då åklagaren upptäcker bristande straffbarhetsbetingelser ska denne inte väcka åtal då åtalet är utsiktslöst, och skulle åtal ändå väckas ska domstolen lämna åtalet utan bifall. HD nämnde även att lösningen bara ska appliceras på fall där rättvisan i rättegången anses oåterkalleligen undergrävd på grund av provokationen. I andra fall kan strafflindring och påföljdseftergift användas.

4.2.2 Cobrayärendet

HD hade i NJA 2009 s. 475 (I) att avgöra ett resningsärende angående grovt vapenbrott. Den tilltalade, D.D., hade innehaft en kulsprutepistol av märket Cobray med tillbehör. D.D. uppgav för HD att han hade utsatts för otillåten brottsprovokation då han fått köpa vapnet av en infiltratör som arbetade på uppdrag av poliser. Han anförde att alla initiativ tagits av infiltratören och att han tidigare bara varit straffad för mindre allvarliga brott. Att köpet hade skett av en infiltratör hade blivit känt först efter att D.D. dömts för brottet.

Åklagaren framhöll att inköpet omgavs av oklarheter. Motiv och genomförande av provokationen gick inte att fastställa varför ytterligare utredning krävdes, men osäkerheten skulle inte drabba den tilltalade. HD lade stor vikt vid oklarheterna och fastslog att ingen utredning stödde att brottet hade ägt rum utan provokationen. Med hänvisning till EKMR ansåg HD att grund för resning förelåg enligt 58 kap. 2 § 4 RB.

4.2.3 Gotlandsärendet

Även i NJA 2009 s. 475 (II) var fråga om ett resningsärende. A.H. hade blivit dömd för grovt narkotikabrott efter att ha gripits med nästan 1,5 kilo heroin i Visby. Först efter domen hade det uppdagats att han befunnit sig där för att visa upp narkotikan för en köpare, som var en infiltratör för polisens räkning. Riksåklagaren framhöll att inget tydde på att A.H. inte hade begått brottet ändå utan provokationen. Åtgärden hade därtill utgjorts av en sådan ren bevisprovokation som inte påverkar straffbarheten. Domen torde därför inte blivit annorlunda.

HD anslöt sig till riksåklagarens linje. HD menade att A.H. redan innan varit föremål för misstanke om brottet. Det ansågs visat att han även utan infiltratören hade begått brott, varför resning nekades.

4.3 Sammanfattning

Teixeira de Castro-fallet lämnar oss med en handfull faktorer som sammanslagna innebär ett brott mot artikel 6.1 EKMR.⁷⁸ Domstolen fokuserar på för det första polisernas agerande och för det andra de Castros person då hans *predisposition* tillmäts betydelse. Fler faktorer uppräknas i domen vars styrka inte går att tyda. Som alla domar där en samlad bedömning görs är det svårt att läsa ut en allmän rättsregel, utöver den att en konventionsstridig provokation ska tas hänsyn till i processen mot den provocerade.

I fallet Vanyan bekräftas att staten inte får straffa för ett av polisen anstiftat brott om det inte begåtts annars. Provokationen anses även här orsakat att hans rätt till en rättvis rättegång undergrävts, och till skillnad från föregående fall anses orätten inte gå att kompensera. I domen går det att läsa ut ett bevisförbud för bevis som inhämtats genom provokationer, men att ett sådant skulle föreligga har avvisats i svensk doktrin.⁷⁹

⁷⁸ Jfr Asp, Straffansvar, s. 217.

⁷⁹ Jfr Asp, Straffansvar, s. 220.

Bannikovamålet sorterar bedömningskriterierna i en del som koncentrerar sig på åtgärdens tillåtlighet, och en del som granskar den efterföljande processen. Åtgärdens tillåtlighet bedöms främst genom att se till den provocerades *predisposition* men också genom polisens agerande, vilket vi sett i tidigare praxis. Processundersökningen är en markering från domstolen att de nationella domstolarna måste utreda provokationsfrågorna utförligt, vilket kan tänkas ställa krav på att en nationell standard finns att tillgå.

