



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sofie Sundblad

Kan brottsprovokation bli rättvist?

En studie om hur de nationella domstolarna bör hantera
brottsprovokation för att inte kränka art. 6 EKMR

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Anders Sjögren

Termin: HT 2020

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsingar	7
1.4 Metod, material och perspektiv	8
1.5 Forskningsläge	9
1.6 Disposition	9
2 LITTERATURENS SYN PÅ BROTTSPROVOKATION	11
2.1 Vad är brottsprovokation?	11
2.2 Otillåten brottsprovokation	12
3 EUROPEISKA KONVENTIONEN OM SKYDD FÖR DE MÄNSKLIGA RÄTTIGHETERNA	14
3.1 Konventionen och Europadomstolen	14
3.2 Artikel 6 – Rätten till en rättvis rättegång	15
4 EN RÄTTSFALLSSTUDIE	16
4.1 Teixeira de Castro mot Portugal 1998	16
4.1.1 Bakgrund	16
4.1.2 Efterföljande debatt	17
4.2 NJA 2007 s. 1037	18
4.3 Ramanauskas mot Litauen (2008)	20
4.4 Bannikova mot Ryssland (2010)	22
4.5 Furcht mot Tyskland (2014)	23
5 ANALYS OCH SLUTSATS	25

5.1	När klassas en åtgärd som brottsprovokation?	25
5.2	När i den rättsliga processen innebär provokationen en kränkning av art. 6 EKMR?	27
5.3	Slutsats	29
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	30
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	32

Summary

The purpose of this essay is to clarify how the use of police incitement should be handled in the national courts to avoid violating article 6 in the European convention on human rights (ECHR) that ensures the right to a fair trial.

The examination is based on doctrine and a case study, starting with the case *Teixeira de Castro v. Portugal*. In this judgement the European Court of Human Rights (The European Court) explained that the public interest of investigating a crime never could justify the use of evidence obtained by police incitement. The judgement was followed by a discussion about how police incitement should be defined and how it should be handled in court. The Swedish professor Petter Asp addresses this subject in his book from 2001, he presents two methods that could be used to decide if the police behavior should be defined as police incitement.

The European Court have done some clarifications in their later judgements. The court uses *the substantive test of incitement* to investigate if the crime would have been committed even without the provocation. The court have also clarified that if police incitement could be proven, the national courts have an obligation to take necessary measures. This can be done by excluding all the evidence from the police incitement, or a method that leads to the same result. For some time, the German court and professor Asp interpreted this to mean that compensation in form of reduction of punishment was possible. In 2014 the European Court came with a clarification that not even a considerable mitigation of the provoked sentence can be seen as a method whit the same result as excluding the evidence. The conclusion that can be made from this is, that the use of evidence obtained by police incitement leads to a violation of art. 6 ECHR. This solution works bad in the Swedish legal system due to the principle about free use of evidence (*den fria bevisföringens princip*), wherefore the Swedish Supreme Court made a wider conclusion and said that there is a violation of art. 6 ECHR when the prosecution starts.

Sammanfattning

Syftet med detta arbete är att söka klarhet i hur förekomsten av brottsprovokation ska hanteras i de nationella domstolarna för att inte kränka art. 6 EKMR, som ska tillförsäkra den enskilde rätten till en rättvis rättegång. Uppsatsen är baserad på de aspekter som lyfts fram i doktrin och en rättsfallsstudie som har sin utgångspunkt i avgörandet Teixeira de Castro mot Portugal. Där slog Europadomstolen fast att allmänintresset av att utreda brott aldrig kan rättfärdiga att bevisning från brottsprovokation används mot den provocerade. Avgörandet efterföljdes av en debatt kring vad som ska klassas som brottsprovokation samt hur förekomsten av brottsprovokation ska hanteras i domstolarna. Den svenska professorn Petter Asp diskuterar detta i sin bok från år 2001, där han presenterar två typer av metoder för att avgöra om polisens agerande är att anse som otillåten brottsprovokation eller inte.

I senare avgöranden har Europadomstolen kommit med klargöranden. Domstolen utgår från *the substantive test of incitement* för att utreda om brottet skulle ha begåtts även utan provokationen. Bedömningen baseras både på polisens och den enskildes agerande. Europadomstolen har även fastställt att i de fall som det kan konstanteras att brottsprovokation skett åligger det domstolarna att vidta åtgärder. Antingen kan all bevisning från provokationen exkluderas, eller så ska liknande metoder som ger samma resultat vidtas. Länge tolkades rättsläget som så att en kompensation i form av strafflindring var möjlig. År 2014 klargjorde dock Europadomstolen att inte ens en omfattande strafflindring kan anses motsvara en metod med samma resultat som att all bevisning från provokationen exkluderas. Slutsatsen som då kan dras är att en kränkning av art. 6 EKMR kan anses föreligga först när bevisningen från brottsprovokationen används i rättsprocessen mot den enskilde. En tolkning som är oförenlig med den fria bevisföringens princip som gäller i Sverige. Varpå HD har fastslagit att en kränkning av art. 6 EKMR föreligger redan när åtal för en framprovocerad gärning väcks.

Förkortningar

Art.	Artikel
ECHR	European convention on human rights
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
European Court	European court on human rights
f.	Följande sida
ff.	Följande sidor
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

Relationen mellan rättsväsendet och den enskilde individen i en stat har länge intresserat mig. Det är intressant hur rättsväsendet ska verka för rättvisa både i förhållande till ett brottsoffer och till en brottsmisstänkt. När brott ska utredas kan det lätt bli så, att fokus hamnar på rättvisan för brottsoffret varpå den brottsmisstänktes intressen kan hamna i skymundan. Denna problematik blir extra tydlig i de fall där polisen i syfte att utreda brottslighet på något sätt påverkar en person att begå en brottslig gärning, vilket kallas för brottsprovokation.

I den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) finns ett antal skydd för den brottsmisstänkte medborgaren. Ett av dessa skydd är rätten till en rättvis rättegång som finns i artikel (art.) 6. Genom Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna så gäller EKMR sedan år 1995 som lag i Sverige.

Hur förekomsten av brottsprovokation och rätten till en rättvis rättegång går ihop och förhåller sig till varandra är inte helt självklart.

