



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Tumi Árnason

Barn som otjänligt brottsojekt

En analys av den provocerades straffrättsliga ansvar vid
provokativa åtgärder beträffande sexualbrott mot barn på
nätet

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Christoffer Wong

Termin: VT26

Innehåll

Summary	4
Sammanfattning	6
Förord.....	7
Förkortningar	8
1 Inledning	9
1.1 Bakgrund	9
1.2 Syfte och frågeställningar.....	11
1.3 Avgränsningar	11
1.4 Metod och material.....	12
1.5 Disposition.....	14
2 Övergrepp mot barn på internet.....	15
2.1 Vuxnas sexuella kontakter med barn på nätet	15
2.2 Aktuella brottsbeskrivningar	16
2.3 Provokativa åtgärder beträffande sexualbrott mot barn på nätet	18
2.3.1 Övertagandefallet	20
2.3.2 Konstruktionsfallet.....	20
3 Försök till brott	22
3.1 Inledning.....	22
3.2 Försöksstraffets filosofiska grund	22
3.2.1 Försöksteorier.....	23
3.2.1.1 Den subjektiva försöksteorin.....	24
3.2.1.2 Den objektiva försöksteorin	24
3.2.1.3 Duffs angreppsmodell	25
3.3 Allmänt om försöksbestämmelsen i 23 kap. 1 § BrB.....	25
3.4 Försökspunktens placering	27
3.5 Närmare om tjänliga och otjänliga försök	29
3.5.1 Tjänliga försök	29
3.5.2 Otjänliga försök.....	30
3.5.3 Tillfälliga omständigheter enligt rättspraxis	31
3.5.3.1 Den traditionella linjen avseende otjänliga brottsobjekt.....	31
3.5.3.2 NJA 2003 s. 670 ”Skotten mot säkerhetsdörren”. 32	
3.5.3.3 NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen”	32
3.5.4 Myndighetsregeln i andra stycket	34
3.6 Delanalys	36

3.6.1	Något om händelseförloppet	36
3.6.2	Försökspunktens placering.....	37
3.6.3	Otjänlighet på grund av en tillfällig omständighet.....	37
3.6.4	Otjänlighet på grund av en myndighets brottbekämpande åtgärd	39
3.6.5	Uppenbart mindre allvarliga försöksgärningar	41
3.6.6	Lagändringen som en subjektiv förskjutning	42
3.6.7	Sammanfattning och slutsats.....	44
4	Brottsprovokation och EKMR.....	46
4.1	Inledning	46
4.1.1	Provokationslärans grunder.....	46
4.1.2	Brottsprovokation i svensk rätt	47
4.2	Brottsprovokationens ramar enligt EKMR.....	48
4.2.1	Teixeira de Castro mot Portugal (1998).....	48
4.2.2	Ramanauskas mot Litauen (2008).....	50
4.2.3	Bannikova mot Ryssland (2010).....	52
4.2.3.1	Skälen till att myndigheterna vidtog åtgärden.....	52
4.2.3.2	Myndigheternas agerande vid genomförandet av åtgärden	54
4.2.4	Helme mot Estland (2025)	55
4.2.5	Sammanfattning	57
4.3	Delanalys	58
4.3.1	Skälen till åtgärden.....	58
4.3.1.1	Övertagandefallet	59
4.3.1.2	Konstruktionsfallet	59
4.3.2	Myndigheternas konkreta agerande	61
4.3.3	Sammanfattning och slutsats.....	63
5	Avslutande diskussion	65
	Källförteckning	69

Summary

This thesis examines the scope of criminal liability for attempted sexual offences against children online when a police officer impersonates a child, and how this liability relates to the right to a fair trial under Article 6 of the ECHR.

The legal position has shifted markedly in recent years. In NJA 2023 p. 393 "Vapenattrappen" (*The weapon replica*), the Supreme Court of Sweden clarified the scope of impossible attempts under Chapter 23, Section 1 of the Swedish Penal Code. In response, the legislator introduced a new second paragraph in that provision, extending attempt liability to cases where the risk of the offence being completed has been eliminated as a result of a measure taken by a public authority to combat crime. At roughly the same time, the European Court of Human Rights in *Helme v. Estonia* adopted a more permissive approach to online undercover operations concerning sexual offences against children.

The analysis is structured around two paradigmatic scenarios: the *takeover scenario*, in which the police take over an ongoing conversation between a real child and a perpetrator, and the *constructed scenario*, in which the police create a fictitious profile from scratch. The takeover scenario will, as a rule, fall within the scope of criminal liability and within the limits set by Article 6 ECHR. The constructed scenario is more complex. Whether such cases fall within the new statutory rule depends on how strictly the causation requirement (which follows from the term *as a result of*) is interpreted. On a strict reading, criminal liability should be excluded in cases where no real object of the offence has ever existed, whereas a more purposive interpretation suggests that liability extends to such situations as well. There is, however, no principled objection to punishing attempts directed at an object of the offence that has never existed. On the contrary, it is difficult, on the basis of traditional theories of criminal attempts, to explain why a circumstance eliminating the risk of completion should be treated differently depending on whether it is attributable to a state actor or to a non-state actor, when this is unknown from the perpetrator's perspective.

A broader observation is that the construction of attempt liability has previously left certain incited acts outside the scope of criminal liability, with the result that no question of criminal responsibility has arisen. The question of unlawful entrapment has thus not been examined in these cases. The new statutory rule disrupts this settled order. The burden of limiting criminal responsibility for incited acts of the kind addressed in this thesis is thereby shifted onto the doctrine on entrapment. At the same time, Swedish law lacks a developed entrapment doctrine of its own; the criminal liability of the person subjected to entrapment is instead assessed on the basis of the minimum standard derived from the case law of the European Court of

Human Rights, which has been loosened through *Helme*. The substantive limit on the scope of police action in these cases currently rests mainly on a single threshold, the requirement that the authorities remain essentially passive in the individual interaction, the precise content of which in an online context currently remains unresolved.

Sammanfattning

Denna uppsats undersöker räckvidden av det straffrättsliga ansvaret för försök till sexualbrott mot barn på nätet när polisen uppträder som barn, samt hur detta ansvar förhåller sig till rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i EKMR.

Rättsläget har förändrats påtagligt under de senaste åren. Genom NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen” preciserade Högsta domstolen det straffbara området för otjänliga försök enligt 23 kap. 1 § BrB. Som svar på avgörandet införde lagstiftaren ett nytt andra stycke i bestämmelsen, vilket utvidgar försöksansvaret till att omfatta situationer där faran för brottets fullbordan varit utesluten till följd av en myndighets åtgärd för att bekämpa brott. Ungefär samtidigt intog Europadomstolen i sitt avgörande i *Helme mot Estland* en mer tillåtande inställning till nätbaserade provokativa åtgärder beträffande sexualbrott mot barn.

Analysen utgår från två typsituationer: *övertagandefallet*, där polisen tar över en pågående konversation mellan ett verkligt barn och en gärningsman, och *konstruktionsfallet*, där polisen från grunden skapar en fiktiv profil. Övertagandefallet omfattas i regel av det straffbara området och ryms inom ramen för EKMR art. 6. Konstruktionsfallet är dock mer komplext. Huruvida sådana fall faller inom den nya myndighetsregeln beror på hur kausalitetskravet (som ligger i rekvisitet *till följd av*) tolkas. Enligt en strikt läsning borde straffansvar vara uteslutet i fall där något verkligt brottsobjekt aldrig existerat, medan en mer ändamålsorienterad tolkning ger vid handen att straffansvaret omfattar även sådana situationer. Något principiellt hinder mot att bestraffa försök som riktas mot ett brottsobjekt som aldrig existerat finns dock inte. Det är tvärtom svårt att med stöd av traditionella försöksteorier förklara varför en fareundanröjande omständighet ska behandlas olika beroende på om den är hänförlig till en statlig eller icke-statlig aktör, när detta förhållande är okänt ur gärningsmannens perspektiv.

En mer övergripande iakttagelse är att försöksansvarets konstruktion tidigare har lämnat vissa framprovocerade gärningar utanför det straffbara området, varför någon lagföring inte aktualiserats och frågan om otillbörlig brottsprovokation inte heller har behövt prövas i dessa fall. Myndighetsregeln rubbar denna ordning. Bördan av att avgränsa området för lagföring av framprovocerade gärningar av det slag som behandlas i uppsatsen förskjuts därmed till provokationsläran. Samtidigt saknar svensk rätt en utvecklad provokationslära; bedömningen av den provocerades straffrättsliga ansvar grundas i stället på miniminivån som följer av Europadomstolens praxis, vilken har luckrats upp genom *Helme*. Den materiella begränsningen av polisens handlingsutrymme vilar i nuläget huvudsakligen på en enda tröskel, kravet på myndigheternas väsentliga passivitet i den enskilda interaktionen, vars närmare innebörd i en nätbaserad kontext i nuläget är obesvarad.

Förord

Jag vill tacka min handledare Christoffer Wong som varit långt mer generös med sin tid, sin läsning och sitt engagemang än jag rimligen kunnat begära. Eventuella kvarstående brister svarar jag själv för.

Jag vill tacka Julia, Johannes och Maya för deras gedigna korrekturläsning och värdefulla synpunkter på min uppsats under arbetets gång. Julia och Johannes ska ägnas ett särskilt tack för våra långa diskussioner om otjänliga brottsobjekt och tillfälliga omständigheter ända sedan i höstas.

Jag vill tacka resten av mina underbara kollegor på nätkurskontoret. Ni har förgyllt det senaste året på ett sätt som jag aldrig hade kunnat förvänta mig.

Jag vill tacka alla mina vänner. Ni är för många för att rymmas på den här sidan, men ni vet vilka ni är. Dennis, Natalie och Ebba får dock tåla att nämnas vid namn (liksom Julia och Johannes ovan, som lika gärna hade kunnat stå här).

Jag vill slutligen tacka min familj som aldrig har tvivlat på mig.

Tumi Árnason

Lund den 4 juni 2026

Förkortningar

BrB	Brottsbalken (1962:700)
Brå	Brottsförebyggande rådet
Dir.	Direktiv
Ds	Departementsserien
EKMR	Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
Prot.	Riksdagens protokoll
RH	Rättsfall från hovrätterna
RiR	Riksrevisionens rapport
RF	Kungörelsen (1974:152) om beslutad ny regeringsform
RäV	Åklagarmyndighetens rättsliga vägledning
SOU	Statens offentliga utredningar
Straffeloven	Lovbekendtgørelse nr. 1294 af 7 november 2025

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Sexuella övergrepp mot barn på internet har sedan 00-talet varit ett växande samhällsproblem.¹ Den digitala miljön ger gärningsmän möjlighet att kontakta ett stort antal barn under förhållanden som skapar betydande utrednings- och bevisvärigheter för rättsväsendet. Brotten upptäcks sällan genom anmälan av det utsatta barnet och förekommer i miljöer där myndigheterna och vårdnadshavare har begränsad insyn.² Vissa privata aktörer har på grund av upplevda brister i lagstiftningen tagit på sig att agera som barn på nätet i syfte att kunna konfrontera vuxna på nätet som söker utnyttja barn sexuellt. En av de mest medialt framträdande aktörerna är Dumpen.se.³

Mot denna bakgrund har dolda spaningsmetoder, däribland provocativa åtgärder, kommit att framhållas som en allt viktigare del av brottsbekämpningen på området.⁴ Frågan om den provocerades straffrättsliga ansvar för det brott som framkallas i samband med provocativa åtgärder är i och för sig inte ny. HD har, utifrån Europadomstolens praxis, utarbetat en definition av otillbörlig brottsprovokation som i grova drag innebär att en lagföring för ett visst brott inte får ske, om brottet framkallats genom att en statlig aktör varit så pass drivande i gärningen att man kan anse att gärningsmannen inte skulle ha begått brottet utan statens ingripande. I detta avseende har förfaranden där polisen agerar som ett fullständigt fiktivt barn på nätet tidigare ansetts vara oproblematiskska eftersom försök till brott mot ”barnet” objektivt sett har varit straffria.⁵ Det har alltså inte varit aktuellt att lagföra den ”provocerade” i dessa sammanhang.

Rättsläget har dock ändrats i rask takt det senaste året, både vad avser försöksansvaret och den provocerades ansvar vid brottsprovokation. Genom HD:s avgörande i NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen” preciserades regleringen om otjänliga försök i 23 kap. 1 § BrB. Avgörandet kritiserades av såväl politiker som brottsbekämpande myndigheter, vilket ledde till att regeringen tillsatte en utredning med uppdraget att se över de osjälvständiga brottsformerna.

¹ Ds 2007:13, s. 22.

² Brå 2013:14, s. 29 och 47.

³ Se t.ex. SVT Nyheter, *Dumpen utreds för hets mot folkgrupp efter läsarkommentar*, 12 mars 2026, <https://www.svt.se/nyheter/inrikes/dumpen-utreds-for-hets-mot-folkgrupp> (hämtad 22 maj 2026); SVT Nyheter, *Sara Nilsson kan dömas för förtal efter publicering på Dumpen*, 5 februari 2026, <https://www.svt.se/nyheter/lokalt/vast/sara-nilsson-kan-domas-for-fortal-efter-publicering-pa-dumpen> (hämtad 22 maj 2026); SVT Nyheter, *Experterna om Dumpen-domen: ”Kan sticka i ögonen”*, 6 februari 2026, <https://www.svt.se/nyheter/lokalt/vast/experten-om-dumpen-domen-kan-sticka-i-ogonen> (hämtad 22 maj 2026).

⁴ Se t.ex. SOU 2025:109, s. 139 f. och 169 f.

⁵ Jfr. t.ex. Ds 2007:13, s. 144. Det har ansetts vara ett straffritt otjänligt försök. Se vidare avsnitt 3.6.3.

Lagstiftningsärendet utmynnade i prop. 2025/26:49, varigenom ett nytt andra stycke infördes i 23 kap. 1 § BrB. Den nya bestämmelsen utvidgar det straffbara området för otjänliga försök till att omfatta också situationer där fara för brottets fullbordan varit utesluten till följd av en myndighets brottsbekämpande åtgärd.

Ungefär samtidigt har Europadomstolen i avgörandet *Helme mot Estland* prövat om en lagföring av ett försöksbrott begånget mot en polis som uppträtt som ett fiktivt barn på en webbsida varit förenlig med rätten till en rättvis rättegång enligt EKMR art. 6.⁶ Domstolen besvarade frågan jakande och tycks genom sina domskäl ha öppnat upp för en mer tillåtande hållning till sådana provokativa åtgärder än vad som följt av tidigare praxis.

Parallellt med detta kan det i den samhälleliga och politiska debatten skönjas en vilja att ovan beskrivna provokativa förfaranden ska användas proaktivt och i större utsträckning, inklusive att lagföra eventuella gärningsmän för de framprovocerade brotten. I riksdagsdebatten inför införandet av det utvidgade försöksansvaret uttalade en riksdagsledamot följande:

Detta ändrar vi på nu. Man kommer alltså att kunna bli dömd för försök till sexualbrott mot barn även om barnet bara är fiktivt. Polisen kommer att kunna arbeta på ett sätt som liknar Dumpens arbetssätt. Med detta blir svensk lagstiftning mer lik den som finns på många andra platser runt om i världen.⁷

I förarbetena pekas situationer där polisen i utredningssyfte uppträder som ett barn på nätet uttryckligen ut som ett sådant typfall som regeringen tar sikte på.⁸ Även motiveringen till lagförslaget i SOU 2025:109 *Särskilda provokativa åtgärder* nämner liknande förfaranden som typexempel vilka är avsedda att träffas av den föreslagna lagregleringen av provokativa åtgärder.⁹

Den ovan beskrivna utvecklingen pekar på att det straffbara området för försök till sexualbrott mot barn som begås mot en polis som uppträder som barn på nätet har utvidgats på kort tid, samtidigt som det finns en vilja att polisen i större utsträckning använder sådana metoder. Detta väcker frågan om hur långt utvidgningen sträcker sig i de typsituationer som i praktiken förekommer när en vuxen gärningsman söker förgripa sig på ett barn på nätet som visar sig vara en polisanställd. Det väcker även frågan om vilka begränsningar som alltjämt följer av rätten till en rättvis rättegång enligt EKMR art. 6 såvitt avser brottsprovokation.