I NJA 2007 s. 1037 ändrar HD Sveriges restriktiva syn.⁸⁰ Att ogilla åtalet förbehålls dock fall där provokationen oåterkalleligen undergrävt rätten till en rättvis rättegång. I lindrigare fall går det att meddela påföljdseftergift, och i lindrigare fall ändå kan provokationen beaktas vid straffmätningen. Vid fall av ren bevisprovokation och annan neutral provokation tycks ingen åtgärd behövas.⁸¹

Enligt NJA 2009 s. 495 (I) och (II) kan skäl för resning föreligga vid otillåten provokation, när denna uppdagas efter att dom trätt i kraft. En bedömning görs av huruvida den provocerade begått ett brott hen annars inte hade begått och ifall detta påverkat domen.

⁸⁰ Se 2.1 ovan.

⁸¹ Asp, Petter. ”Om brottsprovokation och dess betydelse för den provocerades ansvar”. I: SvJT 2008s. 785.

5 Kritik och förslag

Nedan illustreras problem som följer av provokativa åtgärder genom en kortare sammanställning av doktrin och lagförslag.

5.1 Doktrin

I ett försök att spegla svenska juristers uppfattning refererar jag till Asp och Axberger, vars publikationer äger stor auktoritet på området. Det ska dock påpekas att deras material publicerades för över ett decennium sedan och att synpunkterna kan ha skiftat, inte minst med tanke på prejudikatet år 2007.

5.1.1 Asp

Asp problematiserar provokationers effekt på presumerade faredelikt. Han menar att sådana kriminaliseringar kan ha ett berättigat uppfostrande syfte, men att syftet förverkas när det de facto är staten som har kontroll över faran.⁸² Asp menar därtill att det som i Teixeira de Castro-fallet benämns rättvis rättegång är rättvisa i form av tanken om *fair play*. Om staten själv använder bedrägeriliknande metoder så tappar staten trovärdighet i sitt anspråk att klandra någon för dess felaktiga beteende.⁸³

Asp är även kritisk till att en förskjutning sker från tillbakablickande till preventivt arbete. Istället för att se till gärningar hamnar fokus på gärningspersoner. Då polisen vid provokationer är den brottsutlösande faktorn finns även en risk att polisen använder metoderna mot ett urval personer på diskriminerande grunder.⁸⁴

⁸² Asp, Straffansvar, s. 312.

⁸³ Asp, Straffansvar, s. 313 f.

⁸⁴ Asp, Straffansvar, s. 314 f.

Asp menar att en bedömning med utgångspunkt i huruvida den provocerade varit *predisposed* är problematisk då den delar medborgarna i brottslingar och inte brottslingar, varav provokationer endast är tillåtna gentemot den första gruppen. Asp menar att en kontinuerlig brottslighet ska till för att tanken ska kunna tolereras. Asp anser dock att den framprovocerade gärningen inte får bestraffas.⁸⁵ Rena bevisprovokationer ser han inga hinder för.⁸⁶

5.1.2 Axberger

Axberger argumenterar för att tillåtligheten av en provokation ska bedömas utifrån den provocerades person, för att avgöra om brott ändå hade begåtts. Han menar att alternativet, att utgå ifrån polisens handlande, hade lett till samma resultat. Ju mer långtgående handlingar som krävs från polisens sida desto svårare blir det att visa att brottet ändå skulle begås. Ett mer passivt handlande från polisens sida tyder på att brott ändå skulle begås. Axberger menar att i vilket fall som helst så blir det brottsbenägenheten som spelar roll.⁸⁷

Axberger efterlyser en distinktion mellan de fall där provokatören interagerar med den provocerade och de fall där polisen använder sig av lockbeten. Lockbetessituationer är inte riktade mot någon speciell, och Axberger menar att de i stort borde vara tillåtna. Snävare bedömning menar han bör göras för riktade provokationer, då situationen liknar en anstiftan.⁸⁸

Axberger påpekar med anledning av NJA 1985 s. 544 att provokationer har en motsägelsefull natur. Polisen visste att männen planerade brott, och fick dem att gå över gränsen, så att staten kunde straffa dem. En brottslighet skapas därmed av staten i syfte att kunna rehabiliteras av staten. Axberger anmärker att polisen

⁸⁵ Asp, Straffansvar, s. 325.

⁸⁶ Asp, Straffansvar, s. 330.

⁸⁷ Axberger, Hans-Gunnar. ”Brottsprovokation – en uppdatering”. I: *Flores juris et legum: festskrift till Nils Jareborg* (red. Asp, Peter, Herlitz, Carl Erik & Holmqvist, Lena) (Uppsala: Iustus, 2002) [I fortsättningen: Axberger, Festskrift] s. 69.