1.1 Bakgrund

Sverige hade tidigare en återhållsam inställning till hur förekomsten av brottsprovokation skulle påverka den provocerades straffrättsliga ansvar. Rättsläget var länge så att i de fall där polisen använt provokativa metoder som ansågs som uppenbart otillbörliga så kunde det leda till strafflindring.¹ Exempel på metoder som ansågs som uppenbart otillbörliga var de fall där polisen förmått någon att begå brott som de annars inte skulle ha begått.²

¹ NJA 1985 s. 544

² SOU 2010:103 s. 132

Detta tolkades dock restriktivt och det ställdes höga krav för att en provokation skulle resultera i strafflindring.³

År 1998 kom den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) med sitt avgörande i Teixeira de Castro mot Portugal⁴ som i visst hänseende klargjorde hur brottsprovokation skulle hanteras av de nationella domstolarna för att inte kränka art. 6 EKMR. Avgörandet väckte en debatt kring om att den svenska återhållsamma hanteringen kanske inte var nog. I debatten framfördes å ena sidan, att domen borde tolkas som att det föreligger ett förbud mot att lagföra den enskilde om brottsprovokation förekommer.⁵ Men å andra sidan framfördes att en sådan tolkning måste anses för långtgående, med hänvisning till att Europadomstolen har att bedöma rättegången som helhet så någon form av kompensation bör vara möjlig.⁶

I Tyskland fortsatte man även efter Teixeira de Castro mot Portugal med att kompensera brottsprovokation genom strafflindring. Genom att väga in den otillåtna brottsprovokationen i straffmätningen så kunde det leda till påföljdseftergift eller strafflindring. I en dom från år 1999 förde den tyska domstolen en diskussion kring denna lösnings förenlighet med Teixeira de Castro mot Portugal. Den tyska domstolen menade då att det inte kunde anses föreligga ett förbud mot att lagföra den provocerade enligt Europadomstolens praxis. De menade vidare att Europadomstolen inte nämner när en kränkning mot art. 6 EKMR har uppstått, om det är redan vid förekomsten av provokationen eller om det är provokationen i kombination med den efterföljande rättsprocessen. Den tyska domstolen kom till slutsatsen att det inte var provokationen i sig som utgjorde en kränkning av EKMR, utan att dess förekomst kunde kompenseras i den efterföljande rättsprocessen.⁷

³ Asp (2001) s. 191

⁴ Se mer 4.1

⁵ Victor (2001) s. 741

⁶ Asp (2001) s. 223f.

⁷ Asp (2001) s. 225f.,

Även om Teixeira de Castro mot Portugal gav viss klarhet så kan det fortfarande konstateras att det inte råder konsensus kring vad som ska vägas in i bedömningen om polisens agerande ska anses som främst passivt eller som provokation. Det råder även delade meningar kring huruvida rättvisan kan återställas efter att brottsprovokation skett.⁸

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med detta arbete är således att söka fylla den kunskapslucka som ovan presenterats. Genom att försöka bringa klarhet i hur de nationella domstolarna i konventionsstaterna bör hantera förekomsten av brottsprovokation för att inte kränka art. 6 EKMR. För att göra detta måste det fastställas hur Europadomstolen går tillväga för att avgöra vilka metoder hos polisen som ska klassas som brottsprovokation och därmed särskilt ska beaktas i den efterföljande rättsprocessen. Det bör även fastställas när i en rättsprocess som en kränkning av art. 6 EKMR är ett faktum. Om så är fallet redan när handlingen utförs, när åtal väcks, först när bevisningen från provokationen åberopas eller om det kan tolkas så att en stat genom kompensation i form av strafflindring kan upprätthålla kravet om rätten till en rättvis rättegång.

För att uppnå syftet ska följande frågeställning besvaras:

Hur ska förekomsten av brottsprovokation hanteras av de nationella domstolarna för att det inte ska innebära en kränkning av art. 6 EKMR?

För att besvara den övergripande frågan kommer följande delfrågor att besvaras:

- *När klassas en åtgärd som brottsprovokation?*
- *När i den rättsliga processen innebär provokationen en kränkning av art. 6 EKMR?*

⁸ Schmitt-Leonardy (2017) s.304

1.3 Avgränsingar

Vid frågor om polisens provokativa metoder gör man ofta en uppdelning mellan bevisprovokation och brottsprovokation. Denna uppsats kommer dock att avgränsas till att enbart beröra brottsprovokation. Detta då ren bevisprovokation enligt praxis behandlas på ett annat sätt⁹ och med hänvisning till uppsatsens omfattning finns inte utrymme att behandla båda typer.

Brottsprovokation väcker tre olika frågor. För det första frågan om provokatörens straffrättsliga ansvar. För det andra frågan om den provocerades straffrättsliga ansvar. För det tredje tillåtligheten av brottsprovokation som polisiär arbetsmetod.¹⁰ Det är främst i fråga två som kopplingen till EKMR och rätten till en rättvis rättegång blir aktuell. På grund av det, samt på grund av uppsatsens omfattning är det framförallt fråga två som kommer behandlas i uppsatsen. Det får även anses klargjort att det inte är nödvändigt att regleringen kring brottsprovokation som tillåten polisiär arbetsmetod måste överensstämma med regleringen kring möjligheten att lagföra den provocerade. Det är således möjligt att undersöka det ena utan att fokusera allt för mycket på det andra.¹¹

Frågan om vem som ska provocera för att det ska anses vara hänförligt till polisen är en spännande fråga, som dock faller utanför syftet med denna uppsats. Som utgångspunkt har Europadomstolen ansett att det inte spelar någon roll om det är polisen själv eller någon som på polisens uppdrag utför den provocerande handlingen.¹² Därav kommer jag framöver benämna den som provocerar som polisen, oavsett om det är en infiltratör, polis eller enskild på polisens uppdrag.

⁹ Lundqvist (2015) s.70

¹⁰ Asp (2008) s.780, p.3

¹¹ SOU 2010:103 s.131

¹² Europarådet, Guide on art 6 of the European Convention on Human Rights, p.217

Rätten till en rättvis rättegång finns sedan år 2010 även i 2 kap 11 § 2 st Regeringsformen (1974:152). Syftet var att denna paragraf skulle tolkas självständigt från art. 6 EKMR, men i brist på klargörande praxis så tolkas den i praktiken på samma sätt som art. 6 EKMR.¹³ Denna uppsats kommer därmed endast fokusera på art. 6 EKMR.

1.4 Metod, material och perspektiv

För att kunna ge svar på frågeställningen krävs en redogörelse av det gällande rättsläget. Därför har jag använt en rättsdogmatisk metod där jag studerat rättsfall, doktrin, lagstiftning och förarbeten. Den rättsdogmatiska metoden är en bra metod för att på ett transparent sätt kunna presentera gällande rätt för att kunna upptäcka brister samt dra slutsatser.¹⁴ Det kan framföras kritik mot användandet av en rättsdogmatisk metod rörande ett ämne som just mänskliga rättigheter. Detta med grund i att entusiasmen kring ett sådant ämne lätt kan leda till att den framställning som görs inte hålls helt neutral.¹⁵ För att motverka denna problematik har jag haft extra fokus på transparens i uppsatsens alla delar.

Det mest centrala materialet i denna framställning är rättsfallsstudien där praxis från Europadomstolen samt Högsta domstolen (HD) undersökts. Det finns en stor mängd rättsfall från Europadomstolen som berör just brottsprovokation, varpå en avgränsning har krävts. Endast de fall som ansetts mest centrala för att få svar på syftet med uppsatsen har inkluderats i rättsfallsstudien. Fokus i varje rättsfall har varit att presentera det mest centrala varpå omständigheter kring andra rättsfrågor i fallen har exkluderats.