⁶ *Helme mot Estland*, no. 3023/22, dom den 7 oktober 2025.

⁷ Prot. 2025/26:78, s. 3.

⁸ Prop. 2025/26:49, s. 52.

⁹ SOU 2025:109, s. 273 ff.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att klarlägga räckvidden av det straffrättsliga ansvaret för försök till sexualbrott mot barn när polisen uppträder som barn på nätet, samt att undersöka samspelet mellan försöksansvaret enligt 23 kap. 1 § BrB och de begränsningar som följer av rätten till en rättvis rättegång enligt EKMR art. 6. Analysen genomförs med utgångspunkt framför allt i två typsituationer som identifieras i avsnitt 2.3. Syftet ska uppnås genom att besvara följande frågeställningar:

1. Vilken betydelse har försöksansvarets utformning enligt 23 kap. 1 § BrB för bedömningen av om gärningar riktade mot en polis som uppträder som barn på nätet kan bestraffas som försök till sexualbrott mot barn?
2. I vilken utsträckning begränsar rätten till en rättvis rättegång enligt EKMR art. 6 lagföring av samma gärning?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen fokuserar på sexualbrott mot barn. Brott som förvisso ligger nära, och som mycket väl kan begås i de sammanhang som behandlas i uppsatsen, kommer till största del inte att nämnas alls. Detta gäller för brott som till exempel olaga hot och ofredande.

Enligt 6 kap. 13 § BrB döms till ansvar för sexualbrott mot barn även när gärningsmannen endast varit oaktsam beträffande barnets ålder. I doktrinen har det diskuterats om försöksansvaret omfattar även dessa fall, eftersom kravet på överskjutande uppsåt i regel utesluter oaktsamma försök. En tolkning är att försöksansvar förutsätter uppsåt också i fråga om åldern, vilket innebär att 6 kap. 13 § BrB inte kan tillämpas för att grunda försöksansvar.¹⁰ En annan tolkning är att oaktsamhet i fråga om åldern är tillräckligt även när det är fråga om ett försök, så länge uppsåt föreligger i övrigt.¹¹ Denna fråga avgränsas bort bland annat eftersom den är av mycket begränsad betydelse i provokationssituationer, eftersom polisen själv till stor del kan styra vilka omständigheter gärningsmannen känner till.

Uppsatsen tar i huvudsak sikte på förutsättningarna för straffansvar och de materiella gränser som rätten till en rättvis rättegång enligt EKMR art. 6 sätter för att det framprovocerade brottet lagförs fullt ut.¹² Det teoretiska utrymmet som skulle kunna finnas att vid vissa lindrigare fall av otillbörlig brottsprovokation läka denna genom strafflindring eller påföljdseftergift faller därför utanför frågeställningens ram. Europadomstolens processuella test av

¹⁰ Jfr. Asp (2021), s. 67 ff.

¹¹ Jfr. Wennberg (2010), s. 244.

¹² Jfr. Asp (2001), s. 318 ff. samt NJA 2007 s. 1037, HD:s domskäl s. 12 f.

brottsprovokation (*procedural test of incitement*) hanteras således endast i den utsträckning det är nödvändigt att förstå sammanhanget.

Förslaget i SOU 2025:109 om en allmän lagreglering av användningen av särskilda provokativa åtgärder bereds för närvarande i Regeringskansliet. Eftersom förslaget ännu inte har antagits saknas anledning att göra någon ingående analys av det. Jag berör förslaget i nödvändig utsträckning för att teckna bakgrunden samt när jag gör vissa observationer i den avslutande diskussionen.

Andra osjälvständiga brottsformer än försöksansvar, exempelvis förberedelse eller medverkan, behandlas inte i denna uppsats.

1.4 Metod och material

För att besvara frågeställningarna använder jag mig av rättsdogmatisk metod. Inom ramen för fastställandet av gällande rätt tar jag ett vidare analytiskt grepp om materialet på det sätt som närmare framgår nedan. På detta sätt skiljer sig mitt arbete från rent utredningsarbete.¹³ Rättsdogmatisk metod är ändamålsenlig för frågeställningarna eftersom dessa avser att fastställa gällande rätt utifrån de etablerade rättskällorna avseende både svenska försöksbestämmelser och EKMR.

Det vidare analytiska greppet kommer i denna uppsats till uttryck på följande sätt. För det första lyfter jag vissa filosofiska överväganden som ligger till grund för bestraffning av försöksbrott. Försöksansvaret bygger på principiella avvägningar mellan huruvida det är gärningens objektiva beskaffenhet eller gärningsmannens uppsåt som utgör grunden för straffansvar, och dessa avvägningar blir avgörande för att förstå räckvidden av försöksansvaret så som det är konstruerat i svensk rätt. Jag använder mig därför av de teoretiska bidrag som har lämnats av framför allt Wennberg och Duff. För det andra påpekar jag, i förekommande fall, oklarheter eller andra brister i rättsläget.

Vad gäller materialet följer jag den traditionella rättskällehierarkin med lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin. På straffrättens område gör sig legalitetsprincipen särskilt gällande vilket innebär att jag lägger störst vikt vid lagtextens utformning, och använder resterande rättskällor för att tolka denna. Vid analysen av den nya myndighetsregeln i 23 kap. 1 § andra stycket BrB tillmäts förarbetena särskild vikt, framför allt eftersom det inte hunnit bearbetas i praxis. I min redogörelse av de materiella straffbestämmelserna beträffande särskilda brott använder jag mig av huvudsakligen förarbetsuttalanden, med stöd av rättspraxis och doktrin i den utsträckning som behövs.

¹³ Jfr. Graver (2008), s. 172 ff.

I försöksdelen utgörs den centrala doktrinen av Asps *De osjälvständiga brottsformerna* (2021) samt Wennbergs *Försök till brott* (2010). Eftersom första stycket i försöksbestämmelsen i stort sett har varit oförändrad sedan 40-talet och praxis avseende otjänliga försök i stor utsträckning kommer från 80- och 90-talet har även Jareborgs äldre verk fortsatt relevans. Holmgrens kommentar i *Juridisk Tidskrift* har särskild betydelse som en av de mest utförliga doktrinära behandlingarna av NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen”. I övrigt har jag använt Jareborgs verk samt Asp, Ulväng och Jareborgs *Kriminalrättens grunder* (2013) för mer allmänna framställningar om ansvarsläran i svensk straffrätt.

I provokationsdelen står Asps bok *Straffansvar vid brottsprovokation* (2001) som den doktrinära huvudkällan, kompletterad med hans senare artikel *Om brottsprovokation och dess betydelse för den provocerades ansvar* (2018a).¹⁴ Det ska framhållas att bokens systematiska genomgång av försöksrekvisiten i provokationssammanhang sker inom ramen för analysen av provokatörens medverkansansvar (kap. 8). I framställningen av den provocerades ansvar (kap. 9) berörs dessa frågor endast översiktligt, och tyngden ligger där i stället på frågor om skuld och straffrihet. Boken har dessutom av naturliga skäl inte beaktat vare sig rättsutvecklingen genom NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen” eller den nya myndighetsregeln i 23 kap. 1 § andra stycket BrB, och inte heller Europadomstolens efterföljande praxis på provokationsområdet.

I fråga om tolkningen av EKMR art. 6 är Europadomstolens praxis den centrala rättskällan. Utöver det att EKMR kan sägas ha en särskild ställning i svensk rätt, särskilt i förhållande till andra internationella konventioner som Sverige har ratificerat,¹⁵ bygger provokationsläran i svensk rätt i dagsläget huvudsakligen på Europadomstolens praxis.¹⁶ Förarbeten anses ha en mycket begränsad betydelse vid tolkning av EKMR eftersom konventionen ska tolkas dynamiskt, dvs. i ljuset av rätts- och samhällsutvecklingen.¹⁷

Genomgången av provokationsläran och dess betydelse för frågeställningen bygger därför på ett antal centrala avgöranden från Europadomstolen, vilka behandlas i kronologisk ordning för att möjliggöra en analys av rättsutvecklingen. Analysen görs delvis löpande eftersom provokationsläran har utvecklats iterativt i Europadomstolens praxis, och en förståelse för hur ett senare avgörande ska tillämpas förutsätter att man följt utvecklingen genom de tidigare avgörandena. Rättsfallen har valts dels då de på något sätt har fört rättsläget framåt, dels eftersom de hänvisats till i ett stort antal efterföljande avgöranden. Vad avser *Helme* har detta valts för att det är särskilt relevant för frågeställningen.

¹⁴ Notera att artikeln är i stort sett oförändrad sedan den ursprungligen publicerades 2008.

¹⁵ Grahn-Farley (2018), s. 462; jfr. 2 kap. 19 § RF.

¹⁶ Se avsnitt 4.1.2.

¹⁷ Jfr. Danelius m.fl. (2023), s. 62.

För att bilda en uppfattning om hur sexualbrott mot barn på internet kommer till uttryck som fenomen samt hur provocativa utredningsåtgärder i samband med dessa kan se ut har jag läst ett antal myndighetsrapporter och statliga utredningar. Källorna har hanterats i den utsträckning det har krävts för att måla upp ett analytiskt ramverk för frågeställningarna, inte för att ge en fullständig fenomenologisk redogörelse för sexualbrott mot barn och provocativa åtgärder.

GAI-verktyg har använts för brainstorming, översättning och korrekturläsning.

1.5 Disposition

Uppsatsen är disponerad i fem avsnitt. Avsnitt 2 etablerar typsituationerna genom en orientering om sexualbrott mot barn på internet, en presentation av de relevanta straffbestämmelserna och en konstruktion av de provokationsförfaranden som är föremål för uppsatsens frågeställning. Avsnitt 3 behandlar den första frågeställningen genom en redogörelse för försöksansvaret och en delanalys där ramverket tillämpas på typsituationerna. Avsnitt 4 behandlar den andra frågeställningen genom en kronologisk genomgång av Europadomstolens praxis och en motsvarande delanalys. Huvuddelen av analysen är förpassad till respektive avsnitt för att dessa ska kunna stå på egna ben som svar på frågeställningarna. I avsnitt 5 förs slutsatserna samman i en avslutande diskussion.

2 Övergrepp mot barn på internet

2.1 Vuxnas sexuella kontakter med barn på nätet

Vuxna som på olika sätt har kontakt med barn i sexuellt syfte är inte något nytt fenomen. I och med tillkomsten av internet utbreddes sig dock denna typ av brottslighet till miljöer som på ett helt annat sätt präglas av anonymitet och tillgänglighet. Redan på 00-talet hade internet växt fram som ett, sett ur förbrytarens perspektiv, förträffligt verktyg för vuxna som för sina egna syften vill skapa, upprätthålla, och utnyttja kontakter med barn.¹⁸ Idag är de typiska kontaktytorna dels s.k. sugardejtingsidor, dels plattformar där barn och unga rör sig naturligt, exempelvis sociala medier.¹⁹ Anonymiteten på dessa plattformar gör det enkelt att skapa en vilseledande identitet med påhittade uppgifter om ålder, kön och sysselsättning.²⁰

Motiven som ligger bakom kontakterna kan skilja sig åt. Vissa gärningsmän har som avsikt att få till stånd en träff med barnet i verkliga livet och vid ett sådant tillfälle förgräpa sig på barnet. Andra kan vilja att barnet ska skicka nakenbilder av sig själv eller onanera i en webbkamera, ibland mot ersättningar i exempelvis kontanta medel eller utlovandet av att barnet ska få modelluppdrag eller dylikt.²¹ Forskningen visar att det lär vara många fler barn som utsätts för kränkningar via internet eller mobilen än som utsätts för sexualbrott vid en fysisk träff av personer de kommit i kontakt med via nätet.²²

Även tillvägagångssättet skiljer sig gärningsmännen emellan. Vissa sexualiserar snabbt kontakten och eftersträvar oftast inte ett fysiskt möte (s.k. *hypersexuella* gärningsmän). Andra avslöjar inte sin avsikt omgående utan ägnar sig åt att stegvis etablera en bekantskap och relation till barnet, och på så sätt känslomässigt knyta barnet till sig i syfte att underlätta sexuella kontakter med barnet (s.k. *intimitetssökande* gärningsmän).²³ I litteraturen kallas detta stegvisa förfarande för *grooming*.²⁴

Typiskt för grooming är att den vuxne uttrycker förståelse och sympati, bjuder på uppskattning och presenter, och framställer sig som någon som delar barnets intressen. Härigenom skapas samtidigt en distans mellan barnet och föräldrar eller andra trygga vuxna.²⁵ När en relation väl har etablerats används olika strategier för att föra in sexuella teman i kontakten i syfte att successivt normalisera ett sexualiserat beteende inom relationen. Därefter introduceras

¹⁸ Ds 2007:13, s. 22.

¹⁹ Jämställdhetsmyndigheten (2023), s. 17 f.; RiR 2021:25, s. 14.

²⁰ Ds 2007:13, s. 33.

²¹ Ds 2007:13, s. 31; Brå 2013:14, s. 53.

²² Brå 2013:14, s. 31.

²³ Webster m.fl. (2012), s. 81 ff.; jfr. Brå 2013:14, s. 34.

²⁴ Ds 2007:13, s. 31 f.

²⁵ Brå 2013:14, s. 28 f.

alltmer intim kommunikation, som exempelvis sexuella frågor, instruktioner att klä av sig, posera framför webbkamera eller skicka bilder.²⁶ Processen kan sträcka sig över lång tid men behöver inte göra det.²⁷

Utöver de beskrivna grupperna av gärningsmän som försöker etablera någon sorts kontakt med barnet finns även de vars primära mål är att sexuellt ofreda barnet utan något önskemål om reciprocitet. Tillvägagångssättet för dessa gärningsmän kan närmast likställas med blottning av traditionellt slag, eftersom syftet inte egentligen är att väcka någon annan respons än offrets uttryck för rädsla, äckel eller häpnad.²⁸

Gärningsmännens selektionsprocess kan enligt Brå beskrivas som ett pyramidliknande fenomen. Ju fler barn gärningsmannen kontakter, desto större är sannolikheten att träffa på ett barn som är sårbart för just den strategi som förövaren använder. För gärningsmännen spelar det mindre roll vilka av de kontaktade barnen som reagerar positivt; det räcker att vissa barn gör det.²⁹ Detta, i kombination med anonymiteten på internet och att de unga brotts-offren inte vill anmäla själva till följd av skuld och skam, förklarar varför internet fungerar så effektivt som brottsarena för dessa gärningsmän.³⁰

2.2 Aktuella brottsbeskrivningar

Sexualbrott mot barn regleras huvudsakligen i 6 kap. BrB. Vid internet-relaterade övergrepp kan flera bestämmelser aktualiseras successivt och parallellt under en och samma kontakt. I denna framställning kommer jag att ordna dem i kronologisk ordning efter hur händelseförloppet typiskt ser ut. Av de brott som omfattas av framställningen är alla straffbelagda på försöksstadiet förutom sexuellt ofredande mot barn (6 kap. 10 § BrB) och kontakt för att träffa barn i sexuellt syfte (6 kap. 10 a § BrB).³¹ För framställningens del saknas det alltså anledning att närmare behandla gränsdragningen mellan exempelvis sexuellt övergrepp mot barn och våldtäkt mot barn.

Bestämmelsen om *kontakt för att träffa barn i sexuellt syfte* i 6 kap. 10 a § BrB tar sikte på själva *groomingförfarandet*³² och är konstruerad som ett självständigt fullbordat brott, trots att gärningen i sak närmast utgör en form av förberedelse till andra sexualbrott.³³ Straffansvar inträder när gärningsmannen föreslår en träff med barnet, i syfte att begå något brott i 6 kap. 4, 5, 6, 8 eller 10 § BrB. Det krävs alltså inte någon gemensam vilja från barnets sida. Det krävs inte heller att gärningsmannen ger uttryck för någon mer

²⁶ Brå 2013:14, s. 29.

²⁷ Brå 2013:14, s. 53.

²⁸ Ds 2007:13, s. 34.

