



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Weise

Bevisprovokation i ett europarättsligt
perspektiv
- Tillåtlighet och rättsverkningar

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Niklas Arvidsson

Termin: VT14

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte	5
1.3 Frågeställningar	5
1.4 Avgränsning	5
1.5 Metod och teori	6
1.6 Material	7
1.7 Forskningsläge	7
1.8 Uppsatsens disposition	8
2 DEFINITION AV PROVOKATIVA ÅTGÄRDER	9
3 GRÄNSDRAGNINGEN - FÖRBJUDEN ELLER TILLÅTEN BEVISPROVOKATION	11
3.1 Inledning – allmänna utgångspunkter	11
3.2 Polislagen (SFS 1984:387)	12
3.3 Bevisprovokation eller brottsprovokation	13
3.4 Europakonventionen art. 6	14
3.5 Europakonventionen art. 3	18
4 RÄTTVERKNINGAR AV OTILLÅTEN BEVISPROVOKATION	20
4.1 Inledning – allmänna utgångspunkter	20
4.2 Bevisvärdering och bevisföring	21
4.3 Vad säger EKMR?	22
4.3.1 Bevisning åtkommen i strid med art. 6	22
4.3.2 Bevisning åtkommen i strid med art. 3	23

5 ANALYS	26
5.1 Var går gränsen för vad som inte längre är en tillåten bevisprovokation?	26
5.2 Bevisrättsliga konsekvenser av en otillåten bevisprovokation	28
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	30
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	32

Summary

There are no rules in the Swedish legal system regarding which actions are allowed during a provocation of evidence. The term "provocation" has neither been given a firm legal significance.

In case law from the Swedish Supreme Court and in the preliminary work it is considered that provocation of proof as a criminal investigation method is allowed. However, depending on how it is actually implemented, it can produce effects such as subsequent evidence may have low value, or that the offender gets reduction of his sentence. The purpose of this study is to examine any restrictions on the use of provocation as an investigation method and the legal consequences when an improper provocation of evidence has been taken.

In Swedish legal system there are certain guidelines and general principles put forward to govern the use of provocation of evidence. Among these are primarily the general rules of police activity where provocative actions shall be implemented in accordance with the principles of proportionality and the principle of need and that a balance must be found between the interests of criminal prosecution and the individual interest of rule of law.

Swedish courts have answered the question regarding the admissibility of evidence, which has been acquired by unlawful means, affirmative. The reason for that is the free production of evidence. Evidence generated through an improper evidence provocation or otherwise through unclear circumstances, has instead been given a lower value or has the Court allowed this to affect mitigating on the defendant's punishment.

In European case law the European Court of Human Rights has answered the question with reference to whether the proceedings as a whole were fair. How the evidence itself was obtained is not up to the European Court to determine the legality of. However, the trial as a whole is considered unfair if the national courts allow evidence obtained in breach of the right to fair trial (Article 6 ECHR) or in violation of the prohibition against torture or other inhuman or degrading treatment or punishment (Article 3 ECHR).

Sammanfattning

I svensk rätt finns ingen reglering kring vilka handlingar som är tillåtna under en bevisprovokation. Begreppet ”provokation” har inte heller fått en fast juridisk innebörd. I praxis och i förarbeten anses bevisprovokation vara tillåtet som en brottsutredande metod men beroende på hur den de facto genomförs kan det medföra rättsverkningar så som att efterföljande bevisning får lägre värde eller att den dömda får strafflindring.

Uppsatsens syfte är att undersöka vilka begränsningar som finns för användandet av bevisprovokation och vilka rättsverkningar som uppstår genom att en otillbörlig bevisprovokation vidtagits.

I svensk rätt har främst polisens allmänna principer kring sin verksamhet lyfts fram som vägledande när provokativa åtgärder genomförs. I dessa föreskrivs proportionalitets- och behovsprincipen samt att en avvägning måste göras mellan intresset att lagföra brott och den enskildes intresse av rättsäkerhet.

Svaret på frågan om otillåten anskaffad bevisning får upptas under rättegången har besvarats jakande med hänvisning till den fria bevisföringen. Bevisning som tillkommit genom en otillbörlig bevisprovokation har istället givits ett lägre bevisvärde alternativt har domstolen låtit detta inverka förmildrande på den tilltalades straff.

I Europarättslig praxis har frågan istället besvarats med hänvisning till om rättegångsförfarandet i sin helhet varit rättvist för den tilltalade. Hur bevisningen i sig anskaffats är inte upp till Europadomstolen att avgöra lagligheten av. Däremot kan rättegången som helhet anses orättvis om den nationella domstolen tillåter bevisning som anskaffats i strid med rätten att inte vara verksam till egen nackdel (art. 6 EKMR) och denna bevisning utgör den avgörande bevisningen för den tilltalades skuld. Bevisning som anskaffats på ett sätt som strider mot förbudet mot tortyr och annan omänsklig eller förnedrande behandling (art. 3 EKMR) torde enligt europadomstolen inte överhuvudtaget kunna åberopas, något som NJA 2011 s. 638 också öppnar upp en dörr för.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
PL	Polislagen
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
EKMR	Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna
HD	Högsta domstolen
RH	Rättsfall från Hovrätten
Prop.	Proposition
JO	Justitieombudsmannen
Art.	Artikel
Uppl.	Upplaga
Kurs.	Kursivering

1 Inledning

1.1 Bakgrund

De brottsutredande myndigheterna har idag möjlighet att använda sig av bevisprovokation för att få fram information om brottslighet som varit svår att leda i bevis. Idag finns ingen författningsreglering angående vilka handlingar som är tillåtna under en sådan provokation.¹ Det finns emellertid en allmän utgångspunkt i svensk rätt om att bevisprovokation som brottsutredande metod är tillåten medan brottsprovokation klassificeras som otillåten.² I uppsatsen kommer det att redogöras för undantagen när bevisprovokation inte är tillåtet och vilka rättsverkningarna är ur bevishänseende. HD påpekade i NJA 2011 s. 638 att domstolens primära uppgift inte var att bedöma huruvida provokationen i sig varit laglig. Istället skulle domstolarna ta ställning om åtgärden påverkar bedömningen av målet på något sätt.³

Europadomstolen har i sin praxis framhållit att bevisning som tillkommit genom otillbörliga provokationer kan påverka rättegången som helhet.⁴ Vid denna bedömning hänvisar domstolen till art. 6 om rätt till rättvis rättegång och art. 3 om förbudet mot tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. En bevisprovokation som medför kränkning av art. 3 har aktualiserat frågan om ett möjligt förbud mot upptagandet av sådan bevisning i nationell domstol.

Ur svenskt hänseende skulle ett sådant förbud kunna strida mot den nationella principen om fri bevisföring som innebär att all bevisning, oavsett dess tillkomst, får tas upp under en rättegång.⁵

¹ SOU 2010:103 s. 123.

² SOU 2003:74 s. 15 och Fitger lagkommentar till 23 kap 4§ RB.

³ NJA 2011 s. 638 p 15 och NJA 2007 s. 1037.

⁴ P.G. och J.H. mot Storbritannien p 76.

⁵ 35 kap 1§ RB.

1.2 Syfte

Uppsatsens syfte är att undersöka tillåtligheten och rättsverkningarna av bevisprovokation ur ett europarättsligt perspektiv. Bevisprovokation är som huvudregel tillåten. Rättsverkningarna av sådan bevisprovokation blir inte annorlunda än för annan form av bevisanskaffning både med hänsyn till bevisningens värde och möjligheten att åberopa den under rättegång. Vissa former av bevisprovokation har emellertid ansetts vara otillåtna. Rättsverkningarna av sådana former av provokation, framförallt gällande de bevisrättsliga spörsmålen, är därför föremål för undersökning i denna uppsats

1.3 Frågeställningar

- Vad innebär det att en bevisprovokation genomförts på ett otillbörligt sätt och vilka bevisrättsliga rättsverkningar följer av en sådan provokation?
- Hur bedömer domstolarna bevisning som anskaffats i strid med art. 3 respektive art. 6 EKMR?
- Råder det ett förbud mot att åberopa bevisning som anskaffats i strid med art. 3 EKMR?

1.4 Avgränsning

Av arbetsekonomiska skäl begränsar jag mig till bevisprovokation som används i brottmålsprocessen.

Brottsprovokation som utredningsmetod kommer inte att behandlas djupare utan enbart att beröras för att belysa skillnaderna mellan de två formerna och i de sammanhang där de två provokationsformerna vidtas samtidigt. Det rättssäkerhetsperspektiv som uppsatsen tar sig uttryck i behandlas mot bakgrund av hur rättsäkerhetsbegreppet tar sig uttryck i Europakonventionens art. 6. Rättspraxis kring art 6 är omfattande. För att

på tydligast sätt besvara mina frågeställningar kommer jag begränsa mig till att behandla praxis där art. 6 kränkts genom att rätten att vara tyst och rätten att inte vara verksam till sin egen nackdel satts ur spel på grund av en bevisprovokation.

Arbetet kommer inte att fokusera på bevisprovokativa åtgärder under ett specifikt skede i brottmålsprocessen. Istället behandlas bevisprovokationens tillåtlighet och rättsverkningar ur ett övergripande perspektiv det vill säga oberoende av när den vidtagits. Av detta skäl kommer ingen särskild uppdelning av exempelvis primärutredningen respektive förundersökningen att göras.

I praxis har strafflindring aktualiseras på grund av att bevisprovokationen var otillåten. Eftersom föremålet för undersökningen är bevisrätten kommer strafflindring enbart behandlas som ett exempel på rättsverkning.

Slutligen är utgångspunkten den tilltalades rättssäkerhet vilket medför att frågan kring provokatörens ansvar inte kommer att behandlas i uppsatsen.

1.5 Metod och teori

För att besvara min forskningsfråga har jag använt mig av den traditionella rättsdogmatiska metoden. Metoden innebär en genomgång av lagtext, förarbeten, praxis och doktrin.

I brist på uttrycklig reglering angående bevisprovokation har propositioner och praxis använts. Därutöver har statliga utredningar och doktrin fått betydelse för att utreda rättsläget.

Praxis kring bevisprovokation per se är relativt mager varför

NJA 2011 s. 638, där ämnet djupgående behandlats, använts som material.

Som en följd av att EKMR gäller som svensk lag kommer jag i uppsatsen att tillämpa denna som rättskälla i samma utsträckning som övriga rättskällor.

Av de regler som framkommer i EKMR har främst art. 6 och art. 3 legat tillgrund som material för uppsatsen. Dessa artiklar diskuteras med hjälp av praxis kring artiklarna. Utöver lagtext och praxis har europarättslig doktrin använts.

Slutligen bör nämnas att uppsatsen tar sig uttryck i ett

rättssäkerhetsperspektiv från den tilltalades sida där bevisprovokationens

tillåtlighet och rättsverkan läses mot bakgrund av de rättssäkerhetsgarantier för den tilltalade som art. 6 EKMR ställer upp.

1.6 Material

Som material har jag använt mig av lagtext, källor, litteratur och praxis. När det kommer till europarätten har jag främst använt mig av den EKMR och tillhörande praxis. Även doktrin har varit betydelsefull för att förstå europarätten. För detta har jag främst använt mig av Hans Danelius bok om mänskliga rättigheter i europeisk praxis och boken *European human rights law* av Mark W. Janis m.fl.

För svensk del har framförallt rättsfallet NJA 2011 s. 638 använts för att besvara frågeställningarna. Bland lagar och förarbeten har jag använt mig av polislagen och förarbetena till samma lag. Därutöver har lagkommentarer till rättegångsbalken och polislagen använts. Som litteratur har böcker av Per Olof Ekelöf, Petter Asp, Bengt Lindell samt Ulf Lundqvists använts. Alla dessa författare är välkända inom straffrättsområdet och har djupgående behandlat den svenska bevisrätten, men från olika synvinklar. Utöver detta har materialet utgjorts av statliga utredningar (SOU) och JOs uttalanden och beslut.

1.7 Forskningsläge

Provokation som utredningsmetod har tidigare uppmärksammats i praxis, såväl svensk som Europarättslig sådan. Redan i polislagsberedningen från 1982 var användandet av provokativa åtgärder uppe till diskussion (se till exempel SOU 1982:63). Det kan emellertid lyftas fram att tillåtligheten av bevisprovokation sällan behandlats separat utan har istället lyfts fram i samband med brottsprovokation. Tillåtligheten av att använda bevisning som framkommit genom en otillbörlig bevisprovokation har däremot behandlats i lite större utsträckning i rättsfallet NJA 2011 s. 638 och Ulf Lundqvist undersökte frågan boken ”Bevisförbud i rättspraxis”.

1.8 Uppsatsens disposition

Inledningsvis ges en förklaring av begreppet provokativa åtgärder.

I nästa avsnitt behandlas var gränsen går mellan det förbjudna och det tillåtna. I detta avsnitt kommer den svenska regleringen och EKMRs regler kring vad som gör en bevisprovokation otillbörlig att behandlas.

Efterföljande avsnitt handlar om vilka rättsverkningar som följer av att en bevisprovokation varit otillbörlig. Här diskuteras vad som sagts i svensk rätt, framförallt i praxis. Sedan kommer praxis angående art. 6 och art. 3 lyftas fram för att utreda vilka rättsverkningarna blir av att dessa artiklar tillämpas. Slutligen görs en analys av rättsläget kring tillåtligheten och rättsverkningarna av att en bevisprovokation varit otillåten.

2 Definition av provokativa åtgärder

Av ordalydelsen är det svårt att slå fast vad som rättsligt sett bör förstås med ordet provokation. Begreppet har inte heller givits någon fast juridisk innebörd.⁶

Provokativa åtgärder har i förarbetena definierats som en handling där ”polisen lockar eller utmanar en person till en handling eller ett uttalande som kan vara besvärande eller på annat sätt ha en negativ innebörd för honom eller någon i hans närhet”.⁷ Denna definition är till synes den som främst återkommer i fall där provokativa åtgärder aktualiseras.⁸ Av ordalydelsen skulle provokation kunna tolkas på så sätt att det åtminstone krävs någon form av aktiv handling från polisens sida för att vi ska kunna tala om en provokativ åtgärd. Utöver detta är definitionen inte helt klargörande för vad som skall förstås med en provokativ åtgärd.

När det i svensk rätt talas om en provokativ åtgärd talar man ofta i termer av bevis- och brottsprovokation. Vad som skiljer dem åt har i praxis diskuterats främst med hänsyn till syftet med åtgärden. Enligt Ulf Lundqvist kan en provokativ åtgärd antingen syfta till att frambringa bevisning om ett redan begånget brott (bevisprovokation) eller så syftar åtgärden till att främja ett brotts fullbordande (brottsprovokation).⁹ Problemet som emellertid kan uppstå är att en och samma åtgärd kan innefatta både en bevisprovokation och en brottsprovokation. Petter Asp lyfter därför fram att utöver syftet skall åtgärden också relateras till en specifik brottslig gärning. Om provokationen medför att någon begår en brottslig gärning så handlar det om en brottsprovokation i relation till just detta brott. Om det genom denna åtgärd framkommer bevisning om ett annat brott så kan det sägas att det är fråga om bevisprovokation i relation till det andra brottet.¹⁰

⁶ SOU 2010:103 s. 124.

⁷ Prop. 1983/84:111 s. 45.

⁸ Exempel NJA 2011 s. 638 och SOU 2010:103 s. 124.

⁹ Lundqvist, Ulf: *Bevisförbud i rättspraxis*, Knivsta 2013, s. 20-21.

¹⁰ Asp, Petter: *Straffansvar vid brottsprovokation*, Stockholm 2001, s. 206.

En ren brottsprovokation där polisen förmår någon att begå en brottslig gärning som denne inte annars hade begått har både i doktrin, praxis och i förarbeten ansetts vara otillåtet.¹¹

Bevisprovokation kan i praktiken ta sig uttryck på flera olika sätt. Som exempel på bevisprovokation kan vara att polisen provocerar fram bevisning genom att, med dold identitet, vilseleda och utöva påtryckningar mot den misstänkte för att få honom eller henne att avslöja omständigheter angående brottet.¹²

¹¹ Jämför prop 1983/84 s. 47, NJA 2007 s. 1037 och Asp, a.a. s. 208.

¹² Lavén, Håkan: *Hur domstolar dömer i brottmål*, Stockholm 2013, s. 82.

3 Gränsdragningen - förbjuden eller tillåten bevisprovokation

3.1 Inledning – allmänna utgångspunkter

Bevisprovokation i sig är i svensk rätt en tillåten arbetsmetod för polisens utredande verksamhet.¹³

Hur en bevisprovokation ska genomföras och vilka handlingar som är tillåtna under en sådan provokation har emellertid inte fått någon reglering i lag. År 2007 tillsattes en polismetodutredning vars uppdrag var att se över vissa straffprocessuella och polisrättsliga frågor som aktualiseras när de brottsbekämpande myndigheterna genomför sin utredningsverksamhet. Slutbetänkandet kom år 2010 men inte heller här framställdes ett förslag på reglering angående vilka handlingar som är tillåtna vid en bevisprovokation.¹⁴ Det rättsliga stödet för bevisprovokation har istället hämtats i de allmänna bestämmelserna om polisens arbetsuppgifter vilka återfinns i polislagen (SFS 1984:387) och förarbetena till samma lag.¹⁵

Utöver polislagens bestämmelser har tillåtligheten av bevisprovokation prövats av HD och av hovrätter i ljuset av europakonventionens art.6 om rätt till en rättvis rättegång och art. 3 om förbudet mot tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling.¹⁶

Konventionen trädde ikraft som svensk lag den första januari 1995 och förankrades också i svensk grundlag genom 2kap. 19§ RF som föreskriver att lag eller annan föreskrift inte får strida mot de åtaganden som följer av EKMR.¹⁷

2011 upptogs vidare en bestämmelse om rätt till rättvis rättegång i den svenska regeringsformens 2 kap 11§ andra stycket. I förarbetena till

¹³ NJA 2011 s. 638 och SOU 2010:103 s. 130.

¹⁴ NJA 2011 s. 638 p 12. Angående slutbetänkandet se SOU 2010:103.

¹⁵ Prop. 1983/84 s. 47 f.f.

¹⁶ Exempelvis NJA 2011 s. 638 och RH 2010:62.

¹⁷ 2 kap. 19 § RF och Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

ändringen av regeringsformen anfördes att den nya bestämmelsen siktar in sig på art. 6 i EKMR om rätt till en rättvis rättegång. Europadomstolens praxis kring art. 6 har, enligt förarbetena, ansetts vara vägledande för tolkningen och tillämpningen av den nya grundlagsbestämmelsen.¹⁸

3.2 Polislagen (SFS 1984:387)

I förarbetena till polislagen framkommer vilka principer som skall vara vägledande för vad som anses vara en tillåten provokation. Till dessa principer hör att polisen inte får begå en brottslig gärning eller förmå någon annan att begå en sådan gärning. Utöver dessa principer har det i förarbetena ansetts nödvändigt att åtgärden också är försvarlig med hänsyn till syftet och övriga omständigheter.¹⁹ I lagkommentarerna till PL 8§ framhävs emellertid att de förstnämnda principerna utgör två sidor av samma mynt då anstiftan till brott och medverkan till brott båda utgör en lagstridig handling.²⁰

De allmänna principerna kommer till uttryck i PL 8§.²¹ I paragrafen etableras principerna om proportionalitet och behov.²²

Proportionalitetsprincipen innebär att åtgärden ska stå i rimlig proportion till ändamålet och behovsprincipen att polisen bör välja det alternativ som skulle medföra minsta möjliga intrång i den enskildes intresse samt är nödvändig för att undvika förestående fara.²³ I paragrafens andra stycke föreskrivs vidare att ingripande som medför en kränkning av de fri- och rättigheter som regeringsformen skyddar inte får grundas enbart på proportionalitets- och behovsprincipen utan kräver stöd i lag.²⁴

Bestämmelsen i andra stycket är ett uttryck för legalitetsprincipens krav på att en myndighet som vidtar en integritetskränkande åtgärd skall ha stöd i lag för detta.²⁵

¹⁸ Prop. 2009/10:80 s. 159.

¹⁹ Prop. 1983/84:111 s. 47.

²⁰ Munk mfl., Zeteo, kommentar till PL 8§.

²¹ Prop. 1983/84:111 s. 48.

²² Munk mfl., Zeteo, kommentar till PL 8§.

²³ Prop 1983/84:111 s. 73 och Lundqvist, a.a. s. 184.

²⁴ 8§ 2st PL och Munk mfl., Zeteo, kommentar till 8§ PL.

²⁵ Prop. 1983/84:111 s. 74.

För att åtgärden skall vara tillåten krävs det vidare att det föreligger en konkret brottsmisstanke i grunden när en provokativ åtgärd vidtas.²⁶ Därutöver ska brottets svårighetsgrad beaktas. Provokativa åtgärder har ansetts tillåtna som utredande metod när det handlar om grövre brott. Exempel på sådana brott är bland annat grova narkotikabrott, vapenbrott samt vålds- och sexualbrott.²⁷

3.3 Bevisprovokation eller brottsprovokation

Ur en polisrättslig synvinkel (PL) kan alltså kort sägas att en bevisprovokation är tillåten under förutsättningen att de ovan beskrivna principerna beaktas.²⁸

Frågan som uppstår är emellertid hur man ska behandla bevisprovokation som också innefattar brottsprovokation. Som exempel på en sådan konstruktion kan nämnas att polisen misstänker X för att inneha narkotika och därför provocerar X till att sälja det. Själva försäljningen av narkotika är framprovocerad brottslighet²⁹ medan erhållen bevisning rörande innehavet är att se som framprovocerad bevisning.

Enligt förarbetena till polislagen kan en polis, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, förmå någon att fullborda en redan påbörjad brottslig aktivitet om det resulterar i att bevisning kan säkras genom åtgärden. Förutsättning för detta är att den misstänkte inte hade begått brottet om han eller hon inte provocerats till att begå det.³⁰ Enligt JO skall det vid den avgörande bedömningen huruvida provokationen varit otillåten läggas vikt vid huruvida någon förmåtts att begå en kriminaliserad gärning som denna annars inte hade begått.³¹

Petter Asp menar vidare att en åtgärd som innefattar både bevis- och brottsprovokation bör vara accepterad under förutsättningen att man avstår

²⁶ RättsPM 2007:4 s. 15.

²⁷ Ibid s. 18.

²⁸ se avsnitt 3.2 och Asp, a.a. s. 206.

²⁹ Narkotikastrafflag (1968:64) 1§ 5p.

³⁰ Prop 1983/84:111 s. 47.

³¹ JO 2008/09 s. 140.

från att lagföra det brott som provocerats fram samt att åtgärden företagits i enlighet med de principer som gäller för provokativa åtgärder.³²

Asps syn stämmer överens med HDs uttalande i NJA 2007 s. 1037. I målet gjorde HD en analys av Europarättslig praxis på området och konstaterade att europadomstolen tillåter relativt långtgående provokationer så länge staten inte utsätter den som begått brottet, till följd av en brotts- och bevisprovokation för straffprocessuella sanktioner så som lagföring.³³ I målet ogillades åtalet på grund av brottsprovokationen.

3.4 Europakonventionen art. 6

I artikeln föreskrivs att var och en som anklagas för brott har rätt till en rättvis rättegång.³⁴ I artikelns tredje punkt tillskrivs den tilltalade ytterligare minimirättigheter när det gäller brottmål.³⁵

Begreppet ”anklagad för brott” har givits en autonom betydelse vilket innebär att Europadomstolen inte är bunden av den rättsliga betydelsen som varje enskild stat ger begreppet utan kan själv avgöra om någon blivit anklagad för brott i den mening som art. 6 avser.³⁶ Syftet med att begreppet är autonomt är att stater inte skall kunna kringgå reglerna i EKMR genom att exempelvis hävda att det handlade om en disciplinär åtgärd och inte om anklagelse för brott.³⁷

I rätten till rättvis rättegång ligger bland annat att den tilltalade har tillgång till försvarare, rätt att anses oskyldig tills motsatsen bevisas samt rätt att ifrågasätta material och vittnen som åberopats till den tilltalades nackdel.³⁸ Vidare anses rätten att inte behöva vara verksam till egen nackdel samt

³² Asp, a.a. s. 207.

³³ NJA 2007 s. 1037.

³⁴ Art. 6.1 EKMR.

³⁵ Art. 6.3 EKMR och Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, Stockholm 2012, s. 147.

³⁶ Janis, Mark W, Kaj, S. Richard, Bradley, W. Anthony: *European human rights law*, Oxford 2008. s. 726.

³⁷ Engel mot Nederländerna p 81.

³⁸ Danelius, a.a. s. 187 ff.

rätten att vara tyst ligga i bestämmelsens kärna.³⁹ Principen om att inte vara verksam till egen nackdel innebär i korthet att en misstänkt inte behöver bidra till utredningen eller till bevisningen i målet genom att göra medgivanden eller på annat sätt tillhandahålla material som kan vara till dennes nackdel eller på annat sätt belastande för den tilltalade. Därtill ska den tilltalade ha möjlighet att välja att inte uttala sig alls utan att denna tystnad läggs honom eller henne till last. Utgångspunkten är istället att det är åklagaren som ska bevisa skulden och till detta skall inte den anklagade tvingas medverka.⁴⁰ Syftet med regleringen är att skydda den som anklagas för brott mot att en åklagare försöker bevisa sin sak med bevisning som erhållits genom metoder så som tvång eller förtryck i strid med viljan hos den som anklagas för brottet.⁴¹

Förekomsten av bevisprovokation utgör emellertid i sig inget brott mot art. 6 EKMR. Europadomstolen har istället anfört att en bedömning huruvida bevis anskaffats i strid med nationella rättsregler är upp till de nationella domstolarna att ta ställning till och inte en uppgift för europadomstolen.⁴² För att en sådan provokation skall anses stå i strid med art. 6 krävs att rättvisan i rättegången som helhet blivit undergrävd till följd av provokationen.⁴³

I NJA 2011 s. 638 uttalade HD, med hänvisning till principen att inte vara verksam till egen nackdel, att en genomförd bevisprovokation varit otillbörlig när den utfördes med hjälp av hot och påtryckningar. Polismannen hade i detta fall agerat med dold identitet och utgett sig för att vara del av ett kriminellt gäng från öststaterna. Åtgärderna var ägnade att förmå den misstänkte till att lämna information om ett brott. Han utsattes för hot och av rädsla gav han uppgifter som starkt talade till hans nackdel. HD uttalade att ”En sådan press att lämna negativa uppgifter om sig själv måste anses otillbörlig”.⁴⁴ HD går sedan vidare i sin bedömning och avgör om

³⁹ Allan mot Storbritannien p 44.

⁴⁰ Danelius, a.a. s. 282.

⁴¹ Allan mot Storbritannien p 44 och Saunders mot Storbritannien p 68.

⁴² P.G. och J.H. mot Storbritannien p 76.

⁴³ Resningsärendet NJA 2009 s. 476.

⁴⁴ NJA 2011 s. 638 p 27.

frågan om rättegången i sin helhet varit orättvis med hänsyn till de påtryckningar som den tilltalade utsatts för under bevisprovokationen.⁴⁵ Vid denna bedömning konstaterar HD att;

”Ytterst blir det fråga om att bedöma det rättvisa i rättegången, sedd som en helhet. Om otillbörliga åtgärder har förekommit under bevisprovokationen, ska detta beaktas”.⁴⁶

HD anser inte att förfarandet som helhet varit orättvis eftersom påtryckningarna inte varit så allvarliga samt att annan bevisning funnits till stöd för samma slutsats men, att påtryckningarna på den misstänkte bör föranleda strafflindring.⁴⁷

Vid bedömningen vägde HD således in bestämmelsen om rätten till en rättvis rättegång som föreskrivs i art. 6 EKMR. En bevisprovokation kan, i linje med HDs uttalande i NJA 2011 s. 638, anses vara otillbörlig om den genomförts i strid med de rättigheter som art. 6 garanterar och detta inte kompenseras genom att rättegången som helhet är att anse som rättvis. Här blev emellertid rättsverkningen, av att bevisprovokationen ansågs otillbörlig, strafflindring för den dömd.

HDs val att ge strafflindring har emellertid kritiserats i doktrin. Kritiken har framförallt grundats i att ett, av myndigheten, begånget fel inte ska kunna kompenseras genom strafflindring för den tilltalade.⁴⁸

2011 kom ett kritiskt uttalande från Justitieombudsmannen mot ett av hovrätten fattat beslut.⁴⁹ Fallet handlade i korthet om en bevisprovokation där polisen hade fingerat en anställningsintervju med den misstänkte. Under anställningsintervjun avslöjade den misstänkte uppgifter angående sin delaktighet i en mordbrand. Fram till dess att intervjun ägt rum hade den misstänktes liv under längre tid kartlagts genom bland annat telefonavlyssningar. Vidare hade han successivt bearbetats av polisen som, genom att använda dolda identiteter, utlovat större summor pengar och ifrågasatt den misstänktes inställning till att begå brottsliga handlingar och

⁴⁵ Ibid p 28.

⁴⁶ Ibid p 26.

⁴⁷ Ibid p 28-32.

⁴⁸ Lundqvist a.a. s. 73.

⁴⁹ Mål RH 2010:62 och JO 2012/13.

hans lojalitet mot en chef som vidtagit olagliga metoder.

JOs kritik grundar sig bland annat på den värdegrund som framkommer i 23 kap 12§ RB. I paragrafen stadgas att: ”Under förhör må ej i syfte att framkalla bekännelse eller uttalande i viss riktning användas medvetet oriktiga uppgifter, löften eller förespeglingar om särskilda förmåner, hot, tvång, uttrötning eller andra otillbörliga åtgärder”⁵⁰ JO framför att enligt ordalydelse tillämpas paragrafen vid förhör men att principen även bör beaktas när polisen förmår den enskilde att lämna uppgifter under förhållande som skulle kunna motsvara ”the functional equivalent of interrogation”.⁵¹ Enligt JO hade den misstänkte under lång tid utsatts för en djupgående psykologisk och social påverkan vilket inte kunde anses vara förenligt med den värdegrund som paragrafen ger uttryck för.⁵²

JOs uttalande om ”the functional equivalent of interrogation” är en term hämtad från europadomstolens praxis.⁵³ Europadomstolen uttalade bland annat i målet *Allan mot Storbritannien* att tillvägagångssättet för bevisanskaffning i vissa fall bör ses som ”en funktionell motsvarighet till förhör”.⁵⁴ I fallet hade en informatör, på polisens uppdrag, satts i samma cell som en misstänkt mördare. Syftet med åtgärden var att få fram uppgifter från den misstänkte angående ett mord. I detta fall hade den misstänkte under tidigare förhör utnyttjat sin rätt att inte yttra sig varför polisen valde att använda sig av bevisprovokation för att få fram information angående brottet. Uppgifterna som den misstänkte lämnade tillkom genom oavbruten utfrågning och påtryckning från polisinformatören. Domstolen uttalade att informatören, med hjälp av polisens instruktioner
”...channelled their conversations into discussions of the murder in circumstances which can be regarded as the *functional equivalent of interrogation* (min kurs.), without any of the safeguards which would attach

⁵⁰ 23 kap. 12§ RB.

⁵¹ JO 2012/13 s. 79.

⁵² JO 2012/13 s. 80.

⁵³ JO 2012/13 s. 79.

⁵⁴ *Allan mot Storbritannien* p 52 (min översättning).

to a formal police interview, including the attendance of a solicitor and the issuing of the usual caution”.⁵⁵

3.5 Europakonventionen art. 3

En gällande princip för polisens utredande verksamhet är att polisen inte får begå brott.⁵⁶ Extremfallen vid bevisprovokation är de fall då polisen genom hot, påtryckningar eller andra psykiska eller fysiska ingrepp försöker förmå någon att lämna bevisning eller göra vissa uttalanden. I svensk rätt ska den enskilde vara skyddad från sådana påtryckningar med hänvisning till RF 2 kap. 5§. Paragrafen stadgar ett skydd för den enskilde mot att utsättas för tortyr eller medicinsk påverkan i syfte att framtvinga ett yttrande.⁵⁷ Vid mindre allvarliga påtryckningar kan frågan om en brottslig handling likväl ha företagits med hänsyn till reglerna om olaga tvång eller olaga hot.⁵⁸ Vidare har allt för långtgående påtryckningar aktualiserat frågan huruvida dessa står i strid med art. 3 EKMR.⁵⁹

Art. 3 EKMR stadgar ett absolut förbud mot tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. Att förbudet är absolut innebär i korthet att det inte ens under extraordinära förhållanden, såsom hänsyn till nationell säkerhet, kan inskränkas.⁶⁰ Europadomstolen har uttalat att förbudet mot tortyr är en fundamental rättighet i ett demokratiskt samhälle och får aldrig överträdas oavsett den enskildes beteende eller handlingar.⁶¹

Till begreppen ”omänskligt” eller ”förnedrande” behandling räknas åtgärder som skapar en känsla av rädsla, stark smärta, förnedring som bryter ner en person fysiskt eller mentalt eller som förmår denne att agera i strid med sitt

⁵⁵ Punkt 52 i domen.

⁵⁶ Prop. 1983/84:111 s. 46.

⁵⁷ RF 2 kap. 5§.

⁵⁸ 4 kap. 4§ och 5§ BrB och NJA 1982 s. 143.

⁵⁹ Jämför Jalloh mot Storbritannien där polisen framkallat kränkning för att få fram bevisning om att den misstänkte hade narkotika i kroppen och NJA 2011 s. 638.

⁶⁰ Art. 15 EKMR och Danelius, a.a. s. 72.

⁶¹ Yankov mot Bulgarien p 103.

samvete eller förnuft.⁶² I doktrin framhålls att med begreppet ”omänskligt” synes Europadomstolen syfta till behandlingar som fysiskt sett skadar en person medan begreppet ”förnedrande” syftar till den psykiska skadan hos den enskilde.⁶³ Gemensamt är emellertid att handlingarna måste nå upp till en viss miniminivå av allvarlighet för att de skall falla under förbudet. Denna miniminivå är relativ och beror på omständigheterna i det förevarande fallet så som hur länge behandlingen pågick, de fysiska och psykiska effekterna på den enskilde och i vissa fall den enskildes ålder, kön och hälsotillstånd.⁶⁴

⁶² Jalloh mot Tyskland p 68.

⁶³ Janis, Key, Bradley a.a. s. 181.

⁶⁴ Yankov V. Bulgarien p 106-107.

4 Rättsverkningar av otillåten bevisprovokation

4.1 Inledning – allmänna utgångspunkter

Vilka rättsverkningar som uppstår när polisen vidtar en otillåten bevisprovokation besvarades av HD i NJA 2011 s. 638. HD anför att en otillåten bevisprovokation framförallt påverkar bevisvärderingen och verkar förmildrande på straffet.

Gällande bevisvärderingen uttalade HD att särskild försiktighet bör tas när provokationen är att anse som otillåtlig.⁶⁵ Bevisning som framkommit genom starka påtryckningar mot den misstänkte har typiskt sett lägre bevisvärde än annan åtkommen bevisning.⁶⁶

Enligt Bengt Lindell kan bevisning som anskaffats på ett sätt som utgör en grov kränkning av en i EKMR föreskriven rättighet och denna bevisning utgör den avgörande faktorn för målets utgång, medföra att förfarandet som helhet antas stå i strid med art. 6 eller art. 3 EKMR.⁶⁷

Det har av HD emellertid inte ansetts vara domstolens huvuduppgift att bedöma om provokationen i sig var lagenlig. Istället skall bedömningen grundas i frågan huruvida provokationen påverkar utgången i målet.⁶⁸

I NJA 2003 s. 323 som handlade om så kallad överskottsinformation uttalade HD att allt som har bevisvärde får förebringas enligt huvudregeln om att bevisföringen är fri i svensk processrätt. Domstolen menar emellertid att den ifrågasättande bevisningen kan hindras från att läggas fram i domstol med hänsyn till Europakonventionens regler.⁶⁹

⁶⁵ NJA 2011 s. 638 p 25-26.

⁶⁶ punkt 21 i domen.

⁶⁷ Lindell, Bengt och Eklund, Hans: *Straffprocessen*, Uppsala 2005, s. 363.

⁶⁸ NJA 2011 s. 638 p 11.

⁶⁹ NJA 2003 s. 323.

4.2 Bevisvärdering och bevisföring

I 35 kap. 1§ RB stadgas både den fria bevisvärdering och den fria bevisföringen, även om detta inte direkt framgår av ordalydelsen.⁷⁰ Med begreppet ”fri” bevisföring respektive bevisvärdering menas att all relevant bevisning får läggas fram under rättegången och att domaren vid värderingen inte är bunden av några legala regler för hur han eller hon skall värdera bevisningen.⁷¹ Vidare är denna regel obligatorisk,⁷² vilket innebär att rätten måste ta hänsyn till allt som lagts fram i målet, olaglig som laglig åtkommen bevisning.⁷³

Syftet med bevisvärdering är att domaren skall avgöra om värdet av den bevisningen som åklagaren lagt fram i målet når upp till det beviskrav som ställs upp i praxis eller i lag.⁷⁴ Värderingen skall vara objektiv och inte grundas på en domares subjektiva övertygelse.⁷⁵

Med den fria bevisföringen följer att bevisning som tillkommit på ett olagligt eller oetiskt sätt får åberopas om den antas vara nödvändig för att nå framgång i målet. I RH 2010:62 konstaterar hovrätten att det inte finns några regler som förbjuder olagligt anskaffad bevisning att läggas fram under en rättegång. I NJA 2011 s. 638 anförde HD att parter är fria att åberopa relevant bevisning även om den inte kommit till i laga ordning. Åtkomstsättet har betydelse för bevisvärderingen men inte för frågan huruvida bevisningen ska tillåtas eller inte.⁷⁶ Värdet av sådan bevisning kan emellertid vara begränsad om det råder oklarheter angående under vilka förhållanden som beviset har tillkommit.⁷⁷

⁷⁰ Ekelöf, Per, Edenstram, Henrik, Heuman, Lars: *Rättegång fjärde häftet*, Stockholm 2009, s. 26.

⁷¹ Ekelöf, Edenstram, Heuman a.a. s. 34 och 160. Jämför även ”samvetsgrann prövning”.

⁷² Paragrafen stadgar ”skall”.

⁷³ Ekelöf, Edenstram, Heuman, Lars a.a. s. 37.

⁷⁴ *Ibid* s. 162.

⁷⁵ Fitger mfl., Zeteo, kommentar till 35 kap 1§ RB.

⁷⁶ NJA 2011 s. 638 p 18.

⁷⁷ Lavén a.a. s. 62.

Från principen om den fria bevisföringen finns endast ett fåtal undantag i nationell rätt. Som exempel på sådant förbud kan nämnas 35 kap 14§ som stadgar förbud mot så kallade vittnesattester.⁷⁸

Ett annat exempel på lagstadgade bevisförbud återfinns i 36 kap 5§ RB där det framkommer att det i vissa fall råder frågeförbud.⁷⁹ Ett frågeförbud innebär i korthet att vissa yrkesutövare får vittna men de får inte höras eller utfrågas om vissa omständigheter som skulle omfattas av tystnadsplikten.⁸⁰ Av 35 kap 7§ RB framgår det slutligen att bevisning får avvisas om den visar sig vara obehövlig, om det förhållandet som ska styrkas med beviset är utan betydelse för målet eller om beviset uppenbart skulle bli utan verkan.⁸¹

4.3 Vad säger EKMR?

4.3.1 Bevisning åtkommen i strid med art. 6

I art. 6 stadgas de grundläggande rättssäkerhetsgarantierna för en domstolsprövning. Art. 6 föreskriver emellertid inga regler kring återopandet av bevisning som sådan.

Vid tillämpningen av art. 6 har europadomstolen inledningsvis betonat att domstolens huvuduppgift enligt art. 19 EKMR är att säkerställa att staterna fullgör de förpliktelser som konventionen tillskriver dem.⁸²

För bevisrättsliga frågor har domstolen uttalat att;

”Europadomstolen har således som princip inte till uppgift att avgöra om vissa bevis, t.ex. sådana åtkomna på olaglig väg, är tillåtna (...). Den fråga domstolen har att besvara är i stället om rättegången som helhet, inbegripet *hur* bevisningen erhållits, varit rättvis”.⁸³

Gällande bevisning kan således sägas att Europakonventionen inte innehåller straffprocessrättsliga regler angående tillåtlighet av bevisprovokation och användning av därav åtkommen bevisning.

⁷⁸ Fitger mfl., Zeteo, kommentar till 35 kap 1§ RB och Rättegång IV s. 50.

⁷⁹ Fitger mfl., Zeteo, Kommentar till 35 kap 1§ RB.

⁸⁰ Ekelöf, Edenstram, Heuman a.a. s. 227.

⁸¹ 35 kap. 7§ RB.

⁸² Khan mot Storbritannien p 34 och Schenk mot Schweiz p 45.

⁸³ P.G. och J.H. mot Storbritannien p 76, översättningen hämtad från SOU 2004/05:143 s. 27 min kurs.

Europakonventionen bildar istället ett instrument för skydd av de mänskliga rättigheterna där rättvisan i rättegången som helhet skall bedömas.⁸⁴

Gällande bevisvärderingen har Europadomstolen uttalat att också det är upp till de nationella domstolarna att ta ställning till.⁸⁵

När Europadomstolen har avgjort mål där den tilltalade anför att bevisningen anskaffats i strid med hennes eller hans rätt till rättvis rättegång enligt art. 6 EKMR har domstolen, vid en helhetsbedömning, beaktat om parterna har getts tillfälle att ifrågasätta autenticiteten och tillförlitligheten av den bevisning som framlagts.⁸⁶ Vidare har domstolen beaktat om den frambringade bevisningen varit den enda bevisningen som legat till grund för en fällande dom eller om stödbevisning åberopats som stödjer samma slutsats.⁸⁷ Enligt Ekelöf kan anförda förutsättningar anses vara en följd av den allmänna principen om ett kontradiktoriskt förfarande. Enligt Ekelöf blir konsekvensen av en sådan princip att en domstol inte får grunda en fällande dom på bevisning som den tilltalade inte fått ifrågasätta bevisvärdet av och bevisning varit ”den avgörande bevisningen” för utgången i målet.⁸⁸ Det kan således summeras att bevisning som anskaffats på ett sätt som skulle strida mot den enskildes rättigheter i art. 6 kan åberopas så länge inte rättegången som helhet blir orättvis genom åberopandet.

4.3.2 Bevisning åtkommen i strid med art. 3

Art. 3 EKMR sammanhänger med art. 6 och relationen sinsemellan har berörts i rättsfall från Europadomstolen. Frågan som uppstått i dessa situationer är huruvida bevisning som anskaffats i strid med art. 3 EKMR automatiskt bör medföra att art. 6 blivit kränkt.

I ett flertal rättsfall uttalade domstolen att åtkomstsättet för bevisningen har betydelse för om art. 6 blivit kränkt. Vid denna prövning är ett åsidosättande av andra artiklar i konventionen en relevant omständighet.⁸⁹

⁸⁴ Lundqvist, a.a. s. 209.

⁸⁵ Teixeira de Castro mot Portugal p 34.

⁸⁶ Bykov mot Ryssland p 90.

⁸⁷ Schenk mot Schweiz p 48.

⁸⁸ Ekelöf, Edenstram, Heuman, a.a. s. 31.

⁸⁹ Khan mot Storbritannien p 34, Jalloh mot Tyskland p 95 och Allan mot Storbritannien p 42.

Domstolen framhöll att en kränkning av till exempel art. 8 om rätten till respekt för privatliv, familjeliv, hem och korrespondens inte nödvändigtvis resulterar i att art 6 kränkts men att ett annat övervägande måste göras när det har konstaterats att bevisningen anskaffats genom åtgärder i strid med art. 3 EKMR.⁹⁰

Gällande bevisning anskaffad genom metoder som står i strid med art. 3 EKMR kan det, enligt Ulf Lundqvist, talas om ett ”bevisförbud” mot att lägga fram sådan åtkommen bevisning under en rättegång. Lundqvist menar att bevisförbud i detta hänseende skulle innebära att det alltid råder hinder mot att ta upp bevisningen oavsett dess bevisvärde.⁹¹ Denna utgångspunkt får stöd i praxis från Europadomstolen. I *Jalloh mot Tyskland* uttalade Europadomstolen att rättsverkningen av att bevisningen anskaffats på ett sätt som strider mot art. 3 EKMR är att den ska avvisas som otillåten oavsett dess bevisvärde. Som grund för denna ståndpunkt hänvisar domstolen till att förbudet är absolut.⁹² I *Harutyunyan mot Armenien* uttalade Europadomstolen anför vidare att även bevisning som visar sig vara tillförlitlig och har tillräckligt bevisvärde får likväl inte användas om den tillkommit genom tortyr.⁹³

Tanken bygger på en intresseavvägning mellan det allmännas intresse av att brott utreds och den enskildes intresse av att bevis som åberopats mot denne också anskaffats på lagligt sätt. Domstolen menar att det inte kan vara motiverat att det i utredningssyfte vidtas sådana åtgärder som kan medföra att det centrala i den tilltalades rättigheter som konventionen garanterar äventyras.⁹⁴

I *Harutyunyan mot Armenien* hade Harutyunyan utsatts för misshandel av polisen för att polisen skulle få fram bevisning. Både art 3 och art. 6 EKMR (angående rätten att inte vara verksam till egen nackdel) åberopades som

⁹⁰ Jalloh mot Tyskland p 98.

⁹¹ Lundqvist a.a. s. 48.

⁹² Jalloh mot Tyskland p 98-99 och 105 jämför även avsnitt 3.5.

⁹³ Harutyunyan mot Armenien p 63.

⁹⁴ Jalloh mot Tyskland p 97.

stöd för att rättegången varit orättvis. Europadomstolen uttalade i målet att som ett resultat av att den nationella domstolen tillät bevisningen kränktes den tilltalades rätt till rättvis rättegång. Domstolen ansåg det inte vara behövt att pröva om rätten till att inte vara verksam till egen nackdel kränkts utan en kränkning av art. 3 medförde att rättegången som helhet måste anses orättvis.⁹⁵

Gällande bevisning som tillkommer genom handlingar som per se inte är att anse som tortyr men som faller in under art. 3 på grund av att de innefattar en omänskligt eller förnedrande behandling, har europadomstolen uttalat att det fortfarande är en öppen fråga huruvida användningen av sådan bevisning automatiskt skall innebära att rätten till rättvis rättegång kränkts. Domstolen har emellertid anfört att det inte är uteslutet att bevisning som tillkommit genom sådana handlingar och som sedan tillåts i domstol automatiskt skulle leda till att rättegången i sin helhet ansågs som orättvis. Detta, liksom vid ren tortyr, är oavsett om den tilltalade haft möjlighet att ifrågasätta bevisningen och hur nationell domstol värderat den.⁹⁶

I svensk rätt kommenterades frågan i NJA 2011 s. 638. Där HD konstaterar att; ”Bara som rent undantag – närmast då uppgifter har skaffats fram i strid med ett absolut förbud som det i Europakonventionens art. 3 – kan det finnas anledning att överväga om beviset över huvud taget får läggas till grund för en fällande brottmålsdom”.⁹⁷ Vidare framgår det i domen att; ”om bevisen ändå skulle åberopas inför domstolen i ett brottmål, kan följden bli att den tidigare (p. 18) nämnda huvudregeln – att part får åberopa även bevisning som har tillkommit i obehörig ordning – inte alltid är möjlig att upprätthålla fullt ut i sådana situationer”.⁹⁸

⁹⁵ Harutyunyan mot Armenien p 66-67.

⁹⁶ Jalloh mot Tyskland p 107.

⁹⁷ NJA 2011 s. 638 Punkt 24 i domen.

⁹⁸ Ibid p 21.

5 Analys

5.1 Var går gränsen för vad som inte längre är en tillåten bevisprovokation?

I svensk rätt finns inga regler angående vilka handlingar som är tillåtna under en bevisprovokation. Däremot skulle det försiktigt kunna göras gällande att EKMR har skapat indirekta hinder mot vissa former av bevisprovokation, något som NJA 2011 s. 638 ger exempel på. En bevisprovokation som genomförs med hjälp av påtryckningar och hot och som därmed medför att den tilltalades rätt att inte vara verksam till egen nackdel kränks borde, enligt ovanstående rättsfall, inte vara tillåten.

Rättsläget kring EKMR och ett indirekt förbud mot att använda vissa metoder för att få fram bevisning är emellertid långt ifrån klart. När det kommer till tortyrförbudet är rättsläget tydligare eftersom handlingar som faller under detta förbud inte får vidtas.

Rättsfallet NJA 2011 s. 638 väcker emellertid en diskussion angående hur långtgående åtgärder som kan tillåtas innan man kan säga att ett brott mot art. 3 EKMR föreligger. I fallet uttalar HD att hoten inte varit ”tillräckligt allvarliga” för att art. 3 skall anses kränkt. Uttalandet stämmer i och för sig överens med vad Europadomstolen framfört om att en viss grad av allvarlighet måste föreligga för att rekvisiten i art. 3 skall anses uppfyllda. Men var gränsen går mellan ett allvarligt polisiärt hot och tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling är inte självklart. I ovan anförda rättsfall kan tyckas att sådan bevisprovokation som där förekom tangerar gränsen för vad som är tillåtet.

En annan fråga är vad som händer när bevisprovokationer genomförs på ett sätt som inte strider mot art. 3 men som av andra anledningar kan tänkas strida mot art. 6 och rätten till en rättvis rättegång. Vid denna bedömning handlar det emellertid inte om handlingarna i sig och dess tillåtlighet utan om att bevisningen används och läggs till grund för en fällande dom.

I NJA 2011 s. 638 ansågs handlingar vara otillbörliga med hänsyn till just rättssäkerhetsskyddet i art. 6.

Om de handlingar som polisen vidtagit inte anses nå upp till förbudet i art. 3 kan man ställa sig frågan om de i alla fall når upp till rekvisiten i 4 kap 5§ BrB om olaga hot. En intressant frågeställning i detta hänseende blir således om polisen verkligen ska kunna begå brott såsom olaga hot för att nå önskat resultat så länge den misstänktes rättigheter inte helt undergrävs och alla andra utredningsmetoder är uttömda? Det naturliga svaret enligt min mening borde vara nej med hänsyn till den tilltalades rättsäkerhet och att statens våldsmonopol inte borde kunna utsträckas hur långt som helst, även utöver våld som används med laga befogenhet, med argumentet att det finns ett allmänt intresse av lagföring. Men domen i NJA 2011 s. 638 säger egentligen något annat. Visserligen uttalar HD att deras uppgift inte är att ta ställning till hur bevisprovokationen genomförts utan hur den kan tänkas påverka utgången av målet som helhet. En del av denna helhetsbedömning är emellertid just anskaffningssättet av bevisningen för att på så sätt avgöra bevisningens tillförlitlighet. Problematiken kring domen är att den kan tänkas sända ut vissa signaler till åklagare och polis att relativt långtgående provokationer, till och med olaga hot, är tillåtna så länge det föreligger misstankar om allvarlig brottslighet och utredningen inte kunnat gå vidare på annat sätt.

Frågan om tillåtligheten av bevisprovokation när den vidtas tillsammans med en brottsprovokation är även den problematisk. Skillnaden mellan de två formerna kan sägas vara klar i teorin men desto mindre klar i praktiken. Det är inte tillräckligt att göra en teoretisk skillnad mellan de två formerna av provokation utan i stället bör varje handling sättas i relation till det specifika händelseförloppet. En sådan uppdelning skulle medföra att det otillåtna är den handling som i praktiken leder till att någon begår ett brott, som denne annars inte hade begått, medan det tillåtna skulle vara den bevisning som framkommer genom åtgärden. I NJA 2007 s. 1037 ogillades åtalet med hänsyn till att den tilltalade begått brottet som en följd av en

brottsprovokation. Men vad händer när en brottsprovokation leder till att bevisning framkommer? Skall sådan bevisning tillåtas under rättegången eller, för att ta det ett steg längre, borde ett åtal som i huvudsak grundas på sådan anskaffad bevisning ogillas?

En sista fråga kring bevisprovokation är huruvida förhørsreglernas tillämplighet kan avgöra gränserna för tillåtna bevisprovokationer. Om man kan utsträcka tillämplighetsområdet på det sätt som JO förespråkar, det vill säga till situationer som har en funktionell motsvarighet till förhör så torde dessa regler verka vägledande för hur en bevisprovokation får genomföras. Gränsen mellan vad som är en funktionell motsvarighet till förhör och vad som är ett förhör är hårfin. Till detta skall tilläggas att vissa utredningsåtgärder såsom infiltration inte rimligen kan kräva att förhørsreglerna beaktas fullt ut, då syftet med åtgärden inte skulle kunna uppnås om man till exempel inte får lämna medvetet oriktiga uppgifter för att förmå en misstänkt att avslöja viss bevisning.

Som summering kan sägas att rättsläget kring tillåtliga handlingar under en bevisprovokation inte är given. Nuvarande rättsläge kan istället anses lämna ett inte obetydligt tolkningsutrymme där utredningsintresset och intresset av att skydda den enskildes rättsäkerhet torde vara vägledande som tolkningsinstrument. Samtidigt som bevisning är av vikt för att få materiellt riktiga domar så torde det alltså finnas en gräns för när utredningsintresset inte längre kan anses vara motiverat.

5.2 Bevisrättsliga konsekvenser av en otillåten bevisprovokation

Vid en analys kring de bevisrättsliga rättsverkningarna bör först och främst framlyftas att principen om fri bevisföring är stark i svensk rätt och förespråkas av många jurister. Men är det rimligt att den upprätthålls även gällande bevisning som anskaffats genom att någon utsatts för påtryckningar eller hot? I NJA 2011 s. 638 öppnas ett möjligt införande av vad som i

doktrin benämns ”bevisförbud” mot bevisning som anskaffats i strid med art. 3 EKMR, detta oavsett dess bevisvärde. Ett sådant förbud skulle ligga i linje med vad Europadomstolen uttalat i den praxis där frågan berörts och, för svensk del, innebära ett undantag från principen om den fria bevisföringen.

Åberopandet av bevisning som anskaffats på ett sätt som strider mot art. 3 EKMR kan tänkas medföra att själva kärnan i de rättigheter som konventionen garanterar utsläcks. Intresset av att utreda och lagföra brott kan inte anses väga tyngre än intresset av att skyddas mot tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling.

I svensk rätt är inställningen att sådan åtkommen bevisning värderas väldigt lågt men får likväl läggas fram. Det kan anses vara oklart huruvida det är tillräckligt, ur ett rättssäkerhetsperspektiv, att sådan bevisning värderas lägre eller om det istället krävs att den avvisas såsom ogiltig för att nå upp till vad Europadomstolen uttalat om sådan anskaffad bevisning.

När det kommer till rättsverkningar angående bevisning som anskaffats på ett sätt som strider mot art. 6 men inte mot art. 3 kan ett automatiskt avvisningsbeslut för sådan åtkommen bevisning inte hittills anses ha haft något stöd i Europakonventionen. Istället torde det räcka med att sådan anskaffad bevisning värderas lägre och inte utgör den avgörande bevisningen för den tilltalades skuld.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Lagtext

Brottsbalken (1962:700)

Narkotikastrafflag (1968:64)

Polislagen (1984:387)

Regeringsformen (2011:109)

Rättegångsbalken (1942:740)

Lagkommentar

Eriksson, Tobias, Fitger, Peter, Hall, Per, Palmkvist, Ragnar, Renfors, Cecilia, och Sörblom, Monika, Zeteo, Stockholm, Norstedts Juridik, Elektronisk utgåva, Rättegångsbalk (1943:740), version till oktober 2013

Berggren, Nils-Olof, Munk, Johan, Zeteo, Stockholm, Norstedts Juridik, Elektronisk utgåva, Polislagen (1984:740), version till 1 april 2014

Offentligt tryck:

SOU 1982:63

SOU 2003:74

SOU 2004/05:143

SOU 2010:103

Proposition 1983/84:111 Polislagen

Proposition 2009/10:80 En reformerad grundlag

Åklagarmyndighetens RättsPM 2007:4 (uppdaterad i mars 2008),

provokativa åtgärder

JO-beslut

JO 2008/09

JO 2012/13

Litteratur

- Asp, Petter, *Straffansvar vid brottsprovokation*, 1 uppl., Stockholm, Norstedts Juridik, 2001
- Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 4 uppl., Stockholm, Norstedts Juridik, 2012
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars, *Rättegång Fjärde häftet*, 7 uppl., Stockholm, Norstedts Juridik, 2009
- Janis, Mark, Kay, Richard, Bradley, Anthony, *European Human Rights Law text and materials*, 3 uppl., Oxford university press, 2008
- Lavén, Håkan, *Hur domstolen dömer i brottmål – om domare, rättegång, bevisning och påföljder*, 1 uppl., Stockholm, Nordstedts Juridik, 2013
- Lindell, Bengt och Eklund, Hans, *Straffprocessen*, 1 uppl., Uppsala, Iustus, 2005
- Lundqvist, Ulf, *Bevisförbud i rättspraxis*, Knivsta, Bokbyrå HB, 2013

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1982 s. 143

NJA 2003 s. 323

NJA 2007 s. 323

NJA 2009 s. 476 (Resningsärende)

NJA 2011 s. 638

Hovrätt

RH 2010:62 Hovrätten för nedre Norrland B 644-10

Europadomstolen

Allan mot Storbritannien, målnummer 48539/99, domstolens dom av den 5 februari 2003

Engel mot Nederländerna, målnummer 5100/71, domstolens dom av den 8 juni 1976

Harutyunyan mot Armenien, målnummer 36549/03, domstolens dom av den 28 september 2007

Jalloh mot Tyskland, målnummer 54810/00, domstolens dom av den 11 juli 2006

Khan mot Storbritannien, målnummer 35394/97, domstolens dom av den 4 oktober 2000, ECHR 2000-V

P.G. och J.H mot Storbritannien, målnummer 44787/98, domstolens dom av den 25 september 2001

Saunders mot Storbritannien, målnummer 19187/91, domstolens dom av den 17 december 1996

Schenk mot Schweiz, målnummer 10862/84, domstolens dom av den 12 juli 1988

Teixeira de Castro mot Portugal, målnummer 25829/94, domstolens dom av den 9 juni 1988

Yankov mot Bulgarien, målnummer 39084/97, domstolens dom av den 11 mars 2004