I uppsatsens analyserande del tillämpas ett rättssäkerhetsperspektiv, med utgångspunkt i Frändbergs definition av begreppet rättssäkerhet¹⁶. Med fokus

¹³ Derlén, Lindholm och Naarttijärvi (2020) s.431f.

¹⁴ Nääv och Zamboni (2018) s.37

¹⁵ Nääv och Zamboni (2018) s.44

¹⁶ Frändberg (2000) s. 269

på den enskilde individens skydd mot den offentliga makten och rättsordningen.

1.5 Forskningsläge

Det mest centrala verket får anses vara Petter Asps *Straffansvar vid brottsprovokation* från år 2001. I vilken han bland annat för en diskussion kring den provocerades straffrättsliga ansvar. Han gör även en analys av brottsprovokation kopplat till art. 6 EKMR. År 2008 publicerade han även *Om brottsprovokation och dess betydelse för den provocerades straffansvar*. Där han med hänsyn till den nyttillkomna praxisen gör ytterligare analyser av den provocerades straffrättsliga ansvar.

Även Hans-Gunnar Axberger är framstående när det kommer till diskussionen kring brottsprovokation. Även om han inte har en lika tydlig koppling till EKMR. Hans framställning *Brottsprovokation – en uppdatering* diskuterar den provocerades straffrättsliga ansvar.

När det gäller forskning kopplat till europarätten finns det mindre att tillgå. Men Hans Danelius *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis* som på ett övergripande sätt presenterar relevant europarättslig praxis har varit till stor hjälp i detta arbete. Även Charlotte Schmitt-Leonardys bör nämnas. Hon har författat artikeln *Entrapment & Evidence* som för en diskussion kring tolkningen av Europadomstolens dom Furcht mot Tyskland.

1.6 Disposition

Uppsatsens framställning är systematiskt indelad i fem olika kapitel, för att på ett tydligt sätt lägga fram det material som undersökts för att nå syftet med uppsatsen.

I första kapitlet ges en kort introduktion till ämnet, samt en bakgrund till hur rättsläget tidigare sett ut. I kapitel två behandlas begreppet brottsprovokation, med hänvisning till den juridiska litteraturen. I samband med detta presenteras olika sätt att definiera begreppet brottsprovokation. I det tredje kapitlet presenteras EKMR, här med ett fokus på art. 6 och rätten till en rättvis rättegång. Vidare i det fjärde kapitlet presenteras den praxis från Europadomstolen och Högsta domstolen som är relevant i detta sammanhang. I uppsatsens femte kapitel sammanställs det som tidigare har presenterats, för att sedan analyseras. Avslutningsvis besvaras uppsatsens frågeställningar.

2 Litteraturens syn på brottsprovokation

2.1 Vad är brottsprovokation?

I svensk rätt finns ingen laglig definition på vad som räknas som en provokativ metod, men dess förekomst diskuteras i propositionen till polislagen (1984:387). I propositionen definierades provokation som ” [...] att polisen i sitt brottsbekämpande arbete använder sig av metoden att locka eller utmana någon till handling eller ett uttalande, som kan vara besvärande eller på annat sätt negativt för denne eller annan i dennes närhet”¹⁷.

Var gränsen för brottsprovokation går är omdiskuterat i den juridiska litteraturen. Ofta görs en distinktion mellan å ena sidan bevisprovokation å andra sidan brottsprovokation. Där bevisprovokation innebär en provokativ åtgärd med syfte att få fram bevisning i ett redan begånget brott. Medan brottsprovokation innebär en provokativ åtgärd i syfte att framkalla ett brott.¹⁸ I praktiken är en sådan uppdelning inte helt lätt att göra. Det kan lätt förekomma situationer där en och samma åtgärd leder till så väl bevisprovokation som brottsprovokation. Det finns olika åsikter om hur gränsen mellan de båda begreppen ska dras. Asp ställer sig kritisk till den definition som Axberger länge förespråkade, nämligen att syftet med åtgärden bör vara avgörande. Istället förespråkar Asp en definition där provokationen ska relateras till varje enskild brottslig gärning. Om en provokation resulterar i att en person förmås att begå en brottslig gärning, så ska det anses som brottsprovokation i relation till just den gärningen.¹⁹

¹⁷ Prop. 1983/84:111 s.45

¹⁸ SOU 2010:103 s.214

¹⁹ Asp (2001) s.205f.

Termen brottsprovokation definieras även i förhållande till polisens andra utredningsmetoder. Asp hänvisar till den danske professorn Gammeltoft-Hansen som menar att man bör skilja mellan allmän efterforskning och deltagande efterforskning. Med deltagande efterforskning menas att polisen medverkar i den brottsliga aktiviteten och det är då att klassa som brottsprovokation. Däremot ska polisen inte anses ha medverkat till den brottsliga gärningen i de fall där de enbart presenterat en lockelse eller där de medverkat men inte tagit något initiativ till gärningen.²⁰

2.2 Otillåten brottsprovokation

Det råder delade meningar kring om man kan tala om tillåten och otillåten brottsprovokation. Gammeltoft-Hansen gör dock en sådan distinktion. Han menar att det avgörande vid om brottsprovokationen är att anse som tillåten eller inte är vilka omständigheter som förändras i och med provokationen. Om provokationen påverkar den provocerade till att begå just det brottet, vid det tillfället, mot det offret, så är den att anse som otillåten. Men om det som påverkas snarare är omständigheter utan betydelse så som platsen för brottet, tiden för brottet eller andra yttre omständigheter, så bör brottsprovokationen anses som tillåten.²¹

Asp menar att man inte bör skilja på tillåten och otillåten brottsprovokation. Han anser att det finns två olika modeller när man talar om bedömningen av brottsprovokation. Den subjektiva modellen lägger vikt vid om brottet skulle ha begåtts även utan provokationen. Han beskriver det som en tvåstegsbedömning där det första steget är att avgöra om polisens handlande är att anses som brottsprovokation, alltså en bedömning av polisens agerade. Sedan går man vidare till att avgöra om denna provokation ska påverka den provocerades ansvar, genom en bedömning av den provocerade. Bedömningen blir således lik den som Gammeltoft-Hansen förespråkar. Asp

²⁰ Asp (2001) s.323

²¹ Asp (2001) s. 324f.

själv förespråkar dock inte en subjektiv bedömning, han menar att fokus då hamnar på gärningsmannen istället för gärningen. Detta blir problematiskt då det aldrig går att vara säker på om en gärning skulle ha begåtts även utan provokationen.²² Han utvecklar denna tanke i sin artikel från år 2008 där han menar att en sådan bedömning lätt kan bli diskriminerande då den provocerades tidigare beteende och göranden tillmäts betydelse. Om det inte tillmäts betydelse så hamnar fokus istället på eventuella förberedelser inför det aktuella brottet, och det menar han, kan lagföras som just förberedelse till brott.²³ Med detta som grund förespråkar Asp istället en objektiv bedömning. Han menar att om polisens agerande är att anse som brottsprovokation så ska den framprovocerade gärningen aldrig bestraffas. Bedömningen ska alltså ske helt avgörande på polisens agerande och ingen subjektiv bedömning av den provocerade.²⁴

Även Axberger kommenterar uppdelningen i en subjektiv och en objektiv bedömning. Han menar dock att i praktiken bör bedömningen utifrån de båda modellerna leda till samma utfall. Om man genom en objektiv bedömning kommer fram till att poliserna använt metoder som måste klassas som brottsprovokation till exempel press och upprepade övertalningsförsök, så blir det svårt att vid en subjektiv bedömning komma till slutsatsen att brottet skulle ha begåtts även utan provokationen.²⁵

²² Asp (2001) s.324ff.