²⁹ Brå 2013:14, s. 31 f.

³⁰ Brå 2013:14, s. 29; RiR 2021:25, s. 7.

³¹ Jfr. 6 kap. 15 § och 16 kap. 17 § BrB.

³² Se ovan under 2.1.

³³ Jfr. Asp (2018b), s. 404 f.

konkret plan om ett möte, utan det ska i princip vara tillräckligt för straffansvar att han säger sig vilja ha ett möte med barnet.³⁴ Bestämmelsen är teknikneutral vilket innebär att även kontakter som syftar till sexualbrott vid möten via tekniska hjälpmedel träffas av straffansvaret.³⁵

I den fortsatta kontakten aktualiseras ytterligare bestämmelser. Bestämmelsen om *sexuellt ofredande* i 6 kap. 10 § andra stycket BrB träffar bland annat den som blottar sig på ett sätt som är ägnat att väcka obehag eller annars genom ord eller handlande ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka dennes sexuella integritet. Kränkningen förutsätter inte fysisk beröring, utan kan exempelvis bestå i sexualiserade chattmeddelanden eller skickandet av bilder på gärningsmannens kön (s.k. *dickpics*). När offret är ett barn under 15 år rubriceras motsvarande gärning som *sexuellt ofredande mot barn* enligt paragrafens första stycke, vilket infördes 2022 som egen rubricering.³⁶ Första stycket träffar dessutom den som förmår ett barn att företa eller medverka i någon handling med sexuell innebörd. Härigenom har bestämmelsen en central betydelse för nätrelaterade kontakter.³⁷ Att brottet inte är straffbelagt på försöksstadiet får stor betydelse för analysen i avsnitt 3.

Utnyttjande av barn för sexuell posering enligt 6 kap. 8 § BrB tar sikte på den som främjar eller utnyttjar att ett barn under 15 år utför eller medverkar i sexuell posering, och omfattar även barn mellan 15 och 18 år om poseringen är ägnad att skada barnets hälsa eller utveckling. Bestämmelsen är teknikneutral och omfattar bland annat posering framför en webbkamera.³⁸

Barnpornografibrottet enligt 16 kap. 10 a § BrB aktualiseras i praktiken i varje fall där bilder eller filmer av sexualiserad karaktär skickas från barnet till gärningsmannen, eller då gärningsmannen spelar in en videokonversation med barnet. Barnpornografibrottet ligger systematiskt i 16 kap. BrB eftersom skyddsintresset är dubbelt. Utöver att skydda det enskilda avbildade barnet från att kränkas ska kriminaliseringen också skydda barn i allmänhet från den kränkning som pornografiska skildringar innebär.³⁹

För fullständighetens skull kan även nämnas att *utnyttjande av barn genom köp av sexuell handling* enligt 6 kap. 9 § BrB kan aktualiseras när ett barn förmåtts utföra en sexuell handling och detta har gjorts mot utlovad ersättning. Bestämmelsen är teknikneutral och omfattar sexuella handlingar som offret förmås utföra på sig självt på distans.⁴⁰ Den aktualiseras särskilt i sammanhang med s.k. sugardejtingsidor, men det bör noteras att den ut-

³⁴ Notera att mötet alltså ska syfta till att få till stånd något av de uppräknade brotten.

³⁵ Prop. 2016/17:214, s. 11 ff.

³⁶ Prop. 2021/22:231, s. 91.

³⁷ Jfr. Brå 2013:14, s. 25 och RiR 2021:25, s. 14.

³⁸ Prop. 2004/05:45, s. 146.

³⁹ Prop. 2019/20:69, s. 17.

⁴⁰ Jfr. prop. 2024/25:124, s. 30 f.

vidgade kriminaliseringen av våldtäkt mot barn 2022 förflyttat tyngdpunkten dit i många fall.⁴¹

I de allvarligaste fallen aktualiseras *våldtäkt mot barn* och *sexuellt övergrepp mot barn* enligt 6 kap. 4 respektive 6 §§ BrB. Straffansvaret träffar den som med ett barn under 15 år genomför en sexuell handling.⁴² Straffansvaret omfattar också samma gärning riktat mot ett barn under 18 år, om barnet har en viss i paragrafen angiven relation till gärningsmannen, eller om gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att barnet har en nedsatt förmåga att värna sin sexuella integritet. Avgörande för uppsatsens analys är att bestämmelserna år 2022 omarbetades till att även omfatta gärningsmän som *på ett otillbörligt sätt förmår barnet att företa eller tåla en sådan handling*. Ändringen tillkom dels för att kodifiera HD:s praxis om att våldtäkter och sexuella övergrepp kan begås på distans, t.ex. genom en webbkamera,⁴³ dels för att utvidga det straffbara området till situationer där den sexuella handlingen företas i ett senare skede, dvs. oaktat gärningsmannens närvaro i exempelvis en videochatt.⁴⁴ Sexuellt övergrepp mot barn och våldtäkt mot barn kan ses som de allvarligaste sexualbrotten som en gärningsman kan begå mot ett barn uteslutande på nätet.

2.3 Provokativa åtgärder beträffande sexualbrott mot barn på nätet

För att besvara frågeställningarna behövs en någorlunda verklighetstrogen bild av hur en provokativ åtgärd kan gå till när en polis utger sig för att vara ett barn på nätet. I detta avsnitt kommer jag att redogöra översiktligt för vilka utgångspunkter jag tar när jag analyserar scenariot mot det straffrättsliga ansvaret. Frågan om arbetsmetodens tillåtlighet ska hållas isär från den provocerades straffrättsliga ansvar, vilket jag behandlar närmare i avsnitt 4.

Som framgått i avsnitt 2.1 präglas internetrelaterade sexuella övergrepp mot barn av en kontaktyta som är både storskalig och svåråtkomlig för rättsväsendet. Internetrelaterade sexuella övergrepp i allmänhet upptäcks sällan genom anmälan av den utsatte, och det finns enligt Brå ett påtagligt mörkertal.⁴⁵ Dessa är typiska kännetecken för sådana brott där det finns

⁴¹ Prop. 2024/25:124, s. 26. Enligt regeringen är bestämmelsen om utnyttjande av barn genom köp av sexuell handling kvar för att träffa sådana situationer där någon har förmått ett barn över 15 år att företa eller tåla en sexuell handling, men där det inte är bevisat att en nedsatt förmåga att värna den sexuella integriteten har förelegat och utnyttjats (jfr. 6 kap. 4 § BrB).

⁴² Det är allvaret i den kränkning som den sexuella handlingen innebär som i sin tur bestämmer om det är fråga om sexuellt övergrepp eller våldtäkt.

⁴³ NJA 2015 s. 501.

⁴⁴ Prop. 2021/22:231, s. 19 ff.; jfr. NJA 2018 s. 1103.

⁴⁵ Brå 2019:5, s. 14 f.

anledning – och i viss utsträckning anses som acceptabelt – att använda provokativa metoder i brottsbekämpande syfte.⁴⁶

Begreppet *dolda* eller *okonventionella spaningsmetoder* används för att beskriva provokativa åtgärder och andra näraliggande arbetsmetoder, såsom infiltration, användning av informatörer och kontrollerade leveranser.⁴⁷ Det finns för närvarande ingen lagreglering av användandet av den här typen av metoder och det finns inte heller någon definitiv definition inom doktrin eller praxis. Avsaknaden av lagreglering anses dock inte utgöra ett hinder för användandet av dolda eller okonventionella spaningsmetoder. Tvärtom använder brottsbekämpande myndigheter sig av provokativa åtgärder, särskilt i utredningar om allvarlig brottslighet. Användningen av provokativa åtgärder anses vara en viktig, och ibland helt nödvändig, arbetsmetod i vissa utredningar.⁴⁸

Vad avser just provokativa åtgärder, dvs. sådana där den som är föremål för åtgärden riskerar att begå ett brott, har begreppen *brotts-* och *bevisprovokation* ibland använts.⁴⁹ Denna distinktion är dock inte lämplig för att dra några slutsatser om huruvida en viss arbetsmetod är tillåten eller otillåten.⁵⁰ Jag kommer därför enbart använda mig av begreppet *provokativa åtgärder*.

Utredningen om stärkt brottsbekämpning genom lagreglering av provokation lämnade 2025 ett lagförslag som i skrivande stund behandlas i Regeringskansliet.⁵¹ Enligt lagförslaget ska provokativa åtgärder få användas mot den som är skäligen misstänkt eller för att utreda vem som skäligen kan misstänkas för vissa i lagen angivna brott, inklusive de brott som har behandlats ovan under 2.2.⁵² Lagförslaget reglerar inte närmare hur den provokativa åtgärden ska gå till i praktiken.

En del av den verksamhet som kan bedrivas av polisen består i att polisen själv gör sig tillgänglig i de digitala miljöer där gärningsmännen söker kontakt, eller att polisen själv träder in i en redan pågående kontakt mellan en gärningsman och ett barn. Dessa två typfall har jag benämnt *övertagandefallet* och *konstruktionsfallet*.⁵³

⁴⁶ Jfr. Asp (2001), s. 22 f.

⁴⁷ SOU 2025:109, s. 65.

⁴⁸ SOU 2025:109, s. 139 f.

⁴⁹ Se t.ex. Asp (2001), s. 205 f.

⁵⁰ NJA 2011 s. 638 ”Bevisprovokationen”, p. 11; RåV 2022:23, s. 13 f.

⁵¹ SOU 2025:109.

⁵² SOU 2025:109, s. 21 f.

⁵³ Ett tredje tänkbart fall är där polisen samarbetar med ett riktigt barn, och att barnet under polisiär handledning fortsätter kontakten med gärningsmannen. Att ett barn skulle användas för en provokativ åtgärd och därigenom riskera att utsättas för sexualbrott är däremot uteslutet (jfr. JO 1977/78 s. 126 samt Ds 2007:13, s. 145 och SOU 2025:109, s. 71 f.). Detta fall lämnas alltså utanför framställningen.

2.3.1 Övertagandefallet

Det första typfallet kännetecknas av att det finns en reell, pågående kontakt mellan en vuxen och ett barn. Kontakten har på något sätt blivit känd för polisen, typiskt genom att en förälder anmält den eller att den upptäckts i samband med en annan utredning. Polisen övertar barnets plats i konversationen och fortsätter att kommunicera med den vuxne. I detta sammanhang agerar polisen som barnet på så vis att den vuxnes föreställning om vem den talar med förblir oförändrad, och de uppgifter om ålder, identitet och sammanhang som den vuxne har att förhålla sig till har lämnats av det verkliga barnet innan övertagandet.

Övertagandefallet nämns uttryckligen i propositionen till det utvidgade försöksansvaret som ett typfall som omfattas av straffrättsligt ansvar:

Exempelvis kan det handla om fall där polisen tar över en chatt-konversation mellan ett barn och en gärningsperson i syfte att utreda brott och gärningspersonen, i tron om att den fortfarande konverserar med barnet, uppmanar och instruerar barnet att utföra sexuella handlingar på sig själv.⁵⁴

Två drag i konstruktionen är värda att särskilt lyfta fram inför den fortsatta analysen. Det första är att det ursprungliga *initiativet* låg hos den vuxne. Kontakten startades inte av polisen, och den vuxne har redan innan polisens inträde manifesterat ett sexuellt intresse för barnet. Det andra är att det finns ett *verkligt barn*. Även om barnet inte längre deltar i konversationen vid polisens inträde har barnet varit föremål för den vuxnes kontakter.

2.3.2 Konstruktionsfallet

Det andra typfallet kännetecknas av att något verkligt barn aldrig har varit inblandat. Polisen skapar en fiktiv profil och utger sig för att vara ett barn i en digital miljö där barn kan antas röra sig, eller på en plattform där misstänkta förövare antas uppehålla sig.

Konstruktionsfallet kan gestalta sig på olika sätt. I vissa fall kan polisens roll vara relativt passiv, exempelvis genom att den fiktiva profilen endast finns tillgänglig och svarar på kontakter som tas av andra användare.⁵⁵ I andra fall kan polisen inta en mer aktiv roll, exempelvis genom att själv inleda kontakt, styra samtalet mot sexuella ämnen eller erbjuda sexuella handlingar eller annat som kan förmå motparten att agera. Dessa variationer förändrar inte den grundläggande bedömningen av försöksansvaret men de har betydelse vid bedömningen av om myndigheternas agerande varit förenligt med de krav

⁵⁴ Prop. 2025/26:49, s. 52.

⁵⁵ Jfr. den estniska polisens tillvägagångssätt i *Helme*. Att vidta en provokativ åtgärd i sammanhang där man misstänker att personer som har begått brott befinner sig (dvs. utan att rikta den mot en enskild misstänkt) är inte heller något anmärkningsvärt i en svensk kontext, jfr. SOU 2025:109, s. 139.

som följer av rätten till en rättvis rättegång enligt EKMR art. 6. Jag återkommer till detta i de följande avsnitten.

Konstruktionsfallet tillämpas av polisen i andra länder, exempelvis Belgien och Estland.⁵⁶ Såvitt jag har kunnat utröna är det inget som svensk polis har tillämpat i någon avsevärd utsträckning. Däremot nämns det i författningskommentaren till förslaget om lagreglering av provokativa åtgärder. För det första nämns en mer passiv variant som ett typfall som faller utanför lagens tillämpningsområde, eftersom den som är föremål för åtgärden inte enligt utredningen förmås att begå ett brott.⁵⁷ För det andra nämns en mer aktiv variant som ett typfall av en särskild provokativ åtgärd som omfattas av lagen:

I chattforum på internet utger sig polisen för att vara ett barn under 15 år. ”Barnet” tar kontakt med en person, som använder ett fingerat användarnamn, och som misstänks utnyttja underåriga för sexuella handlingar. ”Barnet” erbjuder personen sexuella handlingar i utbyte mot ersättning. Personen antar erbjudandet och hans eller hennes identitet kan därigenom avslöjas.⁵⁸

Vidare nämndes konstruktionsfallet i riksdagsdebatten inför införandet av det utvidgade försöksansvaret.⁵⁹

⁵⁶ SOU 2025:109, s. 136; se också *Helme*.

⁵⁷ SOU 2025:109, s. 273 f.

⁵⁸ SOU 2025:109, s. 275.

⁵⁹ Prot. 2025/26:78, s. 3.

3 Försök till brott

3.1 Inledning

I detta avsnitt behandlar jag den första frågeställningen, dvs. vilken betydelse försöksansvarets utformning enligt 23 kap. 1 § BrB har för bedömningen av gärningar riktade mot en polis som uppträder som barn på nätet. Efter inledningen behandlas försöksstraffets filosofiska grund och de försöksteorier som har utvecklats för att rättfärdiga bestraffning av försöksbrott (3.2). I avsnitt 3.3 redogör jag för försöksbestämmelsen och dess uppbyggnad, varefter följer en närmare behandling av försökspunktens placering (3.4) och distinktionen mellan tjänliga och otjänliga försök, inklusive den nya myndighetsregeln (3.5). Avsnittet avslutas med en delanalys där jag tillämpar det redovisade försöksansvaret på de typsituationer som har etablerats i avsnitt 2 (3.6).

Bedömningen av försöksansvaret förutsätter en viss förståelse av det allmänna brottsbegreppet. För en mer ingående redogörelse hänvisas till framställningarna i doktrinen.⁶⁰ Försöksbrottet är en s.k. osjälvständig brottsform eftersom försöksbestämmelsen ”parasiterar” de materiella straffbestämmelserna.⁶¹ Brottsbeskrivningsenlighet föreligger därmed när gärningen uppfyller rekvisiten i 23 kap. 1 § BrB.⁶²

3.2 Försöksstraffets filosofiska grund

Att kriminalisera försök till brott kan motiveras av olika kriminalpolitiska skäl. I förarbetena till 1942 års allmänna försöksbestämmelse anfördes bland annat att kriminaliseringen verkar avskräckande, att den har en allmän moralbildande verkan, att den tillgodoser behovet av skydd mot farliga individer, och att den är praktiskt nödvändig för att brottsbekämpande myndigheter inte ska behöva avvakta med ingripanden tills ett brott har fullbordats.⁶³ Dessa skäl besvarar frågan *varför* staten straffar försök, men inte frågan om *på vilken grund* det kan rättfärdigas att staten gör det. Som Wennberg har påpekat bör det förstnämnda (försöksstraffets *ändamål*) skiljas från det senare (försöksstraffets *rättsgrund*). Att en viss kriminalisering kan väntas verka brottsförebyggande innebär inte utan vidare att så borde ske; försöket måste även uppvisa någon eller några komponenter som rättfärdigar användandet av straff.⁶⁴

Distinktionen mellan ändamål och rättsgrund får särskild betydelse eftersom försöksbrottet är ett förfälsdelikt. Detta innebär att straffansvaret inte förutsätter att det rättsligt skyddade intresset faktiskt har skadats, utan

⁶⁰ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) samt Jareborg (1994).