⁸⁸ Axberger, Festskrift, s. 72.

kunnat ingripa utan provokationen då förberedelse till grov stöld är straffbart. Brottet hade kunnat förebyggas.⁸⁹

5.2 Lagförslag

Behov av reglering avseende provokativa åtgärder har framförts av politiker. Förslagen har ännu inte nått framgång. Nedan följer en kort genomgång av de statliga utredningar som uppkommit hittills under 2000-talet.

5.2.1 2003 års utredning

Delbetänkandet *Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen* var bland annat inriktad på att förhindra den godtyckliga användning av provokativa åtgärder som förekom i brist på reglering.⁹⁰ De föreslog att en ny paragraf skulle införas i RB.

”Vid förundersökning angående brott på vilket fängelse kan följa får, för att utreda 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 ska föras[...].”⁹¹

De principer som beskrivits under 3.2 återspeglas i texten. Det ansågs lämpligt att lagstifta om detta i form av ett straffprocessuellt tvångsmedel, för att understryka att provokationer är en del i utredningsarbetet, och inte är till för brottsförebyggande arbete.⁹²

⁸⁹ Axberger, *Brottsprovokation*, s. 69 f.

⁹⁰ SOU 2003:74, s. 13.

⁹¹ SOU 2003:74, s. 292.

⁹² SOU 2003:74, s. 139.

Utredningen betonade värdet i att kunna använda provokativa åtgärder för att bekämpa brott som exempelvis narkotikabrott.⁹³ De nämnde att effektivitet får vägas mot integritetskränkningen, men de såg inget hinder för att använda metoden av den anledningen.⁹⁴ Utredningen ledde inte till någon lagändring.

5.2.2 2010 års utredning

I slutbetänkandet *Särskilda spaningsmetoder* ville utredarna införa en helt ny lag⁹⁵, där ett kapitel skulle reglera provokativa åtgärder under förundersökning.⁹⁶ Förslaget löd att provokationer där ett nytt brott uppstod skulle vara tillåtet, även om det inte hade uppkommit utan provokationen, under förutsättning att brottet inte lagfördes.⁹⁷ Provokationen skulle då ske i syfte att erhålla bevisning om tidigare brott. Det framhölls att integritetsproblematiken var skäl för att dels använda provokationer restriktivt, dels införa lagstiftning.⁹⁸

Den tilltänkta straffrihetsregeln skulle gälla även om det kunde antas att den provocerade skulle begå liknande brottslighet. Motiveringen var att det förelåg en brist i de materiella straffbarhetsbetingelserna. De lyfte fram att prövningen om huruvida ett brott ändå hade begåtts var rättsosäker och riskerade att avvika från likabehandlingsprincipen, då personer med kriminellt förflutet kunde få en nackdel. Istället för en spekulerande hypotetisk prövning föreslogs en tydlig straffrihetsregel för framprovocerade brott.⁹⁹ Värt att notera är att detta torde innebära att rena bevisprovokationer inte innebär straffrihet då inget nytt brott begås.

Efter ett ljummet mottagande vid remissbehandlingen har arbetet med lagstiftning avseende provokativa åtgärder stannat av.

⁹³ SOU 2003:74, s. 114 f.

⁹⁴ SOU 2003:74, s. 137.

⁹⁵ Lagen föreslogs heta Lag om särskilda inhämtningsåtgärder i de brottsbekämpande myndigheternas verksamhet; se SOU 2010:103, s. 27.

⁹⁶ SOU 2010:103, s. 20 ff.

⁹⁷ SOU 2010:103, s. 148.

⁹⁸ SOU 2010:103, s. 152 f.

⁹⁹ SOU 2010:103, s. 169 ff.

5.3 Sammanfattning

Asp och Axberger framför kritik om bristande rättssäkerhet och straffrättslig konsekvens vid provokationer. De har dock skilda åsikter gällande lämpligheten i att se till gärningspersonens benägenhet för att avgöra dess tillåtlighet.

Förslaget från 2003 vill lagstadga de principer från 3.2 som ska tillämpas vid provokationer. 2010 års förslag vill ändra på rättsläget, så att brott får provoceras fram oavsett benägenhet så länge den provocerade inte åtalas för just det brottet. Tidigare brottslighet vars bevis synliggörs genom provokationen går att åtala.