²³ Asp (2008) s.791 p.16-17

²⁴ Asp (2001) s.324ff.

²⁵ Axberger (2002) s.69

3 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna

3.1 Konventionen och Europadomstolen

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna trädde i kraft år 1953 och innehåller en mängd olika friheter och rättigheter. Det faller på de nationella rättsordningarna i de anslutna konventionsstaterna att tillförsäkra de rättigheter som konventionen skyddar. Men staterna är även underkastade en kontroll av Europadomstolen. Domstolen består av en domare från varje konventionsstat och kan döma i mellanstatliga mål samt enskilda klagomål.²⁶

Staterna är inte genom sitt anslutande folkrättsligt förpliktigade att följa Europadomstolens domar mot andra stater. Genom att vi i Sverige har gjort konventionen till lag så ska dock även den praxis som finns kring artiklarna följas. Detta inte minst för att undvika en framtida kränkning av konventionen. Men det ska samtidigt beaktas att alla konventionsstater har olika rättsordningar. Detta betyder att en dom som berör en annan stat inte rakt av kan tolkas likadant i alla rättsordningar, utan måste tolkas och anpassas efter den nationella rättsordningen.²⁷

²⁶ Danelius (2015) s.17, 22-23, 37f.

²⁷ Åhman (2019) s. 117

3.2 Artikel 6 – Rätten till en rättvis rättegång

Art. 6 EKMR tillförsäkrar rätten till en rättvis rättegång. Fokus för hela artikeln är just rättvisa. Bedömningen kring om en rättegång kan anses rättvis ska som huvudregel göras efter en avslutad rättegång och med beaktning av rättegången som helhet. Artikeln tar sikte på förfarandet framför domstol och alltså inte på det brottsutredande stadiet.²⁸ Hur de nationella myndigheterna sköter sina brottsutredningar anses inte vara en fråga som Europadomstolen med hänvisning till art. 6 har att ta ställning till.²⁹

Art. 6 EKMR har således inga konkreta regler om bevisningen i en rättegång. Det finns inga krav på hur bevisvärderingen ska gå till eller vilka bevis som får åberopas. Men i och med att artikeln tar sikte på rättegången som helhet, kan hanteringen av vissa bevisfrågor anses ha påverkat processen så till den grad att den inte längre kan anses som rättvis. Ett exempel på detta är att Europadomstolen slagit fast att bevisning som inhämtats på ett sätt så att det strider mot art. 3 i konventionen om förbud mot tortyr, leder till en direkt kränkning av art. 6.³⁰ Det är även viktigt att notera att EKMR enbart tillförsäkrar en minimistandard. Det finns alltså inget som hindrar en ansluten stat att erbjuda ett starkare rättighetskydd och gå utöver konventionen.³¹

²⁸ Europarådet, Guide on art 6 of the European Convention on Human Rights p.1f , p.216

²⁹ Asp (2001) s.213

³⁰ Derlén, Lindholm och Naarttjärvi (2020) s.443f.

³¹ Asp (2001) s.317

4 En rättsfallsstudie

4.1 Teixeira de Castro mot Portugal 1998

4.1.1 Bakgrund

Två portugisiska undercoverpoliser tog kontakt med narkotikaleverantören X. Hemma hos X gjorde poliserna ett anbud att köpa 20 g heroin som X accepterade. De möttes upp igen varpå köpet genomfördes och X greps. Han dömdes sedan till sex års fängelse av den nationella domstolen.³²

Europadomstolen klargjorde att frågor rörande vilken typ av bevisning som ska vara tillåten är en fråga för den nationella rätten. Däremot faller det på Europadomstolen att bedöma rättegången som helhet och där inkluderas sättet som bevisningen tagits upp. Domstolen poängterade även att allmänhetens intresse av att lagföra brottslingar aldrig kan rättfärdiga användningen av bevisning som kommer från polisprovokation. Samtidigt fastslog Europadomstolen att det inte finns något förbud mot att använda undercoverpoliser.³³

Vid Europadomstolens bedömning av polisens agerande var det avgörande om polisen hade provocerat mer än observerat och om det var polisen som tagit initiativet till brottet. Europadomstolen förklarade att i de fall där en polis enbart har samlat information om brottsliga gärningar så ska det klassas som undercoveragenter. Men om polisen aktivt initierar en person att begå ett brott så klassas det som *agent provocateur* och det är först då det kan vara en fråga om en kränkning av art. 6 EKMR. Men domstolen gjorde även en bedömning av X:s benägenhet att begå brottet även utan provokation. Där

³² Teixeira de Castro v. Portugal, no.25829/94, ECHR 1998-IV, p.9-12, 20-28

³³ Teixeira de Castro v. Portugal, no. 25829/94, ECHR 1998-IV p. 34ff.

bedömningen handlade om att han inte hade narkotikan hemma samt att han inte hade mer än vad affären handlade om.³⁴

Slutsatsen blev att polisens agerande måste anses ha varit utöver vad som kan accepteras för undercoveragenter. Vilket ledde till att utan deras agerande hade X troligtvis inte begått brottet. Därav hade X redan från början berövats rätten till en rättvis rättegång.³⁵

4.1.2 Efterföljande debatt

I Teixeira de Castro mot Portugal var det inte helt klart vilka rekvisit i bedömningen kring provokationen som var avgörande för domstolen. Detta ledde till att domen kom att tolkas och diskuteras i den juridiska litteraturen. Asp gör tolkningen att Europadomstolen inleder med en objektiv bedömning, om intensiteten av provokationen kan uppgå till ett sådant mått att det ens kan anses ha påverkat den enskilde. För att sedan lägga den större vikten på en subjektiv bedömning kring om den provocerade ändå hade begått detta eller liknande brott.³⁶

Domen gav heller inget tydligt svar på hur de nationella domstolarna skulle gå vidare när förekomsten av brottsprovokation var konstaterad. Asp menar i sin bok från år 2001 att det finns ett antal lösningar som går att förena med Europadomstolens uttalande i fallet. En tolkning är att all bevisning från provokationen ska exkluderas. Asp presenterar dock en viss problematik kring denna lösning. En del av kritiken består i att det ska avgöras vilken bevisning som har en koppling till provokationen och därav ska exkluderas. Men framförallt är det inte bevisningen som framkommit på ett felaktigt sätt, utan det är hela situationen som bevisningen bevisar. Asp menar då att den enda rimliga lösningen vore att all bevisning om den aktuella gärningen

³⁴ Teixeira de Castro v. Portugal, no.25829/94, ECHR 1998-IV p.27, p.38f.

³⁵ Teixeira de Castro v. Portugal, no. 25829/94, ECHR 1998-IV, p.39

³⁶ Asp (2001) s.215f.

exkluderas. Detta skulle i sin tur leda till att åtal inte kan väckas. Men då menar Asp att om detta är målet med åtgärden, så är bevisförbud fel metod.³⁷ En annan tolkning som görs är att domen bör tolkas som att det vid brottsprovokation föreligger ett förbud mot att lagföra den provocerade, att det skulle utgöra ett processhinder. Detta med grund i att Europadomstolen skriver "That intervention and its use in the impugned criminal proceedings meant that, right from the outset, the applicant was definitively deprived of a fair trial"³⁸. Om brottsprovokationen redan från början leder till att art. 6 EKMR kränks så bör någon form av kompensation inte vara möjlig.³⁹ Detta är en tolkning som Dag Victor ställer sig bakom. Han menar att någon form av kompensation inte bör vara möjlig då kränkningen av art. 6 EKMR skett redan när åtalet väckts.⁴⁰ Asp däremot menar att en sådan tolkning får anses för långtgående med hänvisning till att Europadomstolen ska göra sin tolkning på rättegången som helhet.⁴¹

Som ovan nämnts tolkade den tyska domstolen detta avgörande som att det inte är provokationen i sig som innebär en kränkning av art. 6 EKMR, utan att kompensation i form av strafflindring får anses som ett möjligt alternativ. Asp kommer till samma slutsats i sin framställning med hänsyn till att rättegången, enligt Europadomstolen, ska bedömas i sin helhet. Om den enskilde har kompenserats så bör inte en kränkning anses föreligga.⁴²

4.2 NJA 2007 s. 1037

En man greps i USA misstänkt för narkotikabrott. Han uppgav då för amerikansk polis att han hade information om en tavla som tidigare stulits från nationalmuseet i Sverige och påstod sig kunna medverka till att återbära den. Som följd etablerades en kontakt mellan amerikansk och svensk polis.

³⁷ Asp (2001) s. 220ff.

³⁸ Teixeira de Castro v. Portugal, no. 25829/94, ECHR 1998-IV p.39

³⁹ Asp (2001) s. 223f.

⁴⁰ Victor (2001) s. 741

⁴¹ Asp (2001) s. 223f.

⁴² Asp (2001) s.225ff.

Mannen skulle under översikt av polisen söka kontakt med innehavarna av tavlan. Mannen tog kontakt med fyra andra män och efter en tid bestämdes att överlämnandet av tavlan till en köpare skulle ske i Köpenhamn. I Köpenhamn träffades männen och den påstådde köparen som var en amerikansk polis. När överlåtelsen av tavlan skett greps männen av dansk polis. Samtliga invände mot åtalet och menade att brottet föranletts av en otillåten brottsprovokation.⁴³

HD tolkade att enligt Europadomstolens praxis bör det inte föreligga något hinder mot att lagföra någon för ett framprovocerat brott som även utan provokationen skulle ha begåtts men kanske på ett annat sätt, till exempel om en infiltrator uppträder som köpare av narkotika men omständigheterna är sådana att säljaren ändå skulle ha överlåtit narkotikan men inte just på det sättet. Däremot om polisen provocerat fram ett brott som annars inte hade begåtts, så ska den enskildes rätt till en rättvis rättegång enligt art. 6 EKMR anses ha blivit oåterkalligen undergrävd.⁴⁴ I förevarande fall fanns det inget som tydde på att de tilltalade hade tagit befattning med tavlan och begått det aktuella brottet om de inte provocerats till det. HD kom till slutsatsen att deras "[...]rätt till en rättvis rättegång måste därför anses ha blivit oåterkalligen undergrävd som en direkt följd av polisens åtgärder"⁴⁵.

Nästa steg för HD blev att ta ställning till hur förekomsten av brottsprovokation skulle beaktas i den efterföljande rättsprocessen. Att exkludera all bevisning från provokationen diskuterades, men en sådan lösning ansågs överensstämma dåligt med den svenska principen om fri bevisföring och avfärdades därför. Slutsatsen blev att förekomsten av brottsprovokation leder till att det saknas en materiell straffbarhetsbetingelse. Detta påverkar inte gärningens brottslighet men leder ändå till att ansvar är uteslutet. Om det saknas en materiell straffbarhetsbetingelse så saknas det

⁴³ NJA 2007 s. 1037 (på s.1039)

⁴⁴ NJA 2007 s. 1037 (på s. 1056)

⁴⁵ NJA 2007 s. 1037 (på s.1058)

sannolika skäl för fällande dom varför åtal inte ska väckas. I det fall en talan väcks, ska den lämnas utan bifall.⁴⁶

HD menade samtidigt att i de fall där provokationen inte lett till att rättvisan blivit oåterkalligen undergrävd så kan provokationen beaktas genom strafflindring eller påföljdseftergift. I ett fall som detta kunde dock inte en sådan lösning anses tillräcklig för att undvika ett konventionsbrott.⁴⁷

4.3 Ramanauskas mot Litauen (2008)

En åklagare i Litauen erbjöds en muta av en undercoverpolis i utbyte mot att släppa fri en misstänkt. Åklagaren avböjde först, men efter ytterligare försök gick han med på det. Han dömdes senare för mutbrott av den nationella domstolen.⁴⁸

Europadomstolen menade att det är frågan om provokation i de fall där polisen gått utöver att rent passivt utreda ett brott till att faktiskt påverka den enskilde att begå ett brott som den annars inte hade begått. Detta för att i ett senare skede kunna få personen fälld i en rättegång.⁴⁹

“Police incitement occurs where the officers involved – whether members of the security forces or persons acting on their instructions – do not confine themselves to investigating criminal activity in an essentially passive manner, but exert such an influence on the subject as to incite the commission of an offence that would otherwise not have been committed, in order to make it possible to establish the offence, that is, to provide evidence and institute a prosecution ...”⁵⁰

För att utreda om polisen gått utöver att passivt utreda brottet undersökte domstolen om den anklagade var dömd sedan tidigare. Domstolen tittade även på vem som tagit initiativen till gärningarna. Slutligen granskades även varför de aktuella åtgärderna hade vidtagits.⁵¹

⁴⁶ NJA 2007 s. 1037 (på sida 1059)

⁴⁷ NJA 2007 s. 1037 (på sida 1059)

⁴⁸ Ramanauskas v. Litauen, no. 74420/01, ECHR 2008, p. 9-23

⁴⁹ Ramanauskas v. Litauen, no. 74420/01, ECHR 2008, p. 55

⁵⁰ Ramanauskas v. Litauen, no. 74420/01, ECHR 2008, p. 55

⁵¹ Ramanauskas v. Litauen, no. 74420/01, ECHR 2008. p.67

Men domstolen sa även att det inte är brottsprovokationen i sig som leder till en kränkning av art. 6 EKMR, utan det som domstolen har att bedöma är hur dess förekomst påverkar rättegången mot den enskilde. Om slutsatsen av denna första bedömning blir att polisen inte har initierat den brottsliga gärningen så utgör användningen av bevisningen från händelsen ingen kränkning av art. 6 EKMR. Men om denna utredning visar att det har förekommit brottsprovokation så måste all bevisning från provokationen exkluderas.⁵²

“(…) since for the trial to be fair within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, all evidence obtained as a result of police incitement must be excluded.”⁵³

I förevarande fall var personen inte dömd sedan tidigare, polisen hade tagit initiativen till mötena och anledningen bakom detta var inte grundat på någon bevisning utan på rykten. Därför ansågs polisen ha gått längre än att passivt utreda brott.⁵⁴

Det framgår även att om den enskilde kommer med en invändning att hen provocerats så ligger det på åklagarsidan att på ett tillfredsställande sätt utreda om så är fallet. När det är konstaterat att det rör sig om brottsprovokation ankommer det på de nationella domstolarna att beakta detta i efterföljande process. Det är av stor betydelse att allt blir noga utrett då all bevisning som kommer ifrån brottsprovokationen ska exkluderas. I detta fall hade den nationella domstolen inte gjort en tillräcklig utredning av om provokation förekommit. Europadomstolen kom till slutsatsen att det var frågan om ett brott som var framprovocerat av polisen samt att den nationella domstolen inte gjort en tillräcklig utredning, därav förelåg en kränkning av art. 6 EKMR.⁵⁵

⁵² Ramanauskas v. Litauen, no. 74420/01, ECHR 2008, p.51,60, 234

⁵³ Ramanauskas v. Litauen, no. 74420/01, ECHR 2008, p.60

⁵⁴ Ramanauskas v. Litauen, no. 74420/01, ECHR 2008, p.67-68

⁵⁵ Ramanauskas v. Litauen, no. 74420/01, ECHR 2008, p. 60, 70-74

4.4 Bannikova mot Ryssland (2010)

Polisen avlyssnade ett samtal mellan en kvinna och en man där det beslutades att mannen skulle leverera cannabis till kvinnan som hon senare skulle sälja. Efter den planerade leveransen iscensatte polisen ett köp mellan kvinnan och en undercoverpolis. Kvinnan kunde sedan gripas. Hon dömdes för drogförsäljning av den nationella domstolen.⁵⁶

Här tillämpade domstolen något som de kallar för *the substantive test of incitement*, som går ut på att utreda om den tilltalade hade begått brottet även utan provokationen. Enligt den definitionen av polisprovokation som presenterades i Ramanauskas mot Litauen så ska det ske en bedömning kring om polisen gått utöver att passivt utreda brottet. För att avgöra detta ska domstolen kolla på anledningen bakom operationen, hur polisen utförde operationen samt om det fanns någon objektiv misstanke mot den som provocerats. Här kan även beaktas om polisen kan anses ha initierat den brottsliga gärningen eller snarare ska anses ha anslutits sig till en redan färdig plan. Samt om polisen satt någon press på den enskilde att begå brottet, om polisen har satt press så måste de anses ha gått utöver ett passivt handlande.⁵⁷

Om detta första test inte kan ge något svar så går Europadomstolen vidare med att utreda hur invändningen om provokationen har hanterats av den nationella domstolen. Det Europadomstolen vill utreda är om den nationella domstolen har beaktat invändningen om provokationen på ett tillfredsställande sätt. Det är dock upp till de nationella domstolarna att bedöma precis hur det ska hanteras. Europadomstolen menar att det omöjligt kan bli en rättvis rättegång om inte den orättvisa som den provocerade utsatts för på något sätt kompenseras i processen mot honom.⁵⁸

⁵⁶ Bannikova v. Ryssland, no.18757/06, ECHR 4 November 2010, p. 1-13

⁵⁷ Bannikova v. Ryssland, no.18757/06, ECHR 4 November 2010, p.37-47

⁵⁸ Bannikova v. Ryssland, no.18757/06, ECHR 4 November 2010, p.51-62

“There will not be a fair trial, however, unless any difficulties caused to the defendant by a limitation on his rights are sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities”⁵⁹.

I detta fall menade Europadomstolen att det inte fanns tillräckligt med bevisning för att fullgöra *the substantive test of incitement*, varpå de övergick i att utreda hur den nationella domstolen bemött anklagelsen om provokation. Här menade Europadomstolen att den nationella domstolen gjort en fullskalig utredning om anklagelsen om provokation och på ett tillfredsställande sätt utrett om polisprovokation framkommit eller inte. Med grund i att utredningen inte kunde visa på provokation samt att den nationella domstolen hade utrett anklagelsen på ett tillfredsställande sätt, så hade det inte skett någon kränkning av art. 6 EKMR.⁶⁰

4.5 Furcht mot Tyskland (2014)

Bakgrunden i fallet var att den tyska polisen ville ha kontakt med S. För att nå S tog de kontakt med S vän X. Vid denna första kontakt var X inte misstänkt för något brott och fanns inte med i något belastningsregister. Polisen förklarade att de var intresserade av att köpa droger av S. Efter en tids kontakt förklarade X att han inte var intresserad av att vara involverad i någon drogaffär, men polisen fortsatte sin kontakt. Till slut arrangerade X två drogaffärer mellan polisen och S. För detta dömdes sedan X i tysk domstol för två fall av droghandel till fem års fängelse. Den tyska domstolen menade att det inte kunde anses bevisat att polisen initierat den brottsliga handlingen. Domstolen kom dock att medge viss strafflindring med hänvisning till de oklara omständigheterna.⁶¹

Den tyska domstolen hänvisade till *Teixeira de Castro mot Portugal* men menade att den domen inte kan tolkas som en skyldighet för konventionsstaterna att avbryta den rättsliga processen mot den provocerade. Enligt tysk domstolspraxis ska förekomsten av provokativa åtgärder istället

⁵⁹ *Bannikova v. Ryssland*, no.18757/06, ECHR 4 November 2010, p.62

⁶⁰ *Bannikova v. Ryssland*, no.18757/06, ECHR 4 November 2010, p. 70-78

⁶¹ *Furcht v. Tyskland*, no.54648/09, 23 Oktober 2014, p. 6-15

vägas in i straffmätningen och därigenom kunna leda till en mildring av straffet.⁶²

Europadomstolen hänvisade till *the substantive test of incitement* och undersökte om det rörde sig om brottsprovokation. De konstaterade att X vid den första kontakten inte var misstänkt för något brott och inte känd av polisen sedan tidigare. I bedömningen om hur poliserna agerat, menade domstolen att de måste anses ha gått utöver en passiv observerande roll. Detta särskilt med hänsyn till att X uttryckligen förklarat att han inte var intresserad av någon drogaffär, han utsattes således för press av polisen. Slutsatsen blev att polisens agerande var att anse som brottsprovokation, och att användningen av bevisningen därav påverkat den enskildes rätt till en rättvis rättegång.⁶³

Nästa fråga för Europadomstolen att bedöma blev då hur detta bör hanteras i rättsprocessen mot X. Domstolen hänvisade till sin tidigare praxis som säger att allmänintresset i att utreda grov brottslighet aldrig kan rättfärdiga att bevisning som kommer från brottsprovokation används. Det är redan fastställt att antingen ska bevisning från brottsprovokation exkluderas, eller så ska en åtgärd som får samma resultat vidtas.⁶⁴ Den tyska domstolen såg sin lösning med straffminskning som en åtgärd med samma resultat. De menade bland annat att en lösning där bevisningen exkluderades skulle bli en för stor förändring i det tyska processrättsliga systemet.⁶⁵ Europadomstolen höll dock inte med om detta och skrev i domen att det visserligen inte finns något förbud mot att använda bevisning från brottsprovokation utan att även en annan lösning som ger samma resultat fungerar. Men däremot kan inte ens en väldigt stor minskning av den åtalades straff anses som en metod som uppnår samma resultat som att exkludera bevisningen. Slutsatsen blev att rättegången mot X inte kunde anses uppfylla de krav på en rättvis rättegång som art. 6 EKMR uppställer.⁶⁶

⁶² Furcht v. Tyskland, no.54648/09, 23 Oktober 2014, p. 29ff.

⁶³ Furcht v. Tyskland, no.54648/09, 23 Oktober 2014, p.56-59

⁶⁴ Furcht v. Tyskland, no.54648/09, 23 Oktober 2014, p. 64

⁶⁵ Charlotte (2017) p. 313

⁶⁶ Furcht v. Tyskland, no.54648/09, 23 Oktober 2014, p.68-72

5 Analys och slutsats

Inledningsvis ställdes frågan *Hur ska förekomsten av brottsprovokation hanteras av de nationella domstolarna för att det inte ska innebära en kränkning av art. 6 EKMR?* Det återstår nu för mig att söka ge svar på denna fråga med grund i de rättsfall och den doktrin som ovan presenterats.

5.1 När klassas en åtgärd som brottsprovokation?

Europadomstolen har i sin praxis varit tydlig med att de nationella domstolarna har en relativt långtgående skyldighet att utreda förekomsten av brottsprovokation. Detta ska göras om den åtalade kommer med en inte helt ogrundad invändning att brottsprovokation förekommit. Att inte på ett tillfredsställande sätt utreda förekomsten av brottsprovokation kan i sig leda till en kränkning av art. 6 EKMR.

Den distinktion som inom litteraturen görs mellan brottsprovokation och bevisprovokation får i detta sammanhang anses för onyanserad. Likaså talar Europadomstolen inte i termer av bevis- och brottsprovokation utan en mer komplex bedömning görs. Av rättsfallsstudien kan vi se att Europadomstolen drar en gräns mellan undercoveragenter och *agents provocateurs*. Med start i Teixeira de Castro mot Portugal kan vi se hur Europadomstolen i sin bedömning beaktar både polisens agerande och den provocerades benägenhet att begå brottet även utan provokationen. Bedömningen utgår således både från polisens handlande och den enskildes handlande. Asp gör tolkningen att Europadomstolen i detta avgörande lägger störst vikt vid hur den provocerade har agerat. Ur ett rättssäkerhetsperspektiv bör den problematik som kan uppstå om bedömningen utgår för mycket från den provocerades handlande kort belysas. Precis som Asp beskriver blir det problematiskt om den provocerades tidigare handlande kan påverka bedömningen av ny

brottslighet. Asp beskriver det som rent av diskriminerande. I min mening förlorar denna kritik sin bäring när man vidare undersöker nyare praxis. I Ramanauskas mot Litauen utvecklas det som i senare praxis hänvisas till som *the substantive test of incitement*, där syftet är att utreda om polisen provocerat fram ett brott som annars inte hade begåtts. I detta test inkluderas både en bedömning av polisernas agerande och en bedömning av den provocerades agerande. Till skillnad från vad Asp menar kan bli problematisk med en sådan bedömning, tycks Europadomstolen snarare göra en bedömning kring om det redan innan brottet fanns någon objektiv misstanke om just detta brott och om den enskilde tagit initiativet till just detta brott. I Bannikova mot Ryssland utvecklas vilka kriterier som ska beaktas vid bedömningen kring om poliserna agerat passivt eller initierat.

Slutligen kan vi då se att även om den enskildes beteende i viss mån vägs in i bedömningen, tycks ändå tyngden ligga på polisernas agerande och polisernas grund för sitt agerande. Allt som allt är jag villig att hålla med Axberger i att en uppdelning i subjektiva och objektiva bedömningar tjänar lite till i en diskussion som denna. Något som även Europadomstolen tycks hålla med om. Om bevisningen tyder på att den enskilde haft stor benägenhet att begå brottet även utan provokationen borde det i de flesta fall vara synonymt med att polisen inte initierat brottsligheten.

En åtgärd från polisens sida klassas enligt Europadomstolen som en brottsprovokation i de fall där polisen gått utöver att passivt utreda ett brott till att initiera ett brott som annars inte hade begåtts. Om slutsatsen av en genomgående och tillfredsställande utredning blir att polisen inte kan anses ha provocerat fram brottet så åligger det inte domstolen att vidta några ytterligare åtgärder.

5.2 När i den rättsliga processen innebär provokationen en kränkning av art. 6 EKMR?

Som tydligt framkommit ska Europadomstolen bedöma rättvisan i rättegången som helhet. Domstolen har även varit tydliga med att de inte har att bedöma hur de nationella staterna utreder ett brott. Det är således inte brottsprovokationen i sig som kan innebära en kränkning av art. 6 EKMR.

Kränkning kan vidare tänkas föreligga när åtal väcks. Det är här HD har valt att ingripa. Enligt svensk praxis ska förekomsten av brottsprovokation ses som en bristande materiell straffbarhetsbetingelse, vilket innebär att åtal inte ska väckas. Men att det är så som den svenska rättsordningen valt att tolka det innebär inte att det är den yttersta gränsen för EKMR. EKMR tillförsäkrar minimirättigheter och därav finns det inget hinder mot att Sverige möjligen har valt att ge ett starkare skydd.

Om kränkningen inte sker när åtal väcks skulle man i nästa steg kunna tänka sig att kränkningen sker när bevisningen från brottsprovokationen används mot den provocerade. En sådan tolkning är lätt att förena med *Teixeira de Castro* mot Portugal då Europadomstolen säger att ”The public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement.”⁶⁷ Även i senare praxis bekräftar Europadomstolen att för att en rättegång ska anses rättvis enligt art. 6 EKMR ska bevisning som härstammar från brottsprovokation exkluderas. Här finns dock utrymme för viss problematisering. Precis som Asp för fram är det en svår gränsdragning att göra rörande vilka bevis som ska omfattas i ett sådant förbud. Men det som jag anser som den största problematiken med ett bevisförbud, är det faktum att orättvisan inte kan anses ligga i bevisupptagningen, utan snarare i hela den händelsen som bevisningen syftar till att bevisa. Likaså finns det problematik

⁶⁷ *Teixeira de Castro v. Portugal*, no.25829/94, ECHR 1998-IV p.36

i att alla de anslutande konventionsstaterna har olika rättsordningar, där ett bevisförbud passar olika bra. För svenskt vidkommande skulle en sådan lösning vara svår att förena med den fria bevisföringens princip, något som HD konstaterat. Liknande problem finns i den tyska rättsordningen.

Vidare hade kränkningen kunnat tänkas ligga i det faktum att den provocerade döms lika hårt som en person som inte blivit provocerad. Då hamnar vi i en lösning med strafflindring eller påföljdseftergift. En lösning som Asp länge förespråkade med argumentet att Europadomstolen har att bedöma rättegången som helhet, således borde det inte innebära en kränkning om kompensation skett. Sedan Asp uttryckte sin ståndpunkt har det tillkommit praxis från Europadomstolen. Hur väl en sådan lösning går att förena med Europadomstolens praxis ska nu analyseras. För det första framgår att det ligger på de nationella domstolarna att besluta om hur en brottsprovokation ska beaktas. I *Bannikova mot Ryssland* säger Europadomstolen att "There will not be a fair trial, however, unless any difficulties caused to the defendant by a limitation on his rights are sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities"⁶⁸. Något som kan tolkas som en öppning för att någon form av kompensation bör vara möjlig. Likaså framgår av praxis att bevisning som kommer från brottsprovokation ska exkluderas eller att liknande metod med samma resultat ska vidtas. Vad som kan tänkas falla in under metoder med samma resultat är mer oklart. Den tyska domstolen tolkade detta som att en metod som leder till strafflindring bör omfattas. I och med domen i *Furcht mot Tyskland* får Europadomstolen anses ha kommit med ett förtydligande i frågan. Europadomstolen är där tydliga med att inte ens en omfattande strafflindring kan anses som nog kompensation för en brottsprovokation.

Efter vad som framkommit i denna studie kan man dra slutsatsen att en kränkning av art. 6 EKMR föreligger när bevisning från en framprovocerad gärning används i åtalet mot den provocerade. Men med tanke på svårigheterna som ovan presenterats rörande olika rättsordningars

⁶⁸ *Bannikova v. Ryssland*, no.18757/06, ECHR 4 November 2010, p.62

bevisregler, samt svårigheten i att avgränsa bevisningen, bör det enligt min mening i praktiken förefalla sig så att kränkningen får anses ske redan vid väckt åtal. För om bevisningen exkluderas bör den enda rimliga lösningen vara att all bevisning kring gärningen exkluderas, varpå åtal inte bör kunna väckas. Om det rör en rättsordning där man väljer att inte exkludera bevis, som i Sverige, bör med hänvisning till att strafflindring inte är nog, den enda lösningen bli att ”åtgärd med samma resultat” ska tolkas som en åtgärd som får slutsatsen att åtal inte kan väckas.

5.3 Slutsats

Slutligen kan då konstateras att för att inte kränka art. 6 EKMR så bör de nationella domstolarna göra en tillräckligt omfattande utredning om brottsprovokation har förekommit. Detta ska göras i de fall där den provocerade kommer med en inte ogrundad invändning att brottsprovokation förekommit. Denna utredning ska så som ovan beskrivits utreda om brottet skulle ha begåtts även utan provokationen. Om brottsprovokation kan konstateras, så åligger det de nationella domstolarna att exkludera den bevisningen som kommer från provokationen, eller på annat sätt uppnå samma resultat.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Tryckta källor

Offentligt tryck

Utredningsbetänkande

SOU 2010:103 Särskilda spaningsmetoder

Propositioner

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

Elektroniska källor

Europarådet: *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights* (2020),

<https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf>,

(besökt: 2020-12-31)

Litteratur

Asp, Petter (2001), *Straffansvar vid brottsprovokation*, 1a upplagan, Stockholm: Nordstedts juridik AB

Asp, Petter (2008), 'Om brottsprovokation och dess betydelse för den provocerades ansvar', *Svensk Juristtidning*, s.779-793

Axberger, Hans-Gunnar (2002), *Brottsprovokation – en uppdatering*. I: *Flores juris et legum festskrift till Nils Jareborg*, s.59-79, Uppsala: Iustus Förlag AB

Danelius, Hans (2015), *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 5e upplagan, Stockholm: Nordstedts Juridik AB

Derlén, Mattias & Lindholm, Johan & Naarttijärvi, Markus (2020), *Konstitutionell rätt*, 2a upplagan, Stockholm: Nordstedts Juridik AB

Frändberg, Åke (2000), 'Om rättssäkerhet', *Juridisk tidskrift*, s.269

Lundqvist, Ulf (2015), *Laga och rättvis rättegång om bevisförbud i rättspraxis*, Knivsta: Bokbyrå HB

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (2018), *Juridisk Metodlära*, 2a upplagan, Lund: Studentlitteratur AB

Schmitt-Leonardy, Charlotte (2017), 'Entrapment & Evidence The Impact of the ECtHR's Judgment in the Case of *Furcht v. Germany* on the Jurisprudence of the German Federal Court of Justice', *European Criminal Law Review* vol 7 2/2017, s.304-320

Victor, Dag (2001), 'Petter Asp, Straffansvar vid brottsprovokation. Nordstedts Juridik AB, 2001, 352 s.', *Svensk Juristtidning*, s.736 -741

Åhman, Karin, *Grundläggande rättigheter och juridiks metod RF 2 kap, Europakonventionen och EU:s stadga och deras tillämpning*, 2a upplagan, Stockholm: Nordstedts Juridik

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1985 s. 544

NJA 2007 s. 1037

Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna

Bannikova v. Ryssland, no.18757/06, ECHR 4 November 2010

Furcht v. Tyskland, no.54648/09, ECHR 23 Oktober 2014

Ramanauskas v. Litauen, no. 74420/01, ECHR 2008

Teixeira de Castro v. Portugal, no.25829/94, ECHR 1998-IV