⁶¹ Asp, Ulväng och Jareborg (2013), s. 60.

⁶² Asp, Ulväng och Jareborg (2013), s. 397.

⁶³ SOU 1940:19 s. 21 ff. samt s. 74; jfr. Wennberg (2010), s. 22 ff.

⁶⁴ Wennberg (2010), s. 107.

kriminaliseringen bygger i stället på att gärningen har en föregiven relation till skada.⁶⁵ Detta väcker en grundläggande fråga om vad som gör en sådan gärning straffvärd. För försöksbrottens del handlar frågan särskilt om huruvida straffvärdheten ligger i gärningsmannens brottsliga vilja, i gärningens objektiva farlighet, eller i någon kombination av dessa. Svaret påverkar i sin tur hur försöksansvaret bör utformas och tolkas, och har lett till utvecklandet av ett antal s.k. försöksteorier.

3.2.1 Försöksteorier

En grundläggande skiljelinje i den straffrättsliga litteraturen går mellan vad som brukar kallas *subjektiv* respektive *objektiv* försöksteori. Denna beteckning kan ge intrycket av att det är en dikotomi mellan två olika teorier. Det kan dock snarare beskrivas som ett ungefärligt sätt att kategorisera ett antal olika modeller baserat på vilka aspekter respektive teorier företrädare lägger vikt vid när de argumenterar för att en viss gärning är straffvärd.⁶⁶ Inom ramen för denna framställning kommer jag dock, för enkelhetens skull, använda begreppen *den subjektiva försöksteorin* och *den objektiva försöksteorin*.

Diskussionen i litteraturen kring försöksläror präglas av att olika författare ser tydliga svagheter i hur försöksstraffet rättfärdigas av andra författare. Som Wennberg uttrycker det skulle man kunna säga att försöksläror ”ser ut som de gör, därför att företrädarna inte ser något alternativ”.⁶⁷ Det finns inte utrymme att behandla all sådan kritik i denna uppsats, men kort sagt går kritiken ut på att en strikt subjektiv teori anses leda till ett alltför omfattande straffbart område,⁶⁸ medan en strikt objektiv teori riskerar att lämna påtagligt klandervärda gärningar ostraffade enbart på grund av omständigheter som gärningsmannen inte kontrollerade.⁶⁹

Det ska understrykas att lagstiftaren i praktiken inte väljer mellan en renodlat subjektiv respektive objektiv försöksteori. De flesta rättsordningar kombinerar subjektiva och objektiva element, och skillnaderna avser snarare den relativa vikten av gärningsmannens inre förhållanden respektive

⁶⁵ Asp (2005), s. 14.

⁶⁶ Jfr. Wennbergs redogörelse i andra och tredje kapitlen av *Försök till brott* (2010).

⁶⁷ Wennberg (2010), s. 109.

⁶⁸ Jfr. bl.a. Wennberg (2010), s. 108 och Duff (1996). Till exempel anses den strikta subjektiva försöksteorin inte kunna förklara varför försök med vidskepliga medel (t.ex. ett försök att döda någon med en trolldom) inte ska bestraffas. Vidare anses det svårt för den subjektiva försöksteorin att på ett tillfredsställande sätt ställa närmare krav på själva försöksgärningen. Om det räcker att gärningen utgör en världslig manifestation av gärningsmannens brottsliga vilja skulle man kunna hävda att även erkännanden utgör straffbara försök, men detta hamnar naturligtvis alltför nära en kriminalisering av tankeverksamhet.

⁶⁹ Wennberg (2010), s. 108.

gärningens yttre karaktär. I Sverige är utgångspunkten en objektiv försöksteori med subjektiva inslag, då även otjänliga försök bestraffas i vissa fall.⁷⁰

3.2.1.1 *Den subjektiva försöksteorin*

Den subjektiva försöksteorin tar sin utgångspunkt i gärningsmannens inre förhållanden. Det som i första hand gör en försöksgärning straffvärd är att den är *klandervärd*. Detta synsätt, som bygger på kantianska tankar om förtjänstetik,⁷¹ anser alltså att straffrättens funktion är att reagera på de gärningar som förtjänar klander. Dessa gärningar är i sin tur sådana där en *brottslig vilja* på något sätt har manifesterats i handling.⁷²

Huruvida handlingen faktiskt skulle ha lett till att den brottsliga viljan realiserades genom brottets fullbordan är i princip inte relevant för att bedöma gärningsmannens ansvar enligt den subjektiva försöksteorin. Ur detta perspektiv finns det som utgångspunkt inte heller något principiellt skäl att skilja mellan tjänliga och otjänliga försök, eftersom gärningsmannens val är detsamma oberoende av om brottet på grund av yttre omständigheter visar sig vara omöjligt att fullborda. Gärningsmannen får alltså inte gynnas av att omständigheter som han inte kontrollerade ledde till att brottet inte kom till stånd.⁷³ Detta gäller i vart fall för avslutade försök, dvs. sådana där gärningsmannen har gjort allt som ankommer på honom för att fullborda brottet.⁷⁴

3.2.1.2 *Den objektiva försöksteorin*

Den objektiva försöksteorin betonar gärningens yttre dimension, i stället för gärningsmannens brottsliga vilja. Det som gör en försöksgärning straffvärd är inte gärningsmannens vilja utan också att gärningen objektivt har en viss koppling till den skada som straffbudet avser att förebygga.⁷⁵ Straffansvar förutsätter att gärningen i någon mening hotar eller angriper ett rättsligt skyddat intresse. I detta avseende får distinktionen mellan tjänliga och otjänliga försök avgörande betydelse. Är ett försök otjänligt, dvs. det finns vid försökspunkten inte någon konkret fara för att brottet fullbordas, ska det

⁷⁰ Jfr. 23 kap. 1 § BrB; Se även SOU 2024:55, s. 140 och Holmgren (2023/24), s. 703 not 20.

⁷¹ Kant behandlade inte försöksansvaret som sådant men kopplingen till den subjektiva försöksteorin är etablerad i litteraturen, jfr. Duff (1993), s. 346, och Duff (1996), s. 34.

⁷² Det ska understrykas att även den renodlade subjektiva försöksteorin kräver att den brottsliga viljan manifesteras i den yttre världen, ren tankeverksamhet kan alltså aldrig bestraffas, jfr. Wennberg (2010), s. 108. Dessutom är det accepterat att viljan måste avse att föröva en gärning som faktiskt är brottslig, och att s.k. imaginära brott faller utanför det straffbara området även under en renodlad subjektiv försöksteori, jfr. Jareborg (2001), s. 380.

⁷³ Jfr. Nagels (1979) diskussion om s.k. *moral luck* ("moralisk tur"), s. 25 ff.

⁷⁴ Duff (1996), s. 20 ff.

⁷⁵ Wennberg (2010), s. 109. I detta sammanhang fungerar den brottsliga viljan på sin höjd som exculperande.

inte straffas eftersom det rättsligt skyddade intresset objektivt sett aldrig utsattes för något reellt hot i samband med försöksgärningen.⁷⁶

3.2.1.3 Duffs angreppsmodell

Duff föreslår en alternativ modell där kriminaliseringen av försök rättfärdigas på huvudsakligen objektiv grund, utan att skära bort alla otjänliga försök som annars hade varit ostraffade under ett rent objektivt paradigm. Ett straffbart försök ska i stället förstås som ett *angrepp* ("attack") på ett rättsligt skyddat intresse. Huruvida en gärning utgör ett sådant angrepp beror inte enbart på gärningsmannens uppsåt utan också på hur gärningen faktiskt förhåller sig till det intresse som straffbudet skyddar. Duffs test för att bedöma detta är *huruvida gärningsmannen hade begått ett brott om han hade fullföljt sin brottsplan*. Han använder som exempel en person som har köpt en videospelare i tron att den var stulen, men som visar sig faktiskt ha tillhört säljaren. Köparen har förvisso fullföljt sin brottsplan, men eftersom omständigheten som skulle göra handlingen brottslig (att videospelaren var stulen) inte förelåg begick han inte det relevanta brottet. Således har han aldrig berört (*engaged*) det rättsligt skyddade intresset, trots att agerandet i och för sig var klandervärt.⁷⁷

Duff anser vidare att vissa situationer där den fulländade brottsplanen förvisso skulle innebära en kränkning av skyddsintresset ändå bör gå ostraffade. Han avsåg särskilt situationen där gärningsmannens metod är så radikalt missriktad att handlingen inte berör intresset på ett sätt som, hos "reasonable people of ordinary intelligence and perception", väcker den typ av reaktion ("indignation, horror, anxiety") som ett genuint angrepp gör.⁷⁸

Duffs ramverk ger inte skarpa gränser för exakt vilka otjänliga försök som bör falla utanför det straffbara området, men det erbjuder en principiell rättsgrund för ett försöksstraff som inte bygger på en ren objektiv eller subjektiv försökslära.⁷⁹

3.3 Allmänt om försöksbestämmelsen i 23 kap. 1 § BrB

Det allmänna straffansvaret för försök till brott regleras i 23 kap. 1 § BrB. Däri stadgas bland annat följande:

Den som har påbörjat utförandet av ett visst brott, utan att brottet fullbordats, döms för försök till brottet om sådant ansvar är sär-

⁷⁶ Wennberg (2010), s. 108.

⁷⁷ Duff (1996), s. 41 f.

⁷⁸ Duff (1996), s. 42 f.

⁷⁹ Det kan i sammanhanget noteras att en svensk variant av en kombinerad försöksteori har formulerats av Wennberg, som tar gärningen som straffets grund men avvisar farebedömningen som avgränsningskriterium, Wennberg (2010), s. 108 ff.

skilt föreskrivet och det har funnits fara för att handlingen skulle leda till att brottet fullbordas eller sådan fara varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter.

Oavsett vad som föreskrivs om fara i första stycket, ska det dömas till ansvar för försök till brott om fara för brottets fullbordan varit utesluten till följd av en myndighets åtgärd för att bekämpa brott. Detta gäller dock inte om gärningen med hänsyn till omständigheterna är uppenbart mindre allvarlig.

Den första förutsättningen är att gärningspersonen ska ha uppsåt att fullborda brottet (s.k. överskjutande uppsåt). Detta gäller även om det inte framgår uttryckligen av lagtexten.⁸⁰ Vid avslutade försök, dvs. där gärningspersonen har gjort allt som krävs för att brottet ska komma till fullbordan, kan uppsåt prövas på sedvanligt sätt i förhållande till följder och omständigheter.⁸¹ Den enda skillnaden blir att uppsåtet prövas i förhållande till en följd som inte faktiskt inträffade, eller en omständighet som inte faktiskt förelåg. Vid oavslutade försök, dvs. där det kvarstår något moment av brottsplanen för gärningspersonen att utföra, måste det först prövas huruvida gärningspersonen har för avsikt att utföra detta eller dessa moment.⁸²

Den andra förutsättningen för att försöksansvar över huvud taget ska komma på fråga är att ansvaret är *särskilt föreskrivet*. I brottsbalken sker detta i slutet av varje kapitel som innehåller materiella straffbestämmelser, dvs. 3–22 kap.⁸³

Den tredje förutsättningen är att gärningspersonen har *påbörjat* utförandet av brottet, dvs. att den s.k. *försökspunkten* är uppnådd. Annorlunda uttryckt ska gärningspersonen ha övergått från förberedelser till verkställighet.⁸⁴ Var försökspunkten ligger i ett enskilt fall är en komplex fråga som utvecklas närmare i avsnitt 3.4 nedan.

Den fjärde förutsättningen är att brottet inte har fullbordats. Det som i det vardagliga språkbruket kännetecknar ett ”försök” skiljer sig alltså från det straffrättsliga försöksbegreppet på så vis att ett straffrättsligt försök *alltid* i efterhand visar sig vara misslyckat.⁸⁵ Detta krav på icke-fullbordan av brottet

⁸⁰ Jfr. bl.a. NJA 2017 s. 531 ”Bussen i Östberga”, p. 15. Indirekt kan det anses följa av kravet på att gärningspersonen ska ha påbörjat utförandet av ett brott, Asp, Ulväng och Jareborg (2013), s. 399. Det har föreslagits ett explicit krav på överskjutande uppsåt i bestämmelsen av pedagogiska skäl och legalitetsskäl, men regeringen har ansett detta obehövligt, se SOU 2024:55, s. 156 och prop. 2025/26:49, s. 20 f.

⁸¹ NJA 2017 s. 531 ”Bussen i Östberga”, p. 15; Asp, Ulväng och Jareborg (2013), s. 400.

⁸² NJA 2017 s. 531 ”Bussen i Östberga”, p. 17; Asp, Ulväng och Jareborg (2013), s. 400.

⁸³ Exempelvis föreskrivs försöksansvaret för sexualbrott i 6 kap. 15 § BrB.

⁸⁴ Asp, Ulväng och Jareborg (2013), s. 402.

⁸⁵ Wennberg (2010), s. 14. För att låna Jareborgs exempel (not 89) kan man enligt det allmänna språkbruket säga att människan ”försökte” – och lyckades – ta sig till månen år 1969 (förvisso inte i en luftballong). Däremot förutsätter det straffrättsliga försöksbegreppet alltså att det resultat man strävar efter inte uppnås.

bör inte förstås som en materiell förutsättning för att döma till försöksansvar utan i första hand som en subsidiaritetsklausul som anger hur konkurrensfrågan mellan försök och fullbordade brott ska lösas.⁸⁶ Är samtliga rekvisit för det fullbordade brottet uppfyllda (det kan i så fall sägas att den s.k. *fullbordanspunkten* är uppnådd) så ska ansvar dömas för det fullbordade brottet, och inte för försöksbrottet.⁸⁷

Den femte förutsättningen är att ett av de s.k. farerekvisiten är uppfyllt. Härvid skiljer man traditionellt på två situationer: (1) där det förelegat fara för brottets fullbordan (s.k. *tjänliga försök*), och (2) där sådan fara varit utesluten (s.k. *otjänliga försök*).⁸⁸ Tjänliga försök är alltid straffbara. Otjänliga försök är straffbara om faran för brottets fullbordan varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter eller, i fall som inte är uppenbart mindre allvarliga, om faran varit utesluten till följd av en myndighets åtgärd för att bekämpa brott.

3.4 Försökspunktens placering

Som framgått ovan är försökspunktens placering avgörande för att straffrättsligt ansvar ska föreligga enligt 23 kap. 1 § BrB. Det finns inledningsvis anledning att uppmärksamma en mer principiell fråga som har diskuterats i doktrinen, nämligen huruvida rekvisitet *påbörjat* ytterligare begränsar försöksansvaret genom att ställa ett krav på att det ska vara existentiellt möjligt att fullborda brottet.⁸⁹ Detta synsätt anses dock inte ha fått gehör i HD:s praxis, där kravet på att utförandet ska ha påbörjats endast anses ange en hållpunkt avseende försökspunktens placering.⁹⁰

Var försökspunkten ligger vid ett visst brott beror bland annat på straffbestämmelsens utformning, men också på omständigheterna i det enskilda fallet. I doktrinen brukar man skilja på tre typer av situationer med hänvisning till förarbeten och praxis: (1) när gärningsmannen till fullo verkställt allt vad

⁸⁶ Asp, Ulväng och Jareborg (2013), s. 406; Asp (2021), s. 100 och 133 f.

⁸⁷ En möjlig undantagssituation är då det föreligger en avsevärd skillnad i magnituden av den skada gärningsmannen hade uppsåt att åstadkomma jämfört med vad den faktiskt åstadkom. Det kan i så fall vara lämpligare att döma för försök till ett svårare brott i stället för att döma för det fullbordade ringare brottet med beaktande av det överskjutande uppsåtet vid straffvärdesbedömningen. Se Asp (2021), s. 137.

⁸⁸ Asp (2021), s. 101.

⁸⁹ Jareborg (1994), s. 74 och 79 f. Jareborg använder som exempel att man begreppsligt inte kan "påbörja" en färd till månen med luftballong, även om man kan påbörja ett "försök" till en sådan färd. På motsvarande sätt kan man inte "påbörja" utförandet av en stöld genom att stoppa sin hand i någons ficka om fickan är tom, utan endast påbörja ett "försök" (men eftersom 23 kap. 1 § BrB saknar en särskild föreskrift om försöksansvar är försök till försök till brott inte straffbart).

⁹⁰ Asp, Ulväng och Jareborg (2013), s. 402 f. Avgörandet i NJA 1989 s. 456 anses ge visst stöd för en annan uppfattning – dvs. att rekvisitet "påbörjat" har en mer materiell innebörd – men den dominerande tolkningen i efterföljande praxis är alltså att påbörjansrekvisitet intar en formell roll som indikator för försökspunktens placering, jfr. Asp (2021), s. 93 ff., Jareborg (1994), s. 79 f. och bl.a. NJA 1992 s. 679 "Russinlådorna". Se också Asp (2001), s. 243.

enligt brottsplanen ankommer på honom (s.k. *avslutade försök*), (2) när gärningsmannen kan sägas ”hålla på” att göra det som står i brottsbeskrivningen (s.k. *pågående försök*), och (3) gärningar utan direkt anknytning till brottsbeskrivningen, men som ändå utgör straffbara försök.⁹¹

HD har uttalat att man vid denna bedömning allmänt sett bör placera försökspunkten i det skede av händelseförloppet där omständigheterna ger underlag för att konstatera att gärningspersonen har uppsåt att fullborda brottet.⁹² Försökspunkten måste regelmässigt anses ha passerats när gärningsmannen gjort allt som ankommer på honom för att fullborda brottet, dvs. när det är fråga om ett avslutat försök.⁹³ När det gäller pågående försök har straffbestämmelsens utformning betydelse eftersom gärningsmannen, genom att utföra något som anges i brottsbeskrivningen, kan sägas *hålla på att utföra* den handling som fordras för att brottet ska komma till fullbordan.⁹⁴

Utöver detta kan försökspunkten anses vara nådd när gärningsmannen förvisso inte har gjort något med direkt anknytning till brottsbeskrivningen, men har vidtagit åtgärder som tydligt visar att han har börjat verkställa brottsplanen och står i omedelbart begrepp att fullborda brottet.⁹⁵ Ett problem i detta sammanhang är emellertid att ju längre bort från brottsbeskrivningen bedömningen om försökspunktens placering görs, desto svårare blir det att avgöra *vilket brott* gärningsmannen har påbörjat utförandet av.⁹⁶

Frågan om försökspunktens placering vid distansbrott som rör sexuella handlingar har inte behandlats i HD. I förarbetena till 2022 års införande av s.k. distansvåldtäkter⁹⁷ uttalades att praxis avseende försökspunkten vid utnyttjande av barn för sexuell posering kan ge ledning. Sexualbrottsutredningen ansåg med stöd av detta att försökspunkten vid distansvåldtäkter skulle anses nådd i vart fall när gärningspersonen kontaktat brottsoffret, satt på eller uppmuntrat offret att sätta på webbkameran och uppmanat offret att utföra sexuella handlingar på sig själv.⁹⁸ Min bedömning, vilken får visst stöd i hovrättspraxis, är att försökspunkten kan placeras ännu tidigare än då gärningsmannen haft kontakt med barnet via webbkamera; i vart fall när gärningsmannen skickar meddelanden med exempelvis instruktioner om att

⁹¹ Asp (2021), s. 78 ff.; Wennberg (2010), s. 135 f.; jfr. SOU 1940:19, s. 43 f. Se också HD:s redogörelse i NJA 2017 s. 531 ”Bussen i Östberga”, p. 20–26 eftersom den tydligt följer denna ordning.

⁹² NJA 2017 s. 531 ”Bussen i Östberga”, p. 20.

⁹³ NJA 2017 s. 531 ”Bussen i Östberga”, p. 24.

⁹⁴ NJA 2017 s. 531 ”Bussen i Östberga”, p. 21 och 25.

⁹⁵ NJA 2017 s. 531 ”Bussen i Östberga”, p. 26.

⁹⁶ Asp (2021), s. 89.

⁹⁷ Se härom avsnitt 2.2.

⁹⁸ SOU 2021:43, s. 148.

utföra sexuella handlingar på sig självt eller uppmaningar att fotografera sig självt och skicka till honom.⁹⁹

3.5 Närmare om tjänliga och otjänliga försök

Som har nämnts ovan innebär den svenska regleringen – som i viss mån blandar objektiv och subjektiv försöksteori – att distinktionen mellan tjänliga och otjänliga försök blir avgörande för att konstatera huruvida en viss gärning är straffbar, eftersom tjänliga försök alltid är straffbara. Om försöket är att anse som otjänligt aktualiseras frågan om det ändå är straffbart eftersom faran för brottets fullbordan undanröjdes av en tillfällig omständighet eller till följd av en myndighets åtgärd för att bekämpa brott.

3.5.1 Tjänliga försök

Att ett försök är tjänligt innebär enligt försöksbestämmelsen att det vid försökspunkten förelåg fara för brottets fullbordan. Farebegreppet i detta sammanhang avser *konkret fara*. Konkret fara brukar definieras som att det dels ska vara existentiellt möjligt, dels plausibelt att brottet skulle komma till fullbordan.¹⁰⁰

Kravet på existentiell möjlighet innebär att det ska vara möjligt att försöks-gärningen kunde leda till följden. Asp anger som motsatsexempel att det inte är möjligt att försöka döda annan genom besvärjelser eller att försöka öppna ett kassaskåp med en gummiklubba.¹⁰¹

Plausibilitetskravet innebär att det dessutom i viss grad ska vara sannolikt att gärningen skulle ha lett till följden. I praxis har detta uttryckts som att det ska framstå som rimligt att förvänta effekten som en följd av gärningen.¹⁰² Den grad av sannolikhet som krävs är beroende av vilken straffrättsligt relevant effekt som prövningen relaterar till.¹⁰³ Är den befarade följden allvarlig, dvs. väger det intresse som riskerar att kränkas om faran realiseras tungt, ska kravet ställas lägre.¹⁰⁴ Bedömningen ska göras *ex post* och objektiverat, vilket innebär att det saknar betydelse vad gärningsmannen trott om faran och att all

⁹⁹ Se t.ex. Svea hovrätts dom den 18 december 2024 i mål B 10524-24 (försök till våldtäkt mot barn); Svea hovrätts dom den 15 april 2026 i mål B 17567-25 (försök till våldtäkt mot barn). Analogin till försök till utnyttjande av barn för sexuell posering bör i sig inte leda till en så försiktig placering av försökspunkten som utredningen har gjort, jfr. Svea hovrätts dom den 23 september 2022 i mål B 9395-22 (försök till grovt utnyttjande av barn för sexuell posering).

¹⁰⁰ Asp (2021), s. 101.

¹⁰¹ Asp (2021), s. 102.

¹⁰² NJA 2018 s. 369 ”Den välinställda hivbehandlingen”, p. 16. Avgörandet rörde bedömningen av konkret fara vid brottet framkallande av fara för annan (3 kap. 9 § BrB), men begreppet har samma innebörd som vid försöksbrottet, jfr. Asp (2021), s. 101 f.

¹⁰³ Givet ordets innebörd i vardagliga sammanhang kan det dock understrykas att ”sannolikt” här inte innefattar ett krav på probabilistisk övervikt. Prövningen tar sikte på plausibilitet och det räcker sålunda med en lägre grad av sannolikhet för att kravet på konkret fara ska vara uppfyllt, jfr. Holmgren (2023/24), s. 708.

¹⁰⁴ Holmgren (2023/24), s. 707 f.

tillgänglig kunskap om situationen och om världen får användas vid bedömningen.¹⁰⁵

Tjänliga försök är alltså sådana försök där det varit *existentiellt möjligt* och *plausibelt* (dvs. i viss grad sannolikt) att försöksgärningen skulle leda till det fullbordade brottet. Om så är fallet föreligger straffrättsligt försöksansvar förutsatt att övriga rekvisit är uppfyllda.

3.5.2 Otjänliga försök

Att ett försök har varit otjänligt innebär att konkret fara för brottets fullbordan inte har förelegat.¹⁰⁶ Ett typfall brukar sägas vara då myndigheter har ingripit eller brottet har förhindrats av någon annan liknande omständighet som gärningsmannen inte kontrollerar.¹⁰⁷ Farerekvisitets utformning gör att det finns anledning att göra skillnad på situationer då icke-faran beror på *tillfälliga omständigheter* och då icke-faran beror på omständigheter som inte kan anses vara tillfälliga.¹⁰⁸ Myndighetsregeln i andra stycket ändrar inte på detta förhållande i grunden eftersom det har utformats som ett alternativt fare-rekvisit; regeln ska inte förstås som att den inskränker det straffbara området enligt första stycket.¹⁰⁹

Vid försöksbestämmelsens tillkomst angavs det att avsikten med att begränsa försöksansvaret vid otjänliga försök till fall då faran varit utesluten av tillfälliga omständigheter är att försöksbestämmelsen ska träffa försök som är värda att tas på allvar, medan försök vars misslyckande inte beror på slumpen utan på en mer djupgående brist i brottsplanen inte ska bestraffas.¹¹⁰ Lagstiftaren preciserade inte begreppet *brist i brottsplanen* genom någon abstrakt definition, utan lämnade det till rättstillämpningen att närmare avgränsa det straffbara området. Viss vägledning gavs dock genom exempel, däribland att ansvar för försök till stöld omfattar en ficktjuv som stoppar handen i en ficka som råkar vara tom. En ficktjuv som däremot avser att stjäla ett visst föremål i tron om att någon har det i sin ficka, men det visar sig att personen inte alls bär föremålet på sig, gör sig däremot inte skyldig till ett straffbart försök.¹¹¹

Inom kategorin otjänliga försök kan en distinktion göras beroende på om otjänligheten avser brottsobjektet eller kausalsambandet mellan gärning och följd. Distinktionen brukar uttryckas som *otjänligt objekt* (eller *otjänligt mål*)

¹⁰⁵ Asp (2021), s. 103.

¹⁰⁶ Att faran enligt lagtexten ordalydelse ska ha varit ”utesluten” bör inte tolkas bokstavigt, dvs. så att det finns situationer där konkret fara visserligen inte förelåg, men att denna inte varit utesluten i egentlig mening. Försöksbestämmelsen är binär så till vida att konkret fara antingen förelegat (tjänligt försök) eller inte (otjänligt försök). Se Asp (2021), s. 107 f.

¹⁰⁷ Se t.ex. prop. 2025/26:49, s. 15 och NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen”, p. 20.

¹⁰⁸ Asp (2021), s. 108.

¹⁰⁹ Jfr. prop. 2025/26:49, s. 53.

¹¹⁰ Prop. 1942:4, s. 60 f.; jfr. Asp (2021), s. 109.

¹¹¹ Prop. 1942:4, s. 61.

respektive *otjänligt medel*.¹¹² Ett klassiskt exempel på ett otjänligt objekt är när gärningsmannen uppsåtligt försöker ta livet av en person som redan är död.¹¹³ Ett exempel på otjänligt medel är när gärningsmannen med samma uppsåt försöker skjuta en (levande) person men det visar sig att vapnet är oladdat.

Inom doktrinen har ytterligare en underdistinktion gjorts beroende på om försöksuppsåtet riktats mot ett obestämt eller ett bestämt objekt, där bedömningen om faran varit utesluten av en tillfällig omständighet beror på vilken kategori objektet hör till. För framställningen är det främst situationen att försöket riktar sig mot ett objekt som är *bestämt men obefintligt* som är av intresse, eftersom denna situation ligger nära de typsituationer som behandlas i analysen. Förarbetena ger ingen vägledning för denna situation. Wennberg har förespråkat att dessa fall ska bedömas utifrån huruvida gärningsmannen haft ett tjänligt *handlingsalternativ*, exempelvis vid en tidigare tidpunkt då objektet existerade. HD:s prejudikat i NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen” får anses ligga i linje med denna uppfattning.¹¹⁴

3.5.3 Tillfälliga omständigheter enligt rättspraxis

Som ovan har nämnts lämnade lagstiftaren det till rättstillämpningen att närmare precisera innebörden av begreppet *tillfälliga omständigheter* enligt 23 kap. 1 § BrB. I detta underavsnitt presenterar jag några avgöranden som har varit särskilt framträdande i detta sammanhang.

3.5.3.1 Den traditionella linjen avseende otjänliga brottsobjekt

En rad äldre avgöranden behandlar situationen då faran för brottets fullbordan undanröjts genom en myndighets ingripande under brottets planering, men innan försöket påbörjats. I NJA 1985 s. 544 ”De tomma resväskorna” hade två gärningsmän planerat att stjäla ädelstenar ur en guldhandlares bil. Polisen, som uppmärksammat planen, förmådde guldhandlaren att i stället lasta bilen med tomma resväskor, vilka gärningsmännen sedan tillgrep. I NJA 1990 s. 354 ”Flickvännens fritagningsförsök” hade en kvinna planerat att smuggla in en pistol till sin pojkvän på häktet i samband med ett besök. Ett anonymt tips hade dock föranlett att besöksförbud meddelats och att hon skulle kroppsvisiteras vid det aktuella tillfället, vilket också skedde. I NJA 1992 s. 679 ”Russinlådorna” hade ett narkotikaparti om ca 39 kg kokain beslagtagits av

¹¹² Wennberg (2010), s. 221 ff.

¹¹³ Se NJA 1956 B 6, det s.k. Brobyfallet. En föreståndarinna vid ett ålderdomshem misstänktes för att ha försökt döda en äldre genom dränkning, men bevisläget i målet var sådant att HD fick utgå från att äldre redan hade avlidit innan försöket. Föreståndarinnan friades men skälen härför är omdiskuterade i doktrinen, jfr. exv. Jareborg (2001), s. 389 och Wennberg (2010), s. 128 f. Wennberg anser att den tilltalade idag sannolikt skulle dömas för försök till dråp, Wennberg (2010), s. 223 f.

¹¹⁴ Se nedan under avsnitt 3.5.3.3; jfr. också Asp (2021), s. 111 f., som bygger ett liknande resonemang om tiden för uppsåtets formande.

tull och polis innan gärningsmännen, i enlighet med en på förhand uppgjord plan, avlastade lådorna i tron om att kokainet fortfarande fanns där.

I samtliga fall ansåg HD att fullbordansfaran hade varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter, och gärningsmännen dömdes för försök till respektive brott. Det som var avgörande var i samtliga fall att brottsplanen, sett ur gärningsmannens synpunkt, framstod som värd att ta på allvar och att den fareuteslutande omständigheten framstod som slumpartad från hans perspektiv. Att händelseförloppet objektivt sett kontrollerades av myndigheterna på ett sätt som gjorde någon konkret fara för brottets fullbordan påtagligt avlägsen spelade alltså ingen roll eftersom gärningsmannen inte kände till omständigheten att myndigheterna hade ingripit. Dessa avgöranden kom därigenom att etablera utgångspunkten att myndighetsingripanden som undanröjer fullbordansfaran under brottets planering, men innan försökspunkten är nådd, regelmässigt utgör tillfälliga omständigheter enligt 23 kap. 1 § BrB.

3.5.3.2 NJA 2003 s. 670 ”Skotten mot säkerhetsdörren”

I avgörandet utvidgade HD principen till att även omfatta mer beständiga hinder. Den tilltalade hade avlossat skott mot en säkerhetsdörr med uppsåt att döda den som befann sig på andra sidan, men ammunitionen var för svag för att penetrera dörren. HD konstaterade att det var svårt att motivera en principiell skillnad mellan fall där fullbordansfaran undanröjts genom en tillfällighet före brottets påbörjande och fall där det förelegat ett mer beständigt hinder, så länge omständigheten ur gärningsmannens synpunkt framstod som slumpartad. Eftersom den tilltalade inte hade någon närmare kunskap om dörrens motståndskraft mot kulor, och brottsplanen objektivt sett från gärningsmannens synpunkt varit värd att ta på allvar, ansågs den fareuteslutande omständigheten som tillfällig. Den tilltalade dömdes för försök till dråp.

3.5.3.3 NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen”

Våren 2021 beslagtogs polisen i samband med en husrannsakan ett antal automatvapen, en pistol och ammunition i ett källarförråd. Polisen placerade en vapenattrapp på platsen och bevakade förrådet. Fyra månader senare kom tre personer till förrådet i olika omgångar, varav en befattade sig med attrappen. Han åtalades för försök till synnerligen grovt vapenbrott och en annan av personerna för medhjälp till samma försök.

Avgörandet behandlade alltså liksom rättsfallen i avsnitt 3.5.3.1 situationen där fara för brottets fullbordan varit utesluten då myndigheter har ingripit. HD underströk dock att det är gemensamt för dessa fall att faran undanröjdes under brottets planering men innan försöket påbörjades.¹¹⁵ Det är dessa typfall – där fullbordansfaran varit utesluten av en myndighets ingripande eller

¹¹⁵ NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen”, p. 20.

av en annan sådan omständighet som gärningsmannen inte kontrollerar – som HD:s prejudikat i målet tar sikte på.¹¹⁶

I detta fall var inget annat visat än att faran för brottets fullbordan var undanröjd innan brottsplanen hade tagit form, dvs. innan uppsåtet att fullborda brottet hade formats hos gärningsmännen. Således ansåg HD att det förelåg en grundläggande brist i brottsplanen. I och med denna grundläggande brist kunde det inte sägas vara en slump att fullbordansfaran var utesluten.¹¹⁷ De tilltalade friades alltså från försöksbrottet respektive medhjälp till försöksbrottet.

HD sammanfattade sin slutsats som följer:

Avgränsningen innebär att man i många fall bör kunna se till vilka handlingsalternativ som gärningsmannen haft inom ramen för sitt uppsåt. Om något av dessa alternativ hade kunnat leda till ett fullbordat brott, men gärningsmannen valde ett som var otjänligt, kan straffansvar komma i fråga.¹¹⁸

I detta fall hade, såvitt var visat i målet, försöket blivit otjänligt långt innan gärningsmännens uppsåt formades. Inom ramen för deras uppsåt fanns alltså endast otjänlighet, och den fareuteslutande omständigheten var således inte att anse som tillfällig.¹¹⁹

HD begränsade prejudikatet till att gälla ”som utgångspunkt” och avseende ett visst typfall, men domen ansågs ändå omvälvande bland annat då den gav en så klar och definitiv regel för bedömandet av otjänliga försök.¹²⁰ Det har diskuterats huruvida prejudikatet inskränkte det straffbara området.¹²¹ Oaktat detta fick domen stora praktiska konsekvenser för myndigheternas brottsbekämpande arbete då kontrollerade leveranser och andra interimistiska

¹¹⁶ NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen”, p. 20 och 23.

¹¹⁷ NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen”, p. 21 och 26.

¹¹⁸ NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen”, p. 24.

¹¹⁹ Jfr. Asp (2021), s. 112 f. och det däri refererade RH 2007:61. I det fallet hade en ryggsäck innehållande narkotika hittats i en tvättstuga och polisen hade bytt ut innehållet mot mjöl och socker. Några dagar senare tog den tilltalade befattning med ryggsäcken. Inget annat var visat än att hans uppsåt att inneha narkotika formats i ögonblicket då han påträffade ryggsäcken. Även om det från gärningsmannens sida framstod som plausibelt att hans uppsåt skulle förverkligas anser Asp att det är svårt att säga att faran för brottets fullbordan var utesluten av tillfälliga omständigheter.

¹²⁰ Se t.ex. Holmgren (2023/24), s. 714. Det kan diskuteras hur långt gående avgränsningen är givet att ”typfallet” inte bara omfattar otjänlighet till följd av myndighetsingripanden utan även ”en annan sådan omständighet som gärningsmannen inte kontrollerar”. Rent språkligt borde detta ju inrymma en mängd situationer. Eftersom denna uppsats avser just myndighetsåtgärder får denna fråga dock lämnas därhän.

¹²¹ Enligt statens utredare tyder ett antal underrättsdomar som meddelades efteråt på att så var fallet, se SOU 2024:55 s. 143 ff. Samtidigt kritiserades denna slutsats av vissa remissinstanser, se t.ex. Uppsala universitets remissyttrande Dnr UFV 2024/1664 (2024-12-17), s. 9. Helt klart är emellertid att de brottsutredande myndigheterna har tolkat rättsfallets följder extensivt.

åtgärder inte kunde användas till följd av bevissvårigheter avseende gärningsmannens uppsåt.¹²²

3.5.4 Myndighetsregeln i andra stycket

Redan två månader efter att HD meddelade sitt avgörande i NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen” tillsattes en utredning med uppgift att bland annat ”överväga om [försöks]bestämmelsen är ändamålsenligt utformad och svarar mot dagens samhällsutmaningar”, särskilt avseende det typfall som behandlas i avgörandet.¹²³ Utredningen utmynnade i ett lagförslag som fick visst genomslag i den nya bestämmelsen i 23 kap. 1 § andra stycket BrB.¹²⁴ Denna lyder som följer:

Oavsett vad som föreskrivs om fara i första stycket, ska det dömas till ansvar för försök till brott om fara för brottets fullbordan varit utesluten till följd av en myndighets åtgärd för att bekämpa brott. Detta gäller dock inte om gärningen med hänsyn till omständigheterna är uppenbart mindre allvarlig.

Formuleringen *oavsett vad som föreskrivs om fara i första stycket* (dvs. de alternativa farerekvisiten) har valts för att tydliggöra att andra stycket gäller parallellt med första stycket och inte inskränker första styckets tillämpningsområde.¹²⁵ Det straffbara området omfattar alltså numera följande situationer där försökspunkten för ett visst brott är uppnådd:

- (1) Fara för brottets fullbordan förelåg (tjänligt försök).
- (2) Fara för brottets fullbordan förelåg inte, och detta berodde på tillfälliga omständigheter (otjänligt försök på grund av tillfälliga omständigheter).
- (3) Försöksgärningen var inte uppenbart mindre allvarlig, och fara för brottets fullbordan förelåg inte. Att fullbordansfaran inte förelåg berodde på en myndighets åtgärd för att bekämpa brott (otjänligt försök på grund av en myndighets ingripande).

Med *myndighet* avses samtliga myndigheter, inklusive utländska. Att åtgärden ska ha vidtagits *för att bekämpa brott* innebär att samtliga åtgärder för att förebygga, förhindra eller upptäcka brottslig verksamhet eller för att utreda eller lagföra brott omfattas.¹²⁶

För att bestämmelsen ska vara tillämplig krävs det vidare att myndigheten genom aktivt handlande har påverkat händelseförloppet. Det ska finnas ett

¹²² SOU 2024:55, s. 146.

¹²³ Dir. 2023:85, s. 4.

¹²⁴ Jfr. SOU 2024:55, s. 28 och prop. 2025/26:49, s. 12 ff.

¹²⁵ Prop. 2025/26:49, s. 52 och 81.

¹²⁶ Prop. 2025/26:49, s. 52.

samband mellan åtgärden (dvs. det aktiva handlandet) och den uteslutna faran. Det krävs inte att myndighetens åtgärd varit den enda eller viktigaste orsaken till att fullbordansfaran varit utesluten. Frågan om ett tillräckligt orsakssamband får avgöras utifrån omständigheterna i varje enskilt fall. Som exempel på fall där det i regel föreligger ett sådant orsakssamband anger regeringen bland annat att en myndighet har bytt ut ett illegalt brottsobjekt, som exempel narkotika, mot en legal substans.¹²⁷ Regeringen överlämnar det ytterst till rättstillämpningen att avgöra om det förelegat ett tillräckligt samband för att den uteblivna faran för fullbordat brott ska tillskrivas en myndighets åtgärd att bekämpa brott.¹²⁸

Som ytterligare ett exempelfall där en myndighets åtgärd påverkat händelseförloppet anger regeringen exemplet att polisen tar över en chattkonversation mellan ett barn och en gärningsperson i syfte att utreda brott och gärningspersonen, i tron om att den fortfarande konverserar med barnet, uppmanar och instruerar barnet att utföra sexuella handlingar på sig själv. I ett sådant fall saknar det enligt regeringen betydelse om gärningspersonens uppsåt har formats före eller efter det aktuella myndighetsagerandet, till skillnad från vad som enligt NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen” gäller när bedömningen om tillfälliga omständigheter görs.¹²⁹

I bestämmelsen finns ett undantag för *uppenbart mindre allvarliga* gärningar. Avsikten är enligt regeringen att undantaget ska träffa sådana otjänliga försök som helt klart inte är straffvärda. Det tar framför allt sikte på situationer då gärningspersonens brottsplan formas i samband med att gärningsmannen upptäcker att det verkar föreligga tillfälle att begå ett visst brott, dvs. fall då försöket framstår som mer eller mindre slumpartat. Det ska alltså träffa ”påtagligt ofarliga situationer som inte alls är värda att ta på allvar och då försöket inte framstår som realistiskt”.¹³⁰

En sådan situation enligt propositionen är när gärningsmannen misstagit sig om den faktiska karaktären hos ett objekt som han befattar sig med till följd av stundens ingivelse. I dessa situationer är agerandet förvisso klandervärt, men agerandet ligger långt från den skada som kriminaliseringen syftar till att förebygga och det framstår som omotiverat att göra skillnad mellan dessa situationer och situationer då någon med samma uppsåt påträffar ofarliga substanser som inte placerats ut av en myndighet.¹³¹ Regeringen anger två exempel på situationer som kan omfattas av undantaget. Den ena är då brottsplanen formades i samband med att en person mer eller mindre slumpmässigt påträffar något som den felaktigt tror är ett vapen eller narkotika, som var

¹²⁷ Prop. 2025/26:49, s. 52 f.

¹²⁸ Prop. 2025/26:49, s. 18.

¹²⁹ Prop. 2025/26:49, s. 52.

¹³⁰ Prop. 2025/26:49, s. 53.

¹³¹ Prop. 2025/26:49, s. 20.

fallet i RH 2007:61.¹³² Den andra är då det förflutit mycket lång tid – flera år – mellan myndighetens åtgärd och försöksgärningen.¹³³

I utredningen uttrycks en medvetenhet om att lagstiftningen innebär en asymmetri i förhållande till fall där en privat aktör har undanröjt faran. Denna asymmetri har dock accepterats med hänvisning dels till att konsekvenserna av att bestraffa även dessa fall är svåröverskådliga, dels till svårigheten att finna en avgränsning av det straffbara området som endast träffar straffvärda fall. Dessutom framhåller utredningen att fall där faran undanröjts av en privat aktör i förekommande fall kan fångas av rekvisitet *tillfälliga omständigheter* i första stycket.¹³⁴ Regeringen ansluter sig uttryckligen till denna bedömning utan att utveckla något ytterligare principiellt försvar för avgränsningen.¹³⁵

3.6 Delanalys

3.6.1 Något om händelseförloppet

Som har framgått i avsnitt 2.1 begås sexualbrott mot barn på nätet ofta i samband med ett mer eller mindre utdraget händelseförlopp, där gärningsmannen bygger en relation med sitt offer innan han förgriper sig på det. Under förloppet kan han göra sig skyldig till ett antal brott. Brottet vars fullbordanspunkt är förlagd tidigast är *kontakt för att träffa barn i sexuellt syfte* i 6 kap. 10 a § BrB. Brottet fullbordas redan när gärningsmannen föreslår en träff med barnet, vilket kan göras genom att exempelvis föreslå ett videosamtal. Där emot är detta brott inte straffbelagt på försöksstadiet, varför det faller utanför framställningen.¹³⁶

Vissa gärningsmän sexualiserar kontakten väldigt tidigt och har ingen önskan om reciprocitet. Det kan röra sig om situationer som närmast är att jämställa med blottning. Förvisso kan en sådan gärning innefatta ett moment där gärningsmannen uttalar en vilja att barnet exempelvis utför en sexuell handling på sig självt, vilket objektivt uppfyller rekvisiten för försök till våldtäkt mot barn. Gärningsmannens överskjutande uppsåt lär dock i dessa fall endast täcka väckandet av offrets känslor av exempelvis obehag, kränkning och skräck i samband med uppmaningen. Dessa gärningar borde följaktligen bedömas som sexuellt ofredande mot barn enligt 6 kap. 10 § första stycket BrB, vilket inte är straffbart på försöksstadiet.¹³⁷

¹³² Om rättsfallet se ovan under not 119.

¹³³ Prop. 2025/26:49, s. 20 och 53.

¹³⁴ SOU 2024:55, s. 159 f.

¹³⁵ Prop. 2025/26:49, s. 16 f.

¹³⁶ Jfr. 6 kap. 15 § och 23 kap. 1 § första stycket BrB.

¹³⁷ Jfr. 6 kap. 15 § och 23 kap. 1 § första stycket BrB.

Analysen kommer mot denna bakgrund att centreras på händelseförlopp där gärningsmannen hinner bygga upp en relation till barnet på så vis att han kan begå ett sexualbrott som är straffbart på försöksstadiet.

3.6.2 Försökspunktens placering

Allmänt kan det sägas att det följer av den digitala kommunikationens natur att det i många fall enkelt kan konstateras att försökspunkten är nådd eftersom gärningsmannen har skickat ett meddelande med ett visst innehåll som medför att brottet fullbordas om barnet svarar på det sätt han hoppas på. Till exempel kan en gärningsman ha skickat ett meddelande till barnet där han uttryckligen ber det skicka en nakenbild till honom. I dessa fall är det fråga om ett avslutat försök.¹³⁸

Den som ser det utdragna händelseförloppet som en process varigenom gärningsmannen bygger upp en relation till barnet för att sedan förgräpa sig på det kan låta sig frestas att placera försökspunkten redan innan något sådant meddelande skickas. Gärningsmannen kan exempelvis i vid mening sägas *hålla på* att otillbörligt förmå barnet att företa sexuella handlingar på sig självt när han är i färd med att etablera relationen som kommer att möjliggöra brottet. Det ligger dock enligt min mening närmare till hands att betrakta detta som en åtgärd av förberedande karaktär. Även systematiska hänsyn talar mot en sådan uppfattning eftersom lagstiftaren uttryckligen har avgränsat dessa relationsbyggande åtgärder till ett särskilt brott genom grooming-bestämmelsen i 6 kap. 10 a § BrB.¹³⁹

Försökspunktens placering blir avgörande framför allt i övertagandefallen. Om försökspunkten för ett visst brott placeras efter övertagandet är försöket alltid att bedöma som otjänligt.

3.6.3 Otjänlighet på grund av en tillfällig omständighet

Enligt HD:s tolkning – i vart fall före ”Vapenattrappen” – är en omständighet varigenom fullbordansfaran undanröjs att anse som tillfällig om det vid en objektiv bedömning utifrån gärningsmannens synpunkt framstår som plausibelt att hans uppsåt förverkligas. Situationen som behandlas här handlar om en anonym användare på ett forum eller socialt medium som utger sig för att vara barn, men som i själva verket är en vuxen polisanställd. I och med att syftet med det förtäckta beteendet är att utreda och förebygga brott så är det en självklarhet att det innefattar att användaren på olika sätt utåt framstår som ett barn, genom exempelvis användarnamn, profilbild, beteende och så vidare.¹⁴⁰ Från gärningsmannens synpunkt är det alltså mer eller mindre en slump att den han har kontakt med inte faktiskt är ett barn. Detta gäller såväl i konstruktionsfallen som övertagandefallen.

¹³⁸ Det är så denna typ av fall har behandlats i underrättspraxis, jfr. not 99.

¹³⁹ Se avsnitt 2.2.

¹⁴⁰ Se avsnitt 2.3.

Den avgörande frågan i detta sammanhang är egentligen vid vilken tidpunkt brottsplanen, dvs. gärningsmannens uppsåt att föröva ett sexualbrott mot barnet, uppkom.

I övertagandefallet kan detta väcka vissa frågor. Även om meddelandena före övertagandet inte i sig var så pass olämpliga att ett uppsåt att föröva sexualbrott mot barnet kunde konstateras, så borde det faktum att gärningsmannen sedan uttrycker ett sådant uppsåt ge vid handen att uppsåtet fanns redan när gärningsmannen först hade kontakt med barnet. Det är dock tänkbart att annat inte visats än att gärningsmannen hade ett otäckt eller obehagligt – men inte straffbart – uppsåt före övertagandet. Exempelvis kan det vara fråga om chattar där det passerat väldigt lång tid och många meddelanden från övertagandet till att gärningsmannen gör sexuella närmanden mot ”barnet”. I dessa fall, dvs. där uppsåtet formats först efter övertagandet, föreligger en så djupgående brist i brottsplanen att fullbordansfaran inte kan anses utesluten av tillfälliga omständigheter.¹⁴¹

Mer principiellt intressanta i detta sammanhang är konstruktionsfallen. Det fiktiva barnet är ett bestämt men obefintligt objekt i den mening som diskuterats ovan.¹⁴² I dessa fall krävs det rimligen att gärningsmannens över-skjutande uppsåt inte enbart omfattar det fiktiva barnet utan även andra (verkliga) barn. Detta beror på att det som enligt HD är avgörande är vilka *handlingsalternativ* gärningsmannen haft inom ramen för sitt uppsåt.¹⁴³ Är gärningsmannens uppsåt begränsat till polisens chattkonversation har det aldrig funnits något handlingsalternativ som stått gärningsmannen till buds för att göra det otjänliga försöket tjänligt. Med andra ord finns inom ramen för gärningsmannens uppsåt bara ren och skär otjänlighet.

Om det å andra sidan kan visas att gärningsmannens uppsåt riktades mot ett obestämt objekt – dvs. att uppsåtet var att föröva sexualbrott mot något barn snarare än just det barn han konverserade med – har det funnits andra handlingsalternativ som varit tjänliga (nämligen att kontakta andra barn). Forskningen om sexualbrott mot barn på internet visar att det inte borde vara en ovanlig situation.¹⁴⁴

Det är emellertid problematiskt att resonera i termer av handlingsalternativ när det är fråga om just sexualbrott mot barn på sociala medier. Den typiska gärningen som beskrivits i avsnitten 2.1 och 3.6.1 förutsätter, för de brott som är straffbelagda på försöksstadiet, ett relativt utdraget händelseförlopp där gärningsmannen successivt etablerar kontakt och skapar en relation med barnet. Försökspunkten för de aktuella brotten nås, som har visats ovan, först när gärningsmannen vidtar handlingar som är av viss kvalificerad karaktär

¹⁴¹ Jfr. NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen”.

¹⁴² Se avsnitt 3.5.2.

¹⁴³ NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen”, p. 21 och 24.

¹⁴⁴ Se avsnitt 2.1.

(till exempel att de är ägnade att förmå barnet till en viss sexuell handling). Vid den tidpunkten har gärningsmannen i regel investerat så mycket tid och så många meddelanden i en specifik konversation att den fiktiva motparten knappast kan beskrivas som ett av flera utbytbara brottsobjekt.

I de fall där konversationen i stället är så pass tidig att gärningsmannens uppsåt rimligen kan beskrivas som mer ospecificerat, dvs. inriktat på att föröva sexualbrott mot *något barn* snarare än mot "*barnet*", är det typiskt fråga om beteenden som faller under sexuellt ofredande mot barn eller kontakt för att träffa ett barn i sexuellt syfte.¹⁴⁵ Dessa brott är, som har konstaterats, inte straffbelagda på försöksstadiet. Utrymmet att betrakta ett helt fiktivt barn som en tillfällig omständighet enligt 23 kap. 1 § första stycket BrB framstår därmed som mycket begränsat i praktiken.

3.6.4 Otjänlighet på grund av en myndighets brottsbekämpande åtgärd

Inledningsvis kan det konstateras att en av polisen genomförd provokativ åtgärd faller inom myndighetsregelns tillämpningsområde, eftersom det är en åtgärd av en myndighet som syftar till att bekämpa brott. Begreppet *åtgärd för att bekämpa brott* synes inte ställa något krav på att åtgärden ska vara riktad mot eller på något annat sätt avse just den personen som sedan begår försöksbrottet. Tvärtom har bestämmelsen tillkommit bland annat mot bakgrund av situationer som den i "Vapenattrappen", där den som ursprungligen placerade dit det sedermera utbytta brottsobjektet förblev okänd under hela utredningsförloppet. Redan det faktum att scenariot äger rum inom ramen för polisens spaningsverksamhet eller dylikt bör alltså göra 23 kap. 1 § andra stycket tillämpligt.

Vad gäller övertagandefallen kan det konstateras att det straffbara området har utvidgats till att omfatta situationen då gärningsmannens uppsåt formats först efter polisen har inträtt i konversationen. Inom ramen för gärningsmannens uppsåt har det bara funnits otjänlighet, men denna otjänlighet har uppstått till följd av en myndighets åtgärd för att bekämpa brott. Förutsatt att försöksgärningen inte är uppenbart mindre allvarlig är den alltså straffbar i detta fall.

Bedömningen av konstruktionsfallet är däremot mer komplicerad mot bakgrund av lagtextens utformning. För straffansvar fordras att fullbordansfaran varit utesluten *till följd av en myndighets åtgärd för att bekämpa brott*. Myndighetens åtgärd ska alltså ha orsakat att faran för brottets fullbordan varit utesluten. I förarbetena talar regeringen om *tillräckliga orsakssamband* för att skära bort situationer där kausalsambandet mellan myndighetens ingripande och fullbordansfarans undanröjande framstår som alltför lång-

¹⁴⁵ Se avsnitt 3.6.1.

sökt.¹⁴⁶ Frågan är om det i konstruktionsfallen rent begreppsligt kan sägas föreligga ett orsakssamband överhuvudtaget.

Kausalsambandet är tämligen enkelt att beskriva när det är fråga om ett utbytt brottsobjekt, vilket det är i övertagandefallen:

Polisens åtgärd (*att byta ut brottsobjektet, dvs. barnet*) har orsakat att faran för att gärningsmannen fullbordar brottet är utesluten (*eftersom han inte längre kommer åt brottsobjektet*).

Att uttrycka ett liknande kausalsamband i fall där brottsobjektet konstruerats av myndigheten redan från början är däremot svårare, i vart fall när gärningsmannens uppsåt är begränsat till det konstruerade brottsobjektet. Föreställ att man på ett liknande sätt som övertagandefallen ovan uttrycker detta orsakssamband:

Polisens åtgärd (*att konstruera brottsobjektet, dvs. agera som ett fiktivt barn på internet*) har orsakat att faran för att gärningsmannen fullbordar brottet är utesluten (*eftersom brottsobjektet inte existerar*).

Denna formulering är redan vid en första anblick problematisk. Kan man verkligen säga att faran för brottets fullbordan är utesluten *till följd* av åtgärden om det aldrig skulle ha funnits någon fullbordansfara ändå?

Kausalitetskravet synes förutsätta att myndighetens åtgärd frambringat en relevant förändring i de sakförhållanden som är avgörande för fullbordansfarans uteslutande, typiskt att ett brottsobjekt byts ut eller på annat sätt görs otjänligt. I konstruktionsfallet finns emellertid inte någon sådan förändring att tillskriva myndigheten. Brottsobjektet har varken bytts ut eller förändrats; det har aldrig existerat. Detta förhållande har myndighetens åtgärd inte skapat och det hade förelegat oberoende av om åtgärderna vidtagits eller inte. De omständigheter som i teknisk mening förklarar varför brottsobjektet aldrig existerat utgör inte aktiva handlingar som kan tillskrivas myndigheten.¹⁴⁷ Problemet i konstruktionsfallen är alltså inte frågan om huruvida orsaks-

¹⁴⁶ Se avsnitt 3.5.4. En tänkbar situation, utöver det av regeringen angivna exemplet, är då åtgärden riktar sig mot ett annat brott eller händelseförlopp än det som inte blir fullbordat. Om polisen frihetsberövar A eftersom han misstänks för att ha planerat att sälja ett fullt dugligt skjutvapen till B, och B sedan försöker beröva C livet med ett otjänligt medel – t.ex. en pistol som visar sig vara funktionsoduglig – så har polisens brottsbekämpande åtgärd (frihetsberövandet av A) i och för sig orsakat det senare brottets otjänlighet. Gärningen (att B försöker beröva C livet) är förmodligen inte att anse som uppenbart mindre allvarlig enligt 23 kap. 1 § andra stycket BrB. Däremot kan det ifrågasättas om kausalsamband mellan frihetsberövandet och brottets otjänlighet verkligen är rimligt. Märk väl att situationen ändå kan vara straffbar om pistolens oduglighet är en tillfällig omständighet enligt första stycket.

¹⁴⁷ T.ex. omständigheten att den polisanställda (förmodligen) är en vuxen och inte ett barn.

sambandet är rimligt, utan huruvida det över huvud taget kan sägas föreligga ett orsakssamband på det sätt som krävs enligt 23 kap. 1 § andra stycket BrB.

Hur man kan förhålla sig till detta problem beror på vilken försöksteori man förespråkar. Eftersom brottsobjektet sett ur gärningsmannens perspektiv är detsamma är gärningen ur ett subjektivistiskt perspektiv precis lika klandervärd oavsett om brottsobjektet är utbytt eller konstruerat. Att bestämmelsen begreppsligt utesluter den ena är därför, enligt ett subjektivistiskt förhållningssätt, ett misslyckande i lagstiftningen.

Lagtextens konstruktion skulle däremot – åtminstone i detta avseende¹⁴⁸ – kunna motiveras av en blandad teori, till exempel Duffs angreppsmodell.¹⁴⁹ Förvisso hade fall där brottsplanen formats efter övertagandet i och för sig gått ostraffade enligt Duffs första test, eftersom gärningsmannens fulländade brottsplan inte skulle innebära en kränkning av det rättsligt skyddade intresset. Däremot har det rättsligt skyddade intresset berörts av gärningsmannen på ett sätt som skulle kunna motivera straffrättsligt ansvar, medan intresset inte berörs alls i konstruktionsfallen.

Denna relativt strikta tolkning av kausalitetskravet utesluter inte att bestämmelsen i rättstillämpningen ges en mer ändamålsorienterad och extensiv innebörd. Om det inte anses krävas att brottsobjektet någonsin faktiskt har existerat, utan det är tillräckligt att den uteblivna fullbordansfaran kan hänföras till en myndighets konstruktion av händelseförloppet, kan även konstruktionsfallen omfattas. Lagändringen skulle då innebära en tämligen långtgående utvidgning av det straffbara området. Det som tidigare hade betraktats som en djupgående brist i brottsplanen – att gärningen riktats mot ett fullständigt otjänligt brottsobjekt – skulle då kunna grunda försöksansvar oavsett vid vilken tidpunkt gärningsmannens uppsåt formades eller vilka handlingsalternativ som rymdes inom ramen för detta.

3.6.5 Uppenbart mindre allvarliga försöksgärningar

För det fall ett kausalsamband kan anses föreligga mellan myndighetens åtgärd och farans undanröjande aktualiseras frågan om huruvida gärningen med hänsyn till omständigheterna är att anse som *uppenbart mindre allvarlig* enligt 23 kap. 1 § andra stycket andra meningen BrB. Undantaget ska enligt propositionen tolkas som en ventil för situationer där agerandet förvisso är klandervärd, men inte till den grad att det är rimligt att bestraffa när samma gärning hade gått ostraffad om försökets otjänlighet varit till följd av en åtgärd av någon annan än en myndighet. Det ska närmast vara fråga om en gärningsman som av slumpen råkar på ett brottsobjekt och låter sig frestas att begå ett brott.

¹⁴⁸ En annan sak är att en blandad teori inte kan förklara den straffrättsliga åtskillnaden mellan fareundanröjande åtgärder av myndigheter och privatpersoner, se avsnitt 3.6.6.

¹⁴⁹ Se avsnitt 3.2.1.3.

En sådan situation är lätt att föreställa sig när brottsobjektet är ett utbytt narkotikaparti eller vapen. När det är fråga om ett barn på sociala medier är det dock tveksamt om undantaget kan bli tillämpligt. Vid vapen- och narkotikabrott är försökspunkten nådd redan när gärningsmannen tar befattning med det utbytta brottsobjektet, dvs. redan när gärningsmannen av en slump påträffar brottsobjektet och låter sig frestas att begå brottet. För att nå försökspunkten för ett sexualbrott mot barn på nätet krävs emellertid att gärningsmannen tagit någon vidare åtgärd än enbart att påträffa barnet på sociala medier. Han ska ha etablerat kontakt med barnet och fört konversationen i en viss riktning. Det är alltså svårt att föreställa sig en situation där gärningsmannen av ren slump påträffar brottsobjektet och omedelbart begår ett försöksbrott på det sätt som undantaget verkar ta sikte på.

Vidare är vapen och narkotika å ena sidan och barn å andra sidan väsensskilda som brottsobjekt. Vapen och narkotika har ett (ofta betydande) ekonomiskt värde. På motsvarande sätt har barn på sociala medier inte något värde för den typiske för barnet okänd vuxne annat än för just en gärningsman som avser att förgripa sig på barnet sexuellt. Det framstår som påtagligt mer klandervärt att i stundens ingivelse försöka initiera sexuella kontakter med ett barn jämfört med att befatta sig med vapen eller narkotika.

Att ett försök till sexualbrott mot ett barn på sociala medier skulle kunna anses vara uppenbart mindre allvarlig är alltså inte uteslutet, men utrymmet är mycket begränsat. Undantaget har uppenbarligen utformats framför allt med vapen- och narkotikabrottslighet i åtanke.

3.6.6 Lagändringen som en subjektiv förskjutning

Den ovan skisserade utvidgningen av det straffbara området innebär ett tydligt steg i subjektivistisk riktning. Den tidigare begränsningen till att fullbordansfaran skulle vara utesluten av tillfälliga omständigheter bevarade en koppling till kravet på objektivet hot mot det rättsliga skyddsintresset, på så vis att gärningsmannens brottsplan vid någon tidpunkt måste ha kunnat utgöra ett verkligt hot mot skyddsintresset om han hade fullföljt den. Myndighetsregeln i andra stycket utvidgar detta ansvar till att omfatta även situationer där gärningsmannens brottsplan redan från början aldrig utgjorde ett reellt hot mot skyddsintresset.

Att det endast är ett begränsat steg i subjektiv riktning är dock klart. Utgångspunkten för det straffrättsliga försöksansvaret är alltså gärningens objektiva beskaffenhet, dvs. huruvida det vid försökspunkten förelåg konkret fara för brottets fullbordan. Den nya regeln i 23 kap. 1 § andra stycket BrB anger endast ytterligare en situation där en gärningsman ska fällas till ansvar på subjektiva grunder. Regeln träder dock bara in i fall där en brottsbekämpande myndighetsåtgärd har uteslutit faran, och där gärningen inte var mindre allvarlig. Lagstiftaren är alltså återhållsam även om en mer uttrycklig

subjektiv lagstiftning inte hade varit anmärkningsvärd i en internationell kontext.¹⁵⁰

Lagtexten tycks vid en strikt tolkning stanna vid att straffa försök där brottsobjektet någon gång har existerat. Detta kan utläsas av kausalitetskravet som följer av att fullbordansfaran ska ha undanröjts *till följd* av en brottsbekämpande myndighetsåtgärd.¹⁵¹ Detta är möjligen en överdrivet konservativ tolkning, särskilt sett i ljuset av att försöksbestämmelsen även i andra avseenden kan anses tillämplas i strid med ordalydelsen.¹⁵² Om så är fallet – eller om lagstiftaren i framtiden skulle ändra ordalydelsen för att omfatta även icke-existerande brottsobjekt – innebär den nya lagstiftningen ett än tydligare steg i subjektiv riktning.

Samtidigt är det svårt att förena avgränsningen till just brottsbekämpande myndighetsåtgärder med någon försöksteori. Detta blir uppenbart om man föreställer sig att någon begår ett försöksbrott mot ett fiktivt barn, men där den som agerat som barnet i själva verket varit en vuxen som agerar på eget (privat) initiativ. Gärningsmannens uppfattning om verkligheten och hans agerande utifrån denna är precis lika klandervärd i båda fallen. Att inte straffa också denna gärning är därför otillfredsställande ur denna synpunkt. Likaså får en blandad teori som ställer någon sorts krav på att beröra skyddsintresset svårt att förklara detta; skyddsintresset berörs till lika liten del i båda fallen.¹⁵³ Rättsgrunden för det utvidgade försöksansvaret är alltså oklar.

Som har framgått i avsnitt 3.5.4 har lagstiftaren motiverat denna asymmetri med argument om att konsekvenserna av en principiell omställning till en mer renodlad subjektiv försökslära skulle vara svåröverskådliga samt att det skulle vara osäkert om det straffbara området endast omfattade de verkligen straffvärda gärningarna. Dessa argument talar emellertid endast mot att utöka det straffbara området ännu vidare än vad myndighetsregeln gör och utgör inget principiellt försvar för att avgränsa regeln till just brottsbekämpande myndighetsåtgärder. Tvärtom synes lagstiftaren ha utgått från att avgränsningen till myndighetsåtgärder i sig fungerar som en garanti mot att det straffbara området utökas på ett oförutsebart sätt. Detta antagande förutsätter att den statliga inblandningen i händelseförloppet sker under kontrollerade och i någon mån återhållsamma former. Den främsta begränsningen i detta

¹⁵⁰ Jfr. t.ex. straffelovens § 21: ”Handler, som sigter til at fremme eller bevirke udførelsen af en forbrydelse, straffes, når denne ikke fuldbyrdes, som forsøg.” I dansk rätt ställs alltså inte något krav på att fullbordansfara ska ha förelegat, eller vilka omständigheter som ska ha undanröjt faran.

¹⁵¹ Se avsnitt 3.6.5.

¹⁵² Jfr. diskussionen i avsnitt 3.4 om huruvida ordet *påbörjat* i bestämmelsen innefattar ett krav på existentiell möjlighet.

¹⁵³ Förvisso kan man ställa sig frågan om inte skyddsintresset vid barnpornografibrott (dvs. barn i största allmänhet) i viss mån berörs oavsett om brottsobjektet är otjänligt, eftersom kriminaliseringen av det självständiga brottet inte förutsätter att något enskilt barn faktiskt kränks av gärningen. Faktumet kvarstår dock att huruvida otjänligheten berott på en myndighet saknar betydelse i detta avseende.

hänseende utgörs av provokationsläran så som den kommer till uttryck i EKMR, vilken behandlas i avsnitt 4.

3.6.7 Sammanfattning och slutsats

Analysen av försöksansvarets omfattning visar att det straffbara området för försök till sexualbrott mot barn träffar vissa av de typsituationer som uppsatsen behandlar, och att detta till viss del beror på den subjektiva förskjutning som införandet av myndighetsregeln i 23 kap. 1 § andra stycket BrB innebär. Bedömningen av straffansvaret skiljer sig beroende på om polisen har tagit över en redan pågående konversation med ett barn (övertagandefallen), eller om polisen agerar som ett fullständigt fiktivt barn (konstruktionsfallen).¹⁵⁴

I övertagandefallen är gärningarna i regel redan straffbara enligt första stycket, eftersom gärningsmannens uppsåt typiskt sett har formats redan under konversationen med det verkliga barnet och därmed före övertagandet. Att försökspunkten regelmässigt passeras först efter övertagandet ändrar inte denna bedömning, eftersom det avgörande enligt NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen” är tidpunkten för uppsåtets formande i förhållande till otjänlighetens uppkomst. Det är dock tänkbart att uppsåtet formas först efter övertagandet, varför myndighetsregeln kan sägas i viss utsträckning ha utvidgat det straffbara området i dessa fall.¹⁵⁵

I konstruktionsfallen är bilden inte lika klar. Sådana fall där gärningsmannen haft ett uppsåt som sträckt sig vidare än till just det fiktiva barnet kan i teorin straffas med stöd av regeln om tillfälliga omständigheter i 23 kap. 1 § första stycket BrB, men utrymmet för detta är i praktiken mycket begränsat. I samband med införandet av myndighetsregeln i andra stycket verkar det ha funnits en tanke om att träffa konstruktionsfallen där uppsåtet omfattat endast det fiktiva barnet. Här uppstår dock en tolkningsfråga avseende lagtextens kausalitetskrav som följer av rekvisitetet *till följd av*. Vid en strikt läsning kan denna, även med stöd av förarbetena, förstås så att regeln endast träffar fall där brottsobjektet någon gång existerat. Däremot skulle en ändamålsorienterad tolkning kunna leda till motsatt slutsats. Huruvida dessa gärningar ändå är straffbara kommer förhoppningsvis att förtydligas när myndighetsregeln tillämpas i praxis.

En mer principiell observation är att försöksansvaret, så som det är konstruerat, är i stort sett opåverkat av i vilken utsträckning polisen själv har varit drivande i den föregående kontakten. Bedömningen av om försökspunkten är passerad och om gärningsmannen haft uppsåt att fullborda brottet tar sikte på gärningsmannens egna handlingar och inre föreställningar om världen. Detsamma gäller för otjänlighetsbedömningen, om än med vissa

¹⁵⁴ Jfr. avsnitt 2.3.

¹⁵⁵ Det kan dock noteras att myndighetsregeln i praktiken lär bli dominerande i detta sammanhang eftersom åklagarens bevisbörda avseende tidpunkten för uppsåtets formande ersätts med en förhållandevis enkel bedömning av kausalitetskravet enligt andra stycket.

nyanser. Bedömningen av om den fareundanröjande omständigheten varit tillfällig avgörs genom en objektiv bedömning från gärningsmannens synpunkt och de bakomliggande förhållandena som varit "osynliga" ur hans synpunkt är alltså irrelevanta.¹⁵⁶ Om polisen varit drivande kan det dock indirekt få betydelse i övertagandefallen om gärningsmannens uppsåt formats som svar på polisens agerande.

Det sagda innebär emellertid inte att polisens handlingsutrymme är fullständigt obegränsat i förhållande till försöksansvaret, utan det finns en sorts materiell tröskel i form av försökspunkten. Polisen kan inte framkalla straffansvar enbart genom egen aktivitet utan gärningsmannen måste själv ha agerat på ett sätt som gjort att hans brottsliga uppsåt manifesterats i verkligheten. Såvitt avser brotten som behandlas i denna framställning är tröskeln, som har framgått ovan, förlagd där försöket är avslutat genom att gärningsmannen exempelvis har skickat ett meddelande med ett visst innehåll.

De begränsningar av gärningsmannens straffansvar som följer av polisens agerande i samband med åtgärden måste alltså sökas på annat håll. Den centrala begränsningen utgörs av rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 EKMR, vilken uppställer ramar för lagföring av den som har varit föremål för provokativa åtgärder. Dessa behandlas i nästa avsnitt.

¹⁵⁶ Se avsnitt 3.5.3.

4 Brottsprovokation och EKMR

4.1 Inledning

I detta avsnitt behandlar jag den andra frågeställningen, dvs. i vilken utsträckning rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 EKMR begränsar möjligheten att lagföra en gärning som begåtts mot en polis som agerar barn på nätet. Avsnittet inleds med en orientering om brottsprovokationsläran och en kort redogörelse för dess förhållande till svensk rätt (4.1). Därefter redogör jag för de ramar som följer av Europadomstolens praxis, med särskilt fokus på de centrala avgörandena *Teixeira de Castro*,¹⁵⁷ *Ramanauskas*,¹⁵⁸ *Bannikova*,¹⁵⁹ och *Helme* (4.2). Eftersom Europadomstolens praxis utvecklas kasuistiskt och varje avgörande i någon mån omformulerar testet är det inte meningsfullt att skilja mellan rättsfallsreferat och tolkning. Genomgången inrymmer därför löpande analys av avgörandenas räckvidd. Avsnittet avslutas med en samlad tillämpning på typsituationerna (4.3).

4.1.1 Provokationslärans grunder

Som har framgått i avsnitt 3 sätter försöksansvarets konstruktion i 23 kap. 1 § BrB betydligt vidare ramar för det straffbara området vid provokativa åtgärder än vad som följer av en rent objektiv försökslära. I synnerhet medför det utvidgade ansvar som införts genom myndighetsregeln i andra stycket att polisens agerande i samband med en provokativ åtgärd som regel inte hindrar att en gärningsman fälls till ansvar för försök till brott, med mindre agerandet har föranlett att gärningen är att anse som mindre allvarlig.¹⁶⁰ Den centrala begränsningen av det straffbara området i de typsituationer som behandlas i denna uppsats måste därför sökas på annat håll. Frågan om huruvida en lagföring av en gärning som framkommit till följd av polisens åtgärder är förenlig med rätten till en rättvis rättegång enligt EKMR art. 6 är föremål för detta avsnitt.

Att ha förmåtts av någon annan att begå ett brott är inte i sig något som anses påverka det straffrättsliga ansvaret. När det är fråga om just en statlig aktör finns det dock moralfilosofiska och rättsstatliga invändningar mot att bestraffa en gärning om staten har framkallat densamma. Bland annat har framförts argument om att provokation är moraliskt tveksamt eftersom det är statens uppgift att minska antalet brott (och inte öka antalet genom att provocera fram fler), att det är orättvist att rikta provokativa åtgärder mot sådana som lätt låter sig manipuleras, att staten har en moralisk skyldighet att inte förmå andra att begå moraliskt klandervärda handlingar, och att en stat

¹⁵⁷ *Teixeira de Castro mot Portugal*, no. 25829/94, dom den 9 juni 1998.

¹⁵⁸ *Ramanauskas mot Litauen* [GC], no. 74420/01, dom den 5 februari 2008.

¹⁵⁹ *Bannikova mot Ryssland*, no. 18757/06, dom den 4 november 2010.

¹⁶⁰ Även i sådana fall kan ansvar utdömas om faran anses utesluten av tillfälliga omständigheter.

som själv förmår sina medborgare att begå brott förlorar den ”moral standing” som rättfärdigar att staten dömer ut straff från början.¹⁶¹

Det finns alltså skäl för att inte tillåta staten att lagföra enskilda för brott som staten kan sägas ha framkallat. Ändå accepteras det att staten i viss utsträckning gör detta, särskilt om det är fråga om allvarlig brottslighet. De yttersta gränserna för lagföringen av dessa brott följer, som kommer att framgå nedan, av rätten till en rättvis rättegång enligt EKMR art. 6(1).

4.1.2 Brottsprovokation i svensk rätt

Brottsprovokation är inte uttryckligen reglerad i svensk lag och det saknas därför en legaldefinition av begreppet. Åklagarmyndigheten definierar i sin rättsliga vägledning *provokation* som aktiva, tydligt handlingspåverkande åtgärder som brottsbekämpande myndigheter i hemlighet vidtar mot en eller flera okända gärningspersoner. Åtgärderna ska därvid riskera att föranleda att den som påverkas begår en brottslig gärning.¹⁶²

Frågan om provokativa åtgärders tillåtlighet som polisiär metod är nära sammanhängande med frågan om den provocerades straffrättsliga ansvar.¹⁶³ Det är endast den senare som är relevant för uppsatsens frågeställning.

EKMR har sedan 1995 inkorporerats i svensk lag genom lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Genom 2 kap. 19 § RF får inte heller någon lag eller annan föreskrift meddelas i strid med Sveriges åtaganden enligt EKMR. Som följd av konventionens ställning i svensk rätt har HD successivt utvecklat sin praxis parallellt med Europadomstolen. Av särskild betydelse är NJA 2007 s. 1037 ”Rembrandts självporträtt” och NJA 2011 s. 638 ”Bevisprovokationen”, där HD slår fast att en brottsprovokation som lett fram till en gärning som den tilltalade annars inte skulle ha begått utgör en kränkning av rätten till en rättvis rättegång och att detta i regel ska beaktas som en brist i de materiella straffbarhetsbetingelserna, dvs. att domstolen är förhindrad att döma ut påföljd för brottet.¹⁶⁴ HD har så sent som i mars 2026 bekräftat att de ställningstaganden som gjordes i ”Rembrandts

¹⁶¹ Se bl.a. Howard (2016) och Ashworth (1999); jfr. också Asp (2001), s. 307. Hughes (2004) framhåller förvisso att det som gör brottsprovokation moraliskt förkastligt är att staten undergräver individens autonomi genom att oemotståndligt fresta den att begå brott. Av ett sådant synsätt följer, vilket Hughes också påpekar, ytterst att den provocerade i vissa fall inte uppfyller rekvisiten för personligt ansvar. Detta perspektiv kommer dock inte till uttryck i rättskällorna.

¹⁶² RåV 2022:23, s. 8.

¹⁶³ Asp (2018a), s. 287.

¹⁶⁴ Se särskilt NJA 2011 s. 638 ”Bevisprovokationen”, p. 11. För en utförlig redogörelse se SOU 2025:109, s. 99 ff. För närmare om materiella straffbarhetsbetingelser i detta sammanhang se Asp (2018a), s. 291 ff.

självporträtt” alltså gäller och att Europadomstolens efterföljande praxis inte ger anledning till någon annan ordning.¹⁶⁵

HD:s tillämpning av provokationsläran är alltså styrd av Europadomstolens praxis. Analysen kommer därför att behandla huvudsakligen denna. Det kan i sammanhanget noteras att lagförslaget i SOU 2025:109 inte innehåller någon särskild reglering av den provocerades straffansvar, utan detta ska fortfarande bedömas enligt EKMR.¹⁶⁶ Analysen i detta avsnitt bör alltså fortsatt vara relevant om förslaget genomförs.

4.2 Brottsprovokationens ramar enligt EKMR

Av artikel 6(1) i EKMR framgår att den som anklagas för brott har rätt till en rättvis rättegång. Bestämmelsen nämner inte uttryckligen brottsprovokation, men Europadomstolen har sedan avgörandet i *Teixeira de Castro* slagit fast att rätten till en rättvis rättegång omfattar även hur bevisning har inhämtats, och att en lagföring som grundats på bevisning vilken framkommit genom otillbörlig brottsprovokation därmed kan strida mot art. 6(1).¹⁶⁷ Efter avgörandet i *Teixeira de Castro* har Europadomstolen utvecklat denna bedömning i ett antal avgöranden. I detta underavsnitt redogör jag för några av de centrala avgörandena samt vilken betydelse dessa har haft för bedömningen om huruvida en lagföring stått i strid med rätten till en rättvis rättegång.

4.2.1 Teixeira de Castro mot Portugal (1998)

Två civilklädda poliser hade, inom ramen för en operation som riktade sig mot narkotikahandel, via ett par mellanhänder kommit i kontakt med Teixeira de Castro och bett honom anskaffa 20 gram heroin. Teixeira de Castro accepterade och införskaffade narkotikan genom en tredje part. När han sedan mötte poliserna för att genomföra affären greps han och dömdes sedermera till sex års fängelse för brottet.¹⁶⁸

Teixeira de Castros klagomål till Europadomstolen grundades på att hans rätt till en rättvis rättegång enligt EKMR art. 6(1) hade kränkts eftersom han dömts för ett brott som han inte skulle ha begått om han inte förmåtts till det av civilklädda poliser. Han ansåg att poliserna i den aktuella situationen agerade som *agents provocateurs*.¹⁶⁹ Portugals regering invände att man

¹⁶⁵ HD:s dom den 5 mars 2026 i mål B 5628-24 ”Narkotikaannonsen”, p. 10.

¹⁶⁶ SOU 2025:109, s. 21 ff. och s. 217.

¹⁶⁷ Jfr. Asp (2001), s. 209. Europadomstolen uