



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Hanna Wallström

Effektiv brottsbekämpning till varje pris

*En studie av provokativa åtgärders tillåtlighet och
förenlighet med artikel 6 EKMR*

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: HT 2016

Innehållsförteckning

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Allmänt	4
1.2 Övergripande syfte	4
1.3 Frågeställning	5
1.4 Avgränsning	5
1.5 Perspektiv och metod	5
1.6 Forskningsläge	6
1.7 Material	7
1.8 Disposition	8
2 PROVOKATIVA ÅTGÄRDER I SVERIGE	9
2.1 Brott- och bevisprovokation	9
2.2 Användning	10
2.3 Tillåtlighet och tillämpliga regler	11
2.3.1 Introduktion	11
2.3.2 Polislagen	11
2.3.3 Polismetodutredningen (SOU 2010:103)	12
2.3.4 Praxis	13
2.3.4.1 Äldre praxis	13
2.3.4.2 NJA 2007 s. 1037	14
2.3.4.3 NJA 2011 s. 638	15
2.3.5 Doktrin	17
3 EUROPAKONVENTIONEN	20
3.1 Bakgrund	20
3.2 Rätten till en rättvis rättegång	20
3.2.1 Praxis från Europadomstolen	21
3.2.1.1 Rätten att inte yttra sig eller belasta sig själv	21
3.2.1.2 Bevisning	22
3.2.1.3 Brottprovokation	22
3.2.1.4 Polisprovokation	23
4 ANALYS	25
4.1 I Sverige tillåtna provokativa åtgärder	25
4.2 Förenlighet med artikel 6 EKMR	28
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	31
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	33

Summary

The use of provocative investigative measures is an acceptable method within Swedish law enforcement. The method is only used in exceptional cases on the basis of integrity and rule of law and particularly to combat organized crimes in Sweden.

The purpose of this paper is firstly to investigate the legal position regarding the use of provocative investigative measures in Sweden and secondly to critically examine its relationship to the European Convention on Human Rights (ECHR).

Despite the lack of legislation regarding provocative investigative measures the use of it is regulated by different principles, which have been established through preliminary investigations, doctrine and court practice. In addition to these rules, a person's right to a fair trial under Article 6 of the ECHR must always be taken into account before deciding upon the use of provocative investigative measures. By examining the court practice of the European Court of Human Rights it is possible to deduce the requirements of the article.

The purpose decides what constitutes a permitted provocative investigative measure in Sweden. As long as the aim is to obtain evidence regarding a crime that has already been committed the action is usually admissible. This does not mean, on the other hand, that all actions carried out with this aim are allowed. Because of the limited case law and the lack of legislation Swedish law does not set up any specific rules regarding what acts are lawful and what acts are not. With support from the court practice of the European Court of Human Rights one can however deduce certain requirements that a provocation need to fulfill to be considered compatible with the right to a fair trial.

It is clear that recent Swedish case law take Article 6 of the ECHR into account when deciding on a case regarding provocative investigative measures.

Sammanfattning

Användningen av provokativa åtgärder anses i dagsläget som en godtagbar metod inom ramen för brottsbekämpningen. På grund av åtgärdernas känslighet utifrån integritets- och rättsäkerhetsaspekt används metoden endast i undantagsfall och framförallt för att bekämpa den grova organiserade brottsligheten i Sverige.

Syftet med denna uppsats är för det första att utreda rättsläget gällande användningen av provokativa åtgärder i Sverige och för det andra att kritiskt granska dess relation till EKMR.

Trots avsaknaden av lagstiftning regleras användningen av provokativa åtgärder genom olika principer och villkor som har etablerats genom förarbeten, doktrin och praxis. Förutom dessa regler måste en persons rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 EKMR alltid beaktas för att åtgärden ska anses godtagbar. Med hjälp av Europadomstolens praxis går det att utläsa vilka krav som följer av artikeln.

Vad som utgör tillåtna provokativa åtgärder i Sverige bestäms av syftet. Så länge en åtgärd syftar till att erhålla bevisning om redan begången brottslighet är utgångspunkten att den anses som tillåten i svensk rätt. Denna utgångspunkt innebär emellertid inte att alla handlingar som företas inom ramen för detta syfte är godtagbara. På grund av den begränsade rättspraxis som finns på området och avsaknaden av lagstiftning ställer svensk rätt inte upp några konkreta regler angående vilka handlingar som är tillåtna vid en provokativ åtgärd. Med stöd av Europadomstolens praxis kan man däremot utläsa vissa krav som ställs på en provokation för att den ska anses förenlig med rätten till en rättvis rättegång.

Det är tydligt att framförallt nyare rättspraxis beaktar artikel 6 EKMR och de krav som följer av Europadomstolens praxis i hög grad vilket visar på en avsikt från Högsta domstolens sida att säkerställa att det svenska rättsläget är förenligt med EKMR.

Förkortningar

Europadomstolen	Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EKMR	Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
HD	Högsta Domstolen
JO	Justitieombudsmannen (Riksdagens ombudsmän)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning I
Prop.	Regeringens proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Allmänt

En av Polismyndighetens främsta uppgifter är att ”utreda och beivra brott som hör under allmänt åtal”¹. En vanligt förekommande metod inom brottsbekämpningen är spaning vilken kan företas både inom ramen för polisens underrättelseverksamhet och i samband med en förundersökning. Vid särskilt allvarlig eller svårutredd brottslighet har polisen möjlighet att använda sig av provokativa åtgärder.²

Traditionellt sett brukar en distinktion göras mellan å ena sidan brottsprovokation och å andra sidan bevisprovokation. Brottsprovokation beskrivs vanligtvis som provokation med syfte att provocera fram ett brott och bevisprovokation som provokation med syfte att provocera fram bevisning om redan begånget brott.³ I doktrinen råder samstämmighet över att denna begreppsbildning är problematisk bland annat eftersom det finns fall som innehåller både brotts- och bevisprovokation.⁴ Detta har medfört att ett mer allmänt samlingsbegrepp brukar användas, nämligen provokativa åtgärder.

1.2 Övergripande syfte

Provokativa åtgärder har trots återkommande diskussioner och utredningar inget stöd i lag. Det finns däremot andra regelverk som Sveriges myndigheter måste förhålla sig till, däribland EKMR som sedan 1995 är svensk lag.⁵ Det övergripande syftet med denna uppsats är för det första att utreda rättsläget gällande användningen av provokativa åtgärder i Sverige och för det andra att kritiskt granska dess relation till EKMR.

¹ 2 § 3 p. polislagen (1984 :387).

² Karnov internet, polislagen (1984:387) 2 § 3 p., not. 5, 2016-11-18.

³ SOU 2010:103 s. 124.

⁴ Axberger (2002) s. 63 och Asp (2001) s. 205 ff.

⁵ Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

1.3 Frågeställning

Uppsatsen ämnar besvara följande frågeställning: Är (i Sverige tillåtna) provokativa åtgärder förenliga med rätten till en rättvis rättegång i artikel 6 EKMR?

1.4 Avgränsning

Det aktualiseras olika rättsfrågor vid användningen av provokativa åtgärder och med anledning av uppsatsens begränsade omfång har vissa avgränsningar varit nödvändiga att göra. Första delen av avhandlingen tar sikte på att utreda rättsläget avseende provokativa åtgärder i svensk rätt. Frågor som rör provokatörens straffrättsliga ansvar eller polisens informatörsverksamhet ryms således inte inom syfte för denna uppsats och behandlas inte överhuvudtaget.

Den andra delen av avhandlingen redogör för artikel 6 EKMR och rätten till en rättvis rättegång. På grund av den omfattande rättspraxis samt det faktum att rätten till en rättvis rättegång består av flera olika element är ytterligare en avgränsning nödvändig. Uppsatsen kommer att fokusera på själva *rättvisan* i en rättegång. Andra faktorer såsom rätten till en offentlig förhandling inom skälig tid ryms inte inom syftet för denna uppsats och redogörs därmed inte för. Andra konventionsrättigheter som kan vara aktuella vid fall av provokation, till exempel tortyrförbudet i artikel 3 EKMR, behandlas inte.

1.5 Perspektiv och metod

Uppsatsens avhandling kan delas in i två delar. Först en utredande del som tar sikte på att fastställa rättsläget i Sverige avseende provokativa åtgärder. För detta används den rättsdogmatiska metoden vilket innebär att de allmänt accepterade rättskällorna studeras och tolkas för att finna svar på det rättsliga problemet. Med de allmänt accepterade rättskällorna brukar avses författning, förarbeten, rätts-

praxis och doktrin.⁶ Eftersom det inte finns någon lagstiftning på området används framförallt förarbeten, rättspraxis och doktrin.

Den andra delen av avhandlingen tar sikte på att redogöra för artikel 6 EKMR och dess innebörd. Här används en europarättslig metod där rättspraxis från Europadomstolen studeras och tolkas för på så sätt utreda vilka krav som följer av artikel 6 EKMR. Detta för att skapa den grund som krävs för att svara på frågeställningen.

I uppsatsens analyserande del anläggs ett kritiskt perspektiv för att besvara frågan huruvida tillåtna provokativa åtgärder i Sverige är förenliga med EKMR. Ett rätts-säkerhetsperspektiv avseende gärningspersonen används även för att på så sätt analysera provokativa åtgärders betydelse för människors grundläggande rättigheter.

1.6 Forskningsläge

Forskning på området är tämligen begränsat. Hans-Gunnar Axberger och Petter Asp står för de två mest betydelsefulla verken vilka hänvisas återkommande till i rättsfall, förarbeten och övrig doktrin. Hans-Gunnar Axbergers *Brottsprovokation* från 1989 tar sikte på tre frågeställningar: det straffrättsliga ansvaret hos den som provocerats att begå brott, ansvaret för den som provocerat någon att begå brott samt samhällsorganens möjligheter att använda provokation vid förebyggande av brottslighet. *Straffansvar vid brottsprovokation*, skriven av Petter Asp och utgiven 2001, behandlar frågorna om provokatörens samt den provocerades ansvar vid brottsprovokationer. Utöver svensk rätt tar Asp in en komparativ del där han jämför rättsläget i Sverige med Tyskland, England och USA.

Axberger kom 2002 ut med en uppdatering, *Brottsprovokation – en uppdatering*, där han återigen behandlar ämnet med hänsyn till nyare praxis och doktrin på området. Asp kompletterade sitt verk genom en artikel i Svensk Juristtidning från

⁶ Kleineman (2013) s. 21.

2008 med rubriken *Om brottsprovokation och dess betydelse för den provocerades ansvar*.

När det kommer till i Sverige tillåtna provokativa åtgärders förhållande till EKMR finns det i princip inget material att tillgå. En artikel av Jack Ågren, *Otillbörlig bevisprovokation tillmäts betydelse som billighetsskäl*, analyserar denna frågeställning med utgångspunkt i Högsta Domstolens avgörande NJA 2011 s. 638.

1.7 Material

Användningen av provokativa åtgärder finns inte reglerat i lag varför denna framställning främst är baserad på förarbeten, praxis och doktrin. Som ovan redogjorts för är Hans-Gunnar Axberger och Petter Asp de två mest framträdande författarna på området. Deras verk *Brottsprovokation* från 1989 och *Straffansvar vid brottsprovokation* från 2001 har använts återkommande i denna uppsats. Trots att Axbergers avhandling är över 25 år gammal refereras det ofta till den i både förarbeten och rättspraxis vilket visar att den fortfarande är högst aktuell som rättskälla på området. Samma gäller Asp även ifall hans avhandling inte varit lika relevant för denna uppsats.

Flera förarbeten har använts där SOU 2010:103, även kallad Polismetodutredningen, varit av störst intresse för att undersöka vad som anses vara tillåtna provokativa åtgärder i dagens Sverige. Vidare har rättspraxis studerats och då framförallt NJA 2007 s. 1037 samt NJA 2011 s. 638. Fallen är relativt nya samt tydliga exempel på vad som brukar benämnas brotts- och bevisprovokation vilket kommer att beskrivas mer nedan.

Den andra delen av avhandlingen tar sikte på artikel 6 EKMR och dess innebörd och baseras framförallt på rättspraxis från Europadomstolen. Ett särskilt viktigt avgörande är *Teixeira de Castro v. Portugal* som tydligt visar vad Europadomstolen anser om provokationer som leder till brott. Europadomstolen har i senare rättsfall bekräftat sina uttalanden i *Teixeira de Castro* vilket visar på att avgörandet fortfarande är ytterst relevant trots att fallet avgjordes 1998.

1.8 Disposition

Uppsatsen delas in i fyra kapitel. Efter inledningen kommer ett kapitel om provokativa åtgärder i Sverige. Åtgärdernas användning beskrivs och tillåtligheten utreds med stöd av förarbeten, praxis och doktrin. Uppsatsens tredje kapitel inriktar sig på den europarättsliga aspekten av ämnet där artikel 6 EKMR och rätten till en rättvis rättegång är i fokus. Praxis från Europadomstolen studeras för att precisera artikelns innebörd och de krav som följer av den. I det fjärde kapitlet redovisas analys och slutsatser.

2 Provokativa åtgärder i Sverige

2.1 Brott- och bevisprovokation

Kärnan i begreppet provokativa åtgärder är ordet provokation. Sammanfattningsvis krävs det någon form av aktivt handlande från polisens sida för att en provokation ska vara för handen. Ett passivt svar på en persons egna initiativ anses därför inte utgöra en provokation⁷. Ett exempel på detta vore om polisen, i en utpressningssituation, placerar ut pengar på uppfordran av utpressaren för att sedan gripa gärningspersonen när denne visar sig.⁸

Det brukar traditionellt göras en distinktion mellan å ena sidan brottsprovokation och å andra sidan bevisprovokation. Uppdelningen kan härledas tillbaka till den så kallade Spanark-rapporten som utfärdades internt inom rikspolisstyrelsen år 1980.⁹ Brottsprovokation beskrivs vanligtvis som provokation med syfte att provocera fram ett brott och bevisprovokation som provokation med syfte att provocera fram bevisning om redan begången brottslighet.¹⁰ Enligt Axberger behöver denna relativt enkla definition av framförallt bevisprovokation, som styrs av syftet, även objektiva kriterier för att undvika godtycklig rubricering av en åtgärd från provokatörens sida. Bevisprovokation skulle då enligt Axberger beskrivas som ”framprovocerande av en gärning i syfte att styrka ett begånget brott varom (stark) misstanke redan föreligger”.¹¹

Enkelt uttryckt brukar man säga att brottsprovokation är otillåtet medan bevisprovokation är tillåtet även om denna beskrivning inte alltid stämmer då ett fall kan innehålla både och. Ett exempel på detta vore om en polis köper narkotika för att bevisa innehavet men på samma gång provocerar fram ett nytt brott i form av själva försäljningen av narkotikan.¹² Axbergers sätt att definiera brottsprovokation respektive bevisprovokation genom att låta syftet styra definitionen av åtgärden

⁷ SOU 1982:63 s. 129 f.

⁸ Axberger (1989) s. 59.

⁹ Ibid. s. 10.

¹⁰ SOU 2010:103 s. 124.

¹¹ Axberger (1989) s. 10 f.

¹² Asp (2001) s. 205.

kommenteras av Asp. Han menar att det vore mer lämpligt att bedöma en provokation i relation till varje brottslig gärning. Utfallet från bedömningen får sedan definiera provokationens karaktär som antingen bevisprovokation eller brottsprovokation. En typsituation skulle vara om polisen misstänker en person för vapeninnehav och för att bevisa detta provocerar personen att använda sitt vapen. Då utgör provokationen i relation till innehavet en bevisprovokation medan provokationen i relation till det nya brottet utgör en brottsprovokation.¹³

2.2 Användning

Polismyndighetens uppgifter regleras av 2 § polislagen vilken stadgar att Polisen bland annat ska ”förebygga, förhindra och upptäcka brottslig verksamhet och andra störningar av den allmänna ordningen eller säkerheten”¹⁴ samt ”utreda och beivra brott som hör under allmänt åtal”¹⁵. Inom denna brottsbekämpande verksamhet använder polisen sig av olika spaningsmetoder där provokation anses tillhöra underkategorin okonventionella spaningsmetoder.¹⁶

Det finns rättsfall med inslag av provokation redan på 1930-talet och användningen har därefter ökat, framförallt de senaste decennierna.¹⁷ I Sverige har provokativa åtgärder främst riktats mot den organiserade brottsligheten, i synnerhet grova narkotikabrott. Metoden har även använts vid fall av stöld och häleri av särskilt allvarligt slag.¹⁸ Vanligtvis riktar sig åtgärden mot personer misstänkta för brott men ibland kan det ske mot någon som antas inneha vetskap av värde för polisen, till exempel ett vittne.¹⁹

Sammanfattningsvis kan konstateras att provokativa åtgärder används av polisen för att hantera brott som redan har begåtts samt för att förebygga ytterligare brottslighet, framförallt när det kommer till den grova organiserade brottsligheten.

¹³ Asp (2001) s. 206.

¹⁴ 2 § p. 1 polislagen (1984:387).

¹⁵ 2 § p. 3 polislagen (1984:387).

¹⁶ Prop. 1983/1984:111 s. 44 f.

¹⁷ SOU 2010:103 s. 126.

¹⁸ Ibid. s. 127.

¹⁹ Prop. 1983/84:111 s. 45.

Anledningen till att provokativa åtgärder används trots osäkerheten avseende dess tillåtlighet beror på att metoden är en effektiv brottsbekämpningsmetod i många fall som annars är svåra att utreda. De brottsbekämpande myndigheterna kan genom kontakt med den misstänkte lättare säkra bevisning då de har större kontroll över händelseförloppet.²⁰

2.3 Tillåtlighet och tillämpliga regler

2.3.1 Introduktion

Användningen av provokativa åtgärder finns inte reglerat i lag vilket betyder att bedömningen avseende gränsdragningen mellan vad som är tillåtet och otillåtet samt vilka regler som är tillämpliga måste göras med hjälp av förarbeten, praxis och doktrin.

2.3.2 Polislagen

I förarbetena²¹ till polislagen²² etableras principen att ”polisen aldrig bör få provocera eller eljest förmå någon att inleda en brottslig aktivitet”²³. Utredningen beskriver principen som att polisen aldrig bör få provocera någon att begå en brottslig gärning som vederbörande annars inte skulle ha begått. En provokation med syfte att erhålla bevisning bör emellertid anses som tillåten.

Beredningen poängterar även att beslut om okonventionella spaningsmetoder alltid bör tas av polischef eller åklagare samt att det ska ställas höga krav på dokumentation.²⁴ Slutligen konstateras att det alltid krävs en allmän bedömning för att se ”om metoden är *försvarlig* med hänsyn till *åtgärdens syfte och övriga omständigheter*”²⁵.

²⁰ SOU 2010:103 s. 150.

²¹ Prop. 1983/84:111.

²² Polislag (1984:387).

²³ Prop. 1983/84:111 s. 46 f.

²⁴ Ibid. s. 47.

²⁵ Ibid.

De omfattande överväganden som görs av polisberedningen avseende provokation får endast visst utrymme i polislagen genom införandet av 8 §. Bestämmelsen ger uttryck för proportionalitets- och behovsprincipen vilka utgör allmänna principer för polisens arbete.²⁶ Genom proportionalitetsprincipen säkerställs att ”arten och varaktigheten av ingripandet står i rimlig proportion till det mål som man avser att uppnå” och med behovsprincipen avses att ”ett polisingripande bara får ske när det är nödvändigt för att avvärja den fara eller störning som föreligger i det aktuella fallet”²⁷.

2.3.3 Polismetodutredningen (SOU 2010:103)

År 2007 tillsätts en utredning som får i uppdrag att ”överväga vissa straffprocessuella och polisrättsliga frågor angående de brottsbekämpande myndigheternas dolda spanings- och utredningsverksamhet”²⁸. Utredningen får namnet *Polismetodutredningen* och granskar bland annat användningen av provokativa åtgärder och huruvida området bör regleras i lag. I Polismetodutredningens slutbetänkande framhålls metodens värde för brottsbekämpningen och då framförallt när det kommer till grov och svårutredd brottslighet.²⁹ Åtgärdernas användbarhet i Sverige kunde däremot varit större om det funnits lagstiftning som reglerade området varför utredningen anser att provokationer som kan leda till att någon begår ett brott bör regleras i lag.³⁰

Utredningen ställer även upp ett antal förutsättningar som måste vara uppfyllda för att provokativa åtgärder ska få användas inom ramen för en förundersökning, vilka är att:

det föreligger stark misstanke om allvarlig brottslighet, att åtgärderna är av synnerlig vikt för utredningen och att skälen för åtgärderna uppväger det intrång eller men i övrigt som de innebär för allmänna eller enskilda intressen.³¹

²⁶ Prop. 1983/84:111 s. 72 f.

²⁷ Ibid. s. 73.

²⁸ SOU 2010:103 s. 53.

²⁹ Ibid. s. 123.

³⁰ Ibid. s. 22.

³¹ Ibid. s. 22.

Utredningen gör bedömningen att det finns ett behov av att använda provokativa åtgärder för att säkra bevisning om redan begångna brott. Detta gäller även fall där eventuellt brott kan komma att begås på grund av provokationen. Polismetodutredningen anför vidare att metoden får anses godtagbar trots de skyddsvärda motstående intressen som finns i form av framförallt medborgares personliga integritet och rättssäkerhet. Det faktum att åtgärden kan komma att leda till att brott begås ska inte vara avgörande för tillåtligheten. Däremot krävs det att brott som provocerats fram inte lagförs för att metoden ska anses acceptabel enligt utredningen.³² Polismetodutredningens slutbetänkande överlämnades i december 2010 men gav där inget förslag till reglering av provokativa åtgärder.

2.3.4 Praxis

Praxis avseende provokation är tämligen begränsat men det finns ett antal fall som har varit uppe för prövning i HD. Prejudikaten ger dessvärre ingen fullständig vägledning i frågan om vad som utgör tillåtna provokativa åtgärder. HD har i NJA 1985 s. 544, NJA 2003 s. 323, NJA 2007 s. 1037 samt i NJA 2011 s. 638 konstaterat att det inte är upp till dem att avgöra tillåtligheten av sådana åtgärder. Deras främsta uppgift är snarare att undersöka om en provokation, i varje enskilt fall, ska påverka bedömningen i målet samt säkerställa att den tilltalades rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 EKMR inte har kränkts.³³ Trots detta kan vi genom praxis från HD dra vissa slutsatser om vad som utgör en tillåten provokation.

2.3.4.1 Äldre praxis

Den svenska inställningen till provokation var under en lång tid restriktiv där sådana inslag endast beaktades i undantagsfall av domstolen. Den tilltalades straffrättsliga ansvar påverkades inte ens i de fall där polisen förmått personen att begå ett brott som hen annars inte skulle ha begått.³⁴ Denna inställning förändrades något i och med NJA 1985 s. 544 där HD konstaterade att det finns en möjlighet att ge personen strafflindring på grund av provokativa åtgärder. Förutsättningen för detta var om polisen använt sig av *uppenbart otillbörliga* metoder vilket egent-

³² SOU 2010:103 s. 148.

³³ NJA 2011 s. 638 s. 9.

³⁴ Axberger (1989) s. 42 f.

ligen betydde att möjligheten var mycket liten. I NJA 1989 s. 498 uttalade HD att ett brott som provocerats fram av brottsbekämpande myndigheter vanligtvis inte påverkar gärningens straffbarhet, vilket innebar att möjligheten att beakta en provokation blev återigen i princip obefintlig.

Det var inte förrän 1998 då fallet Teixeira de Castro v. Portugal avgjordes i Europadomstolen som det stod klart att den svenska synen på provokativa åtgärder inte var förenlig med europarätten. Att provocera någon att begå ett brott som personen annars inte skulle ha begått var inte förenligt med artikel 6 EKMR om rätten till en rättvis rättegång. Därefter har framförallt två viktiga avgöranden kommit, NJA 2007 s. 1037 och NJA 2011 s. 638.

2.3.4.2 NJA 2007 s. 1037

Bakgrunden till fallet var ett väpnat rån av Nationalmuseum i Stockholm där tre tavlor av Rembrandt och Renoir hade blivit stulna. Två av tavlorna hade varit försvunna sedan rånet och uppdagades inte förrän en man, flera år senare, greps för narkotikabrott i USA. Han påstod sig ha tillgång till ett av verken samt kunde hjälpa till att återfå även den sista försvunna tavlan under förutsättning att han beviljades en lindrigare påföljd för sitt brott. Amerikansk och svensk polis inledde med anledning av detta ett samarbete där den nyligen gripna personen skulle ta kontakt och påbörja förhandlingarna med innehavarna av tavlan med syfte att återfå tavlan genom ett fingerat köp.aktionen blev lyckad och personerna som hade tavlan kunde slutligen gripas samt åtalas för grovt häleri.

I domskälen kom HD fram till två slutsatser. För det första skiljer Europadomstolen på frågan om provokativa åtgärders tillåtlighet och frågan om möjligheten att lagföra en person som blivit provocerad av polisen. HD uttryckte det som att ”Europadomstolen synes i och för sig acceptera relativt långtgående provokationer så länge staten inte ingriper straffprocessuellt mot de personer som begått de gärningar som provocerats fram”³⁵. För det andra anförde HD som en andra slutsats att det som avgör om rätten till rättvis rättegång i art. 6 EKMR blivit ”oåterkalle-

³⁵ NJA 2007 s. 1037 (s. 7 f.).

ligen undergrävd”³⁶ är huruvida provokatören har provocerat fram ett brott som annars inte skulle ha begåtts av den provocerade.³⁷ HD konstaterade därefter att provokativa åtgärder per definition inte strider mot EKMR utan att det måste ske en individuell bedömning i varje enskilt fall för att ta reda på om en rättighet har kränkts.³⁸

I förevarande fall ansåg HD att de tilltalades rätt till rättvis rättegång hade blivit oåterkalleligen undergrävd. Anledningen därtill var att det inte fanns något i målet som indikerade att de skulle ha begått hälerigärningen om provokationen inte förekommit. Konsekvenserna av denna slutsats var inte helt självklara eftersom artikel 6 EKMR inte uttryckligen föreskriver hur nationella domstolar ska beakta provokativa åtgärder i en rättsprocess. HD drog med stöd av Europadomstolens praxis slutsatsen att eventuellt straffrättsligt förfarande ska avbrytas så snart en nationell domstol kommer fram till att den tilltalades rätt till rättvis rättegång har blivit oåterkalleligen undergrävd. Hur detta ska genomföras i praktiken är omdiskuterat i doktrinen och inget som Europakonventionen tar ställning till. Efter en samlad bedömning kom HD fram till att det mest lämpliga sättet att hantera frågan i Sverige är genom att se polisprovokation som en bristande materiell straffbarhetsbetingelse. Detta gäller, som tidigare beskrivits, bara i fall då en tilltalads rätt till rättvis rättegång har blivit oåterkalleligen undergrävd. Åtalen i NJA 2007 s. 1037 lämnades därför utan bifall.³⁹

2.3.4.3 NJA 2011 s. 638

Fyra år efter Rembrandt-målet⁴⁰ kom ett nytt avgörande från HD med stor betydelse för användningen av provokativa åtgärder. Omständigheterna i målet var att en person, CV, häktades som skäligen misstänkt för mordet på MJ som anmäls försvunnen en vecka tidigare. CV släpptes snart på fri fot igen men förblev huvudmisstänkt och när utredningen inte nådde några nya resultat utarbetade polisen en plan som skulle resultera i ett erkännande av brottet. Genom provokation från

³⁶ Begreppet oåterkalleligen undergrävd etablerades i och med fallet *Vanyan v. Ryssland*. Om rätten till en rättvis rättegång blivit oåterkalleligen undergrävd ska åtalet lämnas utan bifall.

³⁷ NJA 2007 s. 1037 (s. 7 f.).

³⁸ Ibid. (s. 8).

³⁹ Ibid. (s. 9 ff.).

⁴⁰ NJA 2007 s. 1037.

en infiltrator skulle CV berätta var kroppen fanns vilket skedde i förening med försäkran om ersättning samt förmedlande av att CV befann sig under ett direkt hot om han inte berättade vad han visste. Det krävdes deltagande av flera förklädda poliser samt återkommande påtryckningar innan CV tillslut pekade ut var kroppen fanns gömd. Efter att kroppen hittats anhölls och häktades CV på sannolika skäl misstänkt för mordet på MJ.

HD inledde med att benämna åtgärden som en bevisprovokation och framhöll att själva benämningen inte är avgörande för provokationens tillåtlighet. HD konstaterade även att det inte är deras uppgift att avgöra vilka provokativa åtgärder som bör anses vara tillåtna att använda inom den svenska brottsbekämpningen, vilket HD har uttalat i flera tidigare rättsfall som berört provokation. HD:s uppgift som sista instans är att bedöma huruvida en provokation ska påverka bedömningen i det aktuella målet. Bedömningen tar framförallt sikte på att säkerställa att den tilltalades rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 EKMR har beaktats vilket bland annat görs genom att granska de omständigheter under vilka bevisningen har skaffats fram.⁴¹

Med stöd av Europadomstolens praxis framhöll HD att inbegripet i rätten till en rättvis rättegång finns en rätt att inte yttra sig eller belasta sig själv.⁴² Om en provokativ åtgärd har utförts på ett sätt som kränkt denna rätt påverkas därmed bedömningen av det rättvisa i en rättegång. Grunden för bedömningen utgörs av ”förfarandet som helhet snarare än enskilda inslag i bevisföringen”,⁴³ vilket innebär att en smärre brist kan kompenseras av en annan del i förfarandet.

Inom ramen för domstolens fria bevisprövning är det HD:s uppgift att avgöra huruvida en provokativ åtgärd ska inverka på värderingen av framprovocerad bevisning. Med stöd av Europadomstolens praxis uttalade HD att bevisning som provocerats fram kan åberopas utan att det står i strid med artikel 6 EKMR under förutsättning att den ställs i relation till annan utredning eller om rättegången efter en helhetsbedömning ändå anses som rättvis. Bevis som erhållits genom provokation

⁴¹ NJA 2011 s. 638 (s. 9).

⁴² Ibid. punkt 16.

⁴³ Ibid. punkt 17.

ska dock alltid bedömas med extra stor försiktighet på grund av den bristande rättssäkerheten som bevisningen kan innebära för den enskilde. Vid bedömningen av rättegången enligt artikel 6 EKMR anses det särskilt viktigt att försvaret haft möjlighet att föra motbevisning och avge synpunkter på bevisningen för att domstolen ska få en bra grund för sin bevisvärdering. Försvaret bör även presentera en utredning av den provokativa åtgärdens tillvägagångssätt samt syfte. Provokationens intensitet och allvarlighet samt den situation som personen befunnit sig i är av stor vikt för helhetsbedömningen. En särskilt pressande situation kan påverka bevisning på så vis att den tillskrivs ett lägre bevisvärde. HD framhöll slutligen att bevis som framskaffats genom ”otillbörliga åtgärder av mindre allvarligt slag” och där artikel 6 EKMR inte beaktats kan ändå anses som rättvis under förutsättning att kompensation erkänns den enskilde. Kränkningen av artikeln beaktas då i samband med bestämningen av påföljd.

HD:s slutliga bedömning av målet var att det rörde sig om en tillåten bevisprovokation med otillbörliga inslag. På grund av polisinfiltratörernas agerande trodde CV att han befann sig i en hotfull situation som skulle komma till att bli ännu värre om han inte berättade var kroppen fanns. Han utsattes för återkommande påtryckningar och berättade tillslut, av rädsla, information som var belastande för honom själv. Den information som provocerats fram gav HD ett mycket lågt bevisvärde men det fanns även annan värdefull bevisning i målet, som till exempel den rättsmedicinska utredningen vars bevisvärde inte påverkades av provokationen. Försvaret hade även getts möjlighet att ta del av bevisningen samt komma med motbevisning för att ge domstolarna en bra grund inför deras bevisvärdering. HD ansåg inte att de otillbörliga påtryckningarna påverkade ansvarsfrågan varför CV dömdes för mord. Däremot beviljade HD straffrabatt på 20 % med anledning av det otillbörliga inslaget i förfarandet.

2.3.5 Doktrin

Asps inställning till provokativa åtgärders tillåtlighet samstämmer med polismetodutredningens⁴⁴ ståndpunkt i frågan. Det vill säga, provokativa åtgärder bör vara

⁴⁴ SOU 2010:103.

tillåtet för polisen att använda under förutsättning att åtal avser brott där provokationen endast fungerat som en metod för att få fram bevisning om redan begången brottslighet.⁴⁵ Det är alltså endast bevisprovokationer samt de brottsprovokationer som tar formen som en bevisprovokation som bör tillåtas enligt Asp även ifall han i grunden är kritisk till distinktionen mellan bevis- och brottsprovokation.

Axberger ställer upp ett antal villkor som måste vara uppfyllda för att polisen ska få använda provokativa åtgärder. Dessa villkor bekräftas även av Justitieombudsmannen i ett uttalande från 2000. Kraven har utvecklats successivt inom den svenska rättsordningen och torde kunna kodifieras vid ett senare skede enligt Axberger. För att provokation ska kunna användas krävs det att följande krav är uppfyllda:

- Stark misstanke om brott skall föreligga
- Provokation får endast tillgripas vid allvarlig brottslighet
- Behovs- och proportionalitetsprincipen skall beaktas
- Beslut om provokation fattas på chefsnivå
- Provokationsåtgärden måste dokumenteras noggrant⁴⁶

Axberger framhåller även den övergripande principen att det ”aldrig är tillåtet att provocera någon att begå ett brott som denne annars inte skulle ha begått”⁴⁷ vilken tas upp i många olika källor. Här menas att det alltid ska göras en bedömning huruvida brottet, oavsett provokationen, hade begåtts ändå men vid till exempel en annan plats och/eller tidpunkt. Axberger tar upp exemplet där provokation används för att bevisa ett större narkotikainnehav. Eftersom personen förmodligen skulle sälja narkotikan vid ett senare skede så anses det tillåtet för polisen att provocera fram en försäljning som bevisar innehavet. Axberger sammanfattar det som att ”det är tillåtet att framkalla den individualiserade handlingen men inte att väcka en brottslig vilja”⁴⁸. Framkallandet får däremot inte innehålla en alltför stor frestelse i form av till exempel en ovanligt stor ersättning.⁴⁹

⁴⁵ Asp (2001) s. 330.

⁴⁶ JO 2000/01 s. 129.

⁴⁷ Axberger (1989) s. 28.

⁴⁸ Ibid. s. 28.

⁴⁹ Ibid. s. 28 f.

Precis som Asp tolkar Axberger rättsläget som att provokation med syfte att erhålla bevisning är tillåtet i svensk rätt. Även ifall en provokation leder till nytt brott är metoden godtagbar under förutsättning att åtal om detta brott inte väcks utan enbart fungerar som bevis för redan begången brottslighet.⁵⁰

⁵⁰ Axberger (1989) s. 36.

3 Europakonventionen

3.1 Bakgrund

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna är sedan 1 januari 1995 inkorporerad i svensk rätt och gäller såsom lag. En ny bestämmelse i regeringsformen infördes samtidigt vilken stadgar ett förbud att meddela lag eller annan föreskrift i strid med Europakonventionen.⁵¹ Bestämmelsen återfinns i 2 kap. 19 § regeringsformen⁵². I och med att Europakonventionen antogs som svensk lag måste den svenska rättsordningen tillgodose de krav som följer av konventionen och Europadomstolens praxis.⁵³ Rättighetskatalogen bestod till en början av 20 stycken konventionsskyddade rättigheter men har därefter utökats genom olika tillägg. En av ursprungs rättigheterna är rätten till rättvis rättegång i artikel 6 EKMR.⁵⁴

3.2 Rätten till en rättvis rättegång

Det grundläggande syftet med artikel 6 EKMR är att upprätthålla rätts säkerheten i straffrättsliga förfaranden och garantera varje enskild individ sin rätt till en rättvis rättegång. Konventionsrättigheten är mångfacetterad och innehåller flera olika element varav *rättvisan* är av störst intresse för denna avhandling. Det rättvisa i en rättegång kommer till uttryck i artikelns första stycke:

Var och en skall, vid prövningen [...] av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en *rättvis* [min kursivering] och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. [...]⁵⁵

⁵¹ Prop. 1993/94:117 s. 11.

⁵² Tidigare fanns förbudet i 2 kap. 23 § RF.

⁵³ Victor (2013) s. 375.

⁵⁴ Sveriges Delegation vid Europarådet: Europakonventionen och Europadomstolen, <www.swedenabroad.com/sv-SE/Ambassader/COE/Sverige--Europaradet/Europaradets-allmannaovervakning/>, besökt 2016-12-10.

⁵⁵ Artikel 6.1 EKMR.

Europadomstolen har genom sin praxis tolkat artikel 6 EKMR och fastslagit vad rättigheten innebär. En rättvis rättegång benämns av Europadomstolen som en generell garanti och består av olika element som till exempel rätten till kontradiktion och parternas likställdhet samt rätten att inte yttra sig eller belasta sig själv. Artikel 6 ställer även vissa krav på de nationella rättsordningarna vid användningen av särskilda brottsbekämpningsmetoder som exempelvis infiltration och provokativa åtgärder.⁵⁶ Europadomstolen avgör varje enskilt fall utifrån en helhetsbedömning huruvida ett förfarande har varit rättvist eller om en kränkning av artikel 6 föreligger.⁵⁷

3.2.1 Praxis från Europadomstolen

3.2.1.1 Rätten att inte yttra sig eller belasta sig själv

Med stöd av Europadomstolens praxis går det att utläsa olika rättigheter som ska beaktas för att en rättegång ska bedömas som rättvis. En av dem är *rätten att inte yttra sig eller belasta sig själv*.⁵⁸ Detta innebär att en person misstänkt för brott har en konventionsskyddad rättighet att inte yttra sig eller medverka till brottsutredningen eller bevisningen som på något sätt kan vara belastande för den personen.⁵⁹ I *Salduz v. Turkey* uttalade Europadomstolen att tidig tillgång till en försvarsadvokat beaktas särskilt för att avgöra om ett förfarande har respekterat den tilltalades rätt att inte belasta sig själv.⁶⁰ Rätten att inte yttra sig är inte en absolut rättighet vilket framgår av *John Murray v. the United Kingdom*. I fallet uttalade domstolen att det kan få negativa konsekvenser om en misstänkt väljer att använda sin rätt att inte yttra sig under hela förfarandet trots att situationen uppenbarligen kräver en förklaring av den tilltalade.⁶¹

⁵⁶ Europarådet: Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (2014), <www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf>, besökt 2016-12-20.

⁵⁷ *Allan v. the United Kingdom*, p. 42.

⁵⁸ Bland annat *Funke v. France*, p. 44 och *John Murray v. the United Kingdom* [GC], p.45.

⁵⁹ Danelius, s. 247.

⁶⁰ *Salduz v. Turkey* [GC], p. 54-55.

⁶¹ *John Murray v. the United Kingdom* [GC], p. 47.

3.2.1.2 Bevisning

I *Schenk v. Switzerland* konstaterade Europadomstolen att artikel 6 EKMR inte innehåller några bevisregler. Att avgöra tillåtligheten för specifik bevisning är en fråga för nationell lagstiftning. Europadomstolen ska istället göra en bedömning av förfarandet i sin helhet för att avgöra huruvida kravet på rättvisa har beaktats.⁶² I bedömningen tittar domstolen på om försvaret haft möjlighet att kritisera innehållet i den bevisning som åklagaren har presenterat samt haft tillfälle att ifrågasätta dess användning. Bevisningens autenticitet samt dess tillförlitlighet ska även bedömas. Det senare görs bland annat genom att domstolen granskar under vilka omständigheter bevisningen erhöles och huruvida detta bör påverka tillförlitligheten.⁶³

3.2.1.3 Brottsprovokation

I fallet *Teixeira de Castro v. Portugal* kontaktade två förklädda poliser en individ som misstänktes för ringa narkotikabrott i hopp om att identifiera dennes leverantör. Poliserna förklarade att de ville köpa heroin och personen hänvisade dem vidare till Teixeira de Castro som eventuellt var en person som skulle kunna hjälpa dem. Teixeira de Castro kontaktades och uppgav att han inte hade heroin hemma men att han kunde fixa fram det från en annan person. När affären väl skulle genomföras avslöjade poliserna sin identitet och grep Teixeira de Castro som sedermera dömdes till 6 års fängelse av portugisisk domstol.⁶⁴ Efter att alla inhemska rättsmedel blivit uttömda överklagade Teixeira de Castro domen till Europadomstolen och yrkade att hans rätt till en rättvis rättegång hade kränkts av det faktum att poliserna förmått honom att begå ett brott som inte annars skulle ha begåtts.⁶⁵

Europadomstolen bedömde att poliserna hade anstiftat ett brott som med största sannolikhet inte skulle ha begåtts och därmed gått utöver vad de rimligen bör anses få göra inom ramen för sitt arbete. Teixeira de Castro var sedan tidigare ostraffad och ingen misstanke om brott förelåg, han hade inte drogerna hemma hos sig

⁶² *Schenk v. Switzerland*, p. 46.

⁶³ *Jalloh v. Germany [GC]*, p. 96.

⁶⁴ *Teixeira de Castro v. Portugal*, p. 9-12.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 28.

utan fick införskaffa dem från en tredje part samt hade endast den exakta mängd narkotika på sig vid gripandet som poliserna hade efterfrågat. Slutligen poängterade Europadomstolen att de nationella domstolarna hade påpekat att den fällande domen huvudsakligen hade baserats på de två polisernas uttalanden.

Europadomstolens slutliga bedömning av fallet var att poliserna hade förmått Teixeira de Castro att begå ett brott som han annars inte skulle ha begått. Deras ingripande och det faktum att den användes som underlag för den fällande domen medförde att Teixeira de Castro, redan från början, hade varit berövad sin rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 EKMR.⁶⁶

I fallen *Vanyan v. Russia* och *Khudobin v. Russia* bekräftade domstolen utfallet i Teixeira de Castro och konstaterade att det är tillåtet att som polis arbeta under täckmantel men inte att anstifta till brott och därmed framkalla en brottslig gärning som annars inte skulle ha begåtts.

3.2.1.4 Polisprovokation

Europadomstolen framhöll i *Ramanauskas v. Lithuania* sin förståelse för att polisen vid bekämpandet av organiserad brottslighet och korruption behöver använda sig av informatörer, infiltratörer samt andra spaningsmetoder för att kunna tackla ett växande problem. Däremot kvarstår rätten till en rättvis rättegång som inte får kränkas oavsett hur starkt det andra intresset må vara. Vid användningen av metoder eller åtgärder som riskerar att förmå en person att begå ett brott som personen annars inte skulle ha begått krävs det att rättsordningen sätter upp klara riktlinjer för vad som är tillåtet. Det ska även vidtas lämpliga åtgärder som skyddar mot missbruk. Detta bör framförallt ske genom ett tydligt och förutsebart förfarande när det kommer till godkännande, genomförande och övervakande av sådana åtgärder.⁶⁷ Det vore mest lämpligt om domstolarna hade den övergripande kontrollen men även åklagare får anses vara en godtagbar övervakare.⁶⁸

⁶⁶ Teixeira de Castro v. Portugal, p. 39.

⁶⁷ Ramanauskas v. Lithuania [GC], p. 49-51.

⁶⁸ Bannikova v. Russia, p. 50.

Det allmänna intresset av brottsbekämpning kan inte rättfärdiga användningen av bevisning om ett brott som endast skett på grund av en provokation från polisens sida. Det skulle innebära att den tilltalade förlorat sin rätt till en rättvis rättegång redan från början.⁶⁹

⁶⁹ Ramanauskas v. Lithuania [GC], p. 54-55.

4 Analys

4.1 I Sverige tillåtna provokativa åtgärder

Är (i Sverige tillåtna) provokativa åtgärder förenliga med art. 6 EKMR om rätten till en rättvis rättegång? ? Så lyder uppsatsens frågeställning och för att besvara den har en utredning av det svenska rättsläget avseende provokativa åtgärder i Sverige gjorts. Eftersom användningen av provokativa åtgärder inte finns reglerat i lag har utredningen baserats på framförallt förarbeten, rättspraxis och doktrin.

Trots bristen på lagstöd och det faktum att provokativa åtgärder kan ifrågasättas ur både ett integritets- och ett rättssäkerhetsperspektiv anses de alltså som en godtagbar polisiär arbetsmetod. Den toleranta inställningen till metoden brukar förklaras genom att hänvisa till behovet av provokativa åtgärder som ett led i bekämpningen av den grova organiserade brottsligheten där åtgärderna visat sig särskilt effektiva.

Att precisera vad som är tillåtna provokativa åtgärder i Sverige är tämligen svårt framförallt på grund av att området inte är lagstiftat. En slutsats som kan dras, bland annat med stöd av NJA 2011 s 638, är att benämningen av en provokativ åtgärd inte avgör dess tillåtlighet. Bedömningen sker istället med utgångspunkt i hur den provokativa åtgärden har genomförts i det enskilda fallet för att avgöra om den varit tillåten. Detta konstaterande är till hjälp för domstolarna när de i efterhand ska bedöma en provokation, men hur ska de brottsbekämpande myndigheterna veta vad som utgör en tillåten provokativ åtgärd på förhand? Svaret på frågan är att de får förlita sig på de principer som etablerats på området samt praxis från både HD och Europadomstolen. Utgångspunkten för att avgöra tillåtligheten är att polisen inte får förmå någon att begå ett brott som personen inte annars hade begått, en princip som etablerades i förarbetena till polislagen. Denna princip har inte alltid varit en självklar del av den svenska rätten men anses numera vara grundläggande och innebär enkelt uttryckt att en förutsättning för användningen av provokativa åtgärder är att det redan föreligger ett brott eller i vart fall en brottslig vilja. En följd av detta var att HD i NJA 1985 s. 544 öppnade upp för

möjligheten att ge den tilltalade strafflindring om polisens metoder framstod som *uppenbart otillbörliga*. HD beskrev detta som att polisen till exempel själv deltar i ett brott eller förmår någon att begå ett brott som personen annars inte skulle ha begått. Principen har återigen bekräftats i och med NJA 2007 s. 1037 där domstolen ansåg att det inte fanns något i målet som indikerade att de tilltalade skulle ha begått gärningen om provokationen från polisen inte hade förekommit. Provokationen sågs som en materiell straffbarhetsbetingelse vilket medförde att åtalen lämnades utan bifall.

Utöver denna princip gäller ett antal villkor som alltid måste beaktas innan en provokativ åtgärd kan vidtas. Det ska först och främst föreligga en stark misstanke om allvarlig brottslighet, därefter måste proportionalitets- och behovsprincipen i 8 § polislagen beaktas, beslutet ska fattas av åklagare eller av polis på chefsnivå och förfarandet ska dokumenteras noga. Villkoren har bekräftats av doktrin, förarbeten och JO-uttalanden.

I Polismetodutredningen diskuterades bland annat huruvida det finns ett behov av att använda provokativa åtgärder i brottsbekämpningen. Deras slutsats var att det finns ett behov av provokation som syftar till att erhålla bevisning om redan begångna brottslighet. Utredningen framhöll vidare att behovet även omfattar provokativa åtgärder som kan leda till att nya brott begås vilket är anledningen till att de ansåg att tillåtligheten inte borde knytas till frågan om ett brott har provocerats fram eller ej. Förutsättningen för ett godkännande av framprovocerade brott är att dessa inte lagförs. Både Asp och Axberger hävdar att detta redan är gällande rätt i Sverige.

En slutsats kan härmed dras angående det rådande rättsläget avseende provokativa åtgärder i Sverige. För att en provokativ åtgärd ska anses som tillåten krävs det att provokationen har som syfte att erhålla bevisning om redan begångna brottslighet. Det anses även tillåtet att provocera fram nya brott inom ramen för syftet, under förutsättning att detta brott inte lagförs. Innan beslut om provokativ åtgärd fattas måste även ovan anförda villkor beaktas samt en allmän avvägning göras mellan motstående intressen.

Det kommer dock fortfarande att finnas gränsdragningsproblem avseende tillåtna provokativa åtgärder. Så var fallet i NJA 2011 s. 638 där hot och allvarliga påtryckningar företogs av polisen vilket ledde till att bevisprovokationen, som i teorin var tillåten, ansågs otillbörlig. En bedömning i det enskilda fallet måste således alltid göras för att avgöra om en provokativ åtgärd är tillåten att vidta eller inte.

4.2 Förenlighet med artikel 6 EKMR

Av äldre svensk praxis går det att utläsa en mycket restriktiv inställning till att låta provokation påverka den provocerades straffrättsliga ansvar. De senaste åren har dock denna inställning kommit att förändras till följd av Sveriges inkorporering av Europakonventionen samt ett avgörande från Europadomstolen. Domen i *Teixeira de Castro v. Portugal* var en tydlig indikation på att Sveriges förhållningssätt till provokativa åtgärder förmodligen utgjorde en kränkning av artikel 6 EKMR och rätten till rättvis rättegång.

Den förändrade inställningen till provokativa åtgärder blev ett faktum i och med HD:s dom i NJA 2007 s. 1037. Genom avgörandet stod det klart att Sverige inte tillåter vad som traditionellt sett brukar benämnas som en brottsprovokation. De brottsbekämpande myndigheterna i Sverige får inte provocera fram ett brott som annars inte skulle ha begåtts. I och med detta avgörande är Sveriges syn på brottsprovokationer förenlig med Europadomstolens praxis⁷⁰ och således även artikel 6 EKMR och rätten till en rättvis rättegång.

Vad som numera utgör tillåtna provokativa åtgärder i Sverige bestäms av syftet. Så länge en åtgärd syftar till att erhålla bevisning om redan begången brottslighet är utgångspunkten att den anses som tillåten i svensk rätt. Denna utgångspunkt innebär emellertid inte att alla handlingar som företas inom ramen för detta syfte är godtagbara. På grund av den begränsade rättspraxis som finns på området och avsaknaden av lagstiftning ställer svensk rätt inte upp några konkreta regler angående vilka handlingar som är tillåtna vid en provokativ åtgärd. Med stöd av Europadomstolens praxis kan man däremot utläsa vissa krav som ställs på en provokation för att den ska anses förenlig med rätten till en rättvis rättegång.

I NJA 2011 s. 638 tolkade HD Europadomstolens praxis för att veta hur de skulle behandla ett fall där polisinfiltratörer genom hot och påtryckningar fått en person att meddela belastande uppgifter om sig själv under utredningen av ett mord. Den

⁷⁰ *Teixeira de Castro v. Portugal*, *Khudobin v. Russia* och *Vanyan v. Russia*.

hotfulla situation som hade skapats ansågs av HD som otillbörlig vilket innebär att den framprovocerade bevisningen beaktades med stor försiktighet. Detta behövde däremot inte innebära att artikel 6 EKMR hade kränkts eftersom en bedömning av förfarandet i sin helhet alltid ska göras där andra aspekter vägs in. I bedömningen tittar domstolen på om den framprovocerade bevisningen har ställts i relation till annan utredning, om försvaret haft möjlighet att bemöta den framprovocerade bevisningen och ifrågasätta dess tillförlitlighet samt om domstolen haft goda möjligheter att värdera bevisningen i sin helhet. HD:s slutsats i fallet var att den företagna bevisprovokationen innehöll ett otillbörligt inslag vilket utgjorde grund för strafflindring. Trots att HD inte uttryckligen framhöll att det otillbörliga inslaget lett till en kränkning av artikel 6 EKMR är det en slutsats som jag drar av domen i fallet. Med anledning av detta är domen i NJA 2011 s. 638 vägledande för att avgöra när en bevisprovokation kan anses kränka rätten till en rättvis rättegång i artikel 6 EKMR. För att en tillåten provokativ åtgärd ska vara förenlig med artikel 6 EKMR krävs det således att den inte innehåller några otillbörliga inslag såsom hot eller påtryckningar.

Vidare kan man med stöd av Europadomstolens praxis dra slutsatsen att det finns en princip som är helt avgörande för om en provokation ska anses förenlig med artikel 6 EKMR. Den innebär att de brottsbekämpande myndigheterna inte får ha spelat en för aktiv roll och därmed förmått någon att begå ett brott som personen annars inte hade begått. Principen är, som ovan anförts, grundläggande även i svensk rätt.

Avslutningsvis kan man mot bakgrund av Europadomstolens praxis urskilja en relativt tolerant inställning till långtgående provokationer under förutsättning att gärningar som provocerats fram inte lagförs. Denna inställning överensstämmer med den svenska synen på provokativa åtgärder och möjligheten att provocera fram nya brott med syfte att erhålla bevisning om redan begången brottslighet.

Att svara på den inledande frågeställningen har visat sig vara svårare än förutsett då varken svensk rätt eller EKMR ger en tydlig vägledning över vad som de facto utgör tillåtna provokativa åtgärder. Trots detta har jag genom min utredning gjort

en precisering av tillåtna åtgärder i Sverige baserat på förarbeten, doktrin och praxis samt analyserat hur dessa förhåller sig till kraven som följer av artikel 6 EKMR. Det är tydligt att framförallt nyare rättspraxis beaktar artikel 6 EKMR och de krav som följer av Europadomstolens praxis i hög grad vilket visar på en avsikt från HD:s sida att säkerställa att det svenska rättsläget är förenligt med EKMR. Trots detta är det omöjligt att säga att alla framtida fall av provokationer i Sverige kommer att vara förenliga med EKMR. Eftersom användningen av provokativa åtgärder inte finns reglerat i lag finns det en stor risk att provokationer som strider mot EKMR trots allt kommer förekomma. Första steget för att säkerställa att artikel 6 EKMR efterlevs är genom att införa en tydlig reglering. Något som även skulle vara motiverat utifrån en rättssäkerhetsaspekt.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Tryckta källor

Statens offentliga utredningar

SOU 1982:63 Polislag.

SOU 2010:103 Särskilda spaningsmetoder.

Propositioner

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

Proposition 1993/94:117 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor.

Justitieombudsmannen

JO-beslut 2000/01 s. 118-137.

Elektroniska källor

Sveriges Delegation vid Europarådet: *Europakonventionen och Europadomstolen*,

www.swedenabroad.com/sv-SE/Ambassader/COE/Sverige--Europaradet/Europaradets-allmanna-overvakning/, besökt 2016-12-10.

Europarådet: *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights* (2014),

www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf, besökt 2016-12-20.

Litteratur

ASP, PETTER (2001), *Straffansvar vid brottsprovokation*, 1:a upplagan. Stockholm: Norstedts juridik.

ASP, PETTER (2008), 'Om brottsprovokation och dess betydelse för den provocerades ansvar', *Svensk Juristtidning*, s. 779-794.

AXBERGER, HANS-GUNNAR (1989), *Brottsprovokation*. Stockholm: Juristförlaget.

AXBERGER, HANS-GUNNAR (2002), *Brottsprovokation – en uppdatering*. I: *Flores juris et legum*: festskrift till Nils Jareborg, s. 59-79.

KLEINEMAN, JAN (2013), 'Rättsdogmatisk metod', i KORLING, FREDRIC & ZAMBONI, MAURO (red.): *Juridisk metodlära*, 1:a upplagan. Lund: Studentlitteratur.

DANELIUS, HANS (2007), *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 3:e upplagan. Stockholm: Norstedts juridik.

VICTOR, DAG (2013), 'Svenska domstolars hantering av Europakonventionen', *Svensk Juristtidning*, s. 343-396.

ÅGREN, JACK (2011), 'Otillbörlig bevisprovokation tillmäts betydelse som billighetsskäl', *Juridisk Tidskrift 2011/12*, s. 916-925.

Rättsfallsförteckning

Svenska avgöranden

NJA 1985 s. 544.

NJA 1989 s. 498.

NJA 2003 s. 323.

NJA 2007 s. 1037.

NJA 2011 s. 638.

Avgöranden från Europadomstolen

Allan v. the United Kingdom, nr 48539/99, 5 november 2002.

Bannikova v. Russia, nr 18757/06, 4 november 2010.

Jalloh v. Germany [GC], nr 54810/00, 11 juli 2006.

John Murray v. the United Kingdom [GC], nr 18731/91, 8 februari 1996.

Khudobin v. Russia, nr 59696/00, 26 oktober 2006.

Ramanauskas v. Lithuania [GC], nr 74420/01, 5 februari 2008.

Salduz v. Turkey [GC], nr 36391/02, 27 november 2008.

Schenk v. Switzerland, nr 10862/84, 12 juli 1988.

Teixeira de Castro v. Portugal, nr 25829/94, 6 september 1998.

Vanyan v. Russia, nr 53203/99, 15 december 2005.