6 Analys

Jag har nu försökt belysa de problem som finns med brottsprovokation, och har beskrivit gällande rätt i Sverige respektive enligt EKMR för att kunna se hur de överensstämmer. Utifrån beskrivningarna framträder för- och nackdelar med en legalisering av provokationer.

Artikel 6.1 EKMR ger individen rätt till en rättvis rättegång. I vissa fall kan användandet av provokativa åtgärder innebära en kränkning mot rättigheten. En provokation anses enligt Europadomstolen vara konventionsstridig om den får någon att begå ett brott som den annars inte hade begått och provokationsanvändandet varit ogrundat. Provokationens tillåtlighet ska behandlas i den nationella domstolen, och på lämpligt sätt kompenseras om den varit olovlig. Det är tillåtet att använda provokationer på ett passivt vis.

Sverige använder sig av ett antal styrande principer, däribland att ingen får provoceras att begå ett brott som hen inte hade begått utan provokationen. En provokation som undergrävt den provocerades rätt till en rättvis rättegång innebär att åtalet ska ogillas, alternativt ska provokationen innebära påföljdseftergift eller straff lindring vid mindre allvarliga fall. Om provokationen uppdagas först i efterhand kan grund för resning i vissa fall föreligga.

Sverige har antagit ståndpunkten att en otillbörlig provokation ska ses som en bristande straffbarhetsbetingelse. I och med att EKMR sätter stopp för lagföring av en otillbörligt framprovocerad gärning är detta en konventionsenlig väg att gå. Det är dock inte den enda tänkbara vägen. Då artikel 6 EKMR aktualiseras först när anklagelse skett hade en annan möjlighet varit att oavsett brottsbenägenhet låta framprovocerade brott vara straffria enligt modellen i SOU 2010:103. En fri användning av provokationer hade då varit möjlig eftersom ingen anklagelse sker. Provokationer framhålls ofta som en effektiv och nödvändig åtgärd för att bekämpa den organiserade brottsligheten. En lösning med bevisförbud förefaller tilltalande simpel, men måste ses som oförenligt med svensk rätt.

I Europadomstolens senare avgöranden läggs stor vikt vid hur den inhemska domstolen hanterat provokationsinvändningar. I förlängningen kan detta ses som ett krav på en inhemsk reglering som är mer stabil än vad prejudikat erbjuder, speciellt med tanke på Sveriges övergripande tillhörighet av *civil law*. Inom svensk rätt har provokationer ibland använts godtyckligt och dessutom med bristande dokumentation, vilket kan tala för en lagreglering av rättssäkerhetsskäl. Mot en lagreglering av åtgärderna talar behovet av flexibilitet. Då provokationer kan användas i bekämpandet av allt från vapenhandel till människohandel till utpressning, är förutsättningarna helt olika från fall till fall. En regel behöver vara rättssäker, effektiv och främja syftet. De kyligt emottagna lagförslagen tyder på att en sådan regel är svår att skapa. Ett tydligt ställningstagande finns trots allt redan i svensk rätt, och frågan är om en regel hade gjort nytta som så mycket mer än att vara just ett ställningstagande.

Sveriges och Europadomstolens bedömning är att lagföring inte får ske för brott som utan provokationen inte ägt rum. Detta förefaller troligen för de flesta moraliskt riktigt. Men hur ska rättsväsendet med säkerhet veta vilka som hade begått brott ändå? Här kan bara mer eller mindre välmotiverade gissningar göras. I Europadomstolen talas det om den provocerades *predisposition*, i Sverige om brottsbenägenhet. Ofta behandlas den provocerades brottsregister, vilket Asp varnar för. En risk föreligger för att en person som blivit straffad för brott blir straffad även efter att straffet avtjänats, då hen löper en större risk att lockas till brott av staten än en ostraffad person. Denna diskriminerings effekt går inte att förbise. Det talas också i svensk rätt om att konstaterad brottslig vilja ska föreligga som alternativ. Hur denna ska fastställas är det svårare att hitta svar på.

Polisens bedömningar tyngs av ett stort ansvar. Det är ett faktum att Polismyndighetens resurser inte är ändlösa. Prioriteringar måste göras avseende brottstyper och gärningspersoner. I realiteten innebär provokationer som resulterar i nya brott att polisen tillskansar sig makt att välja vem som ska drabbas. Ett systematiskt användande av provokationer mot en viss folkgrupp hade kunnat leda till en snedvridning i statistiken. Snedvridningen kan innebära obehagliga konsekvenser om samhället inte kritiskt granskar statistiken. Det är

fullt möjligt att tänka sig ett scenario där exempelvis ett rasistiskt politiskt parti använder sitt inflytande för att få Polisen att provocera fram brott hos en folkgrupp som de vill vända opinionen mot.

Ett problem av mindre dystopisk art är de terminologiskillnader som finns. Bevisprovokation och brottsprovokation är olämpliga att använda för att beskriva en provokations tillåtlighet, och i 2010 års lagförslag har termerna övergetts till förmån för begreppet provokativa åtgärder. Då Europadomstolen inte gör terminologiskillnader minskar ett enhetsbegrepp risken för juridiska missförstånd.

Motsättningarna mellan provokationernas samhällsnytta och framkallandet av onödig brottslighet kvarstår. Utan tydliga ställningstaganden från staten blir det upp till de enskilda anställda inom rättsväsendet att avgöra hur den komplexa problematiken ska lösas från fall till fall. Det kan ifrågasättas hur rättssäkert Europadomstolen skulle anse att det är. Vidgar vi perspektivet ytterligare kan vi konstatera att EU med största säkerhet skulle ha åsikter om användandet av provokationer, om EUs behörighet i framtiden skulle innefatta området för straff- och straffprocessrätt.

Det är föga troligt att sista ordet är sagt om ämnet. Tills den dag infinner sig då lagstiftningen ger klara besked, torde det vara nyttigt för alla inom rättsväsendet att fråga sig själva var gränsen går mellan att förhindra och att skapa brott.

7 Käll- och litteraturförteckning

Källor

Statens offentliga utredningar

SOU 1982:63 *Polislag*. Betänkande av 1981 års polisberedning. Stockholm:

Justitiedepartementet

SOU 2003:74 *Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen*. Delbetänkande av beredningen för rättsväsendets utveckling. Stockholm: Justitiedepartementet

SOU 2010:103 *Särskilda spaningsmetoder*. Slutbetänkande av polismetodutredningen. Stockholm: Justitiedepartementet

Propositioner

Proposition 1983/84:111. *Förslag till polislag*. Stockholm: Justitiedepartementet

Justitieombudsmännens ämbetsberättelse

JO 2000/01

JO 1997/98

Sveriges internationella överenskommelser

SÖ 1952:35 Konventionen för skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Rom 1950-11-04

Litteratur

Artiklar

Asp, Petter. ”Om brottsprovokation och dess betydelse för den provocerades ansvar”. I: SvJT 2008

Monografier

Asp, Petter. *Straffansvar vid brottsprovokation* (Stockholm: Norstedts juridik, 2001)

Axberger, Hans-Gunnar. *Brottsprovokation* (Stockholm: Juristförlaget, 1989)

Axberger, Hans-Gunnar. ”Brottsprovokation – en uppdatering”. I: *Flores juris et legum: festskrift till Nils Jareborg* (red. Asp, Peter, Herlitz, Carl Erik & Holmqvist, Lena) (Uppsala: Iustus, 2002)

Grabenwarter, Christoph. *European Convention on Human Rights: commentary* (München: Beck, 2014)

Elektroniska källor

Åklagarmyndigheten, brottmålsavdelningen. RättsPM 2007:4 Provokativa åtgärder. 2008. <http://www.aklagare.se/PageFiles/3811/2007-04%20Provokativa%20åtgärder.pdf> hämtad 2014-04-07

Berggren, Nils-Olof m.fl., Brottsbalken: En kommentar (1 juli 2013, Zeteo) <http://www.nj.se/zeteo> hämtad 2014-04-09

8 Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 2007 s. 1037

NJA 2011 s. 475 (I) och (II)

NJA 1989 s. 498

NJA 1985 s. 544

Europadomstolen

Teixeira de Castro v. Portugal, no. 44/1997/828/1034, dom 9 juni 1998.

Vanyan v. Russia, no. 53203/99, dom 12 februari 2004.

Bannikova v. Russia, no. 18757/06, dom 4 november 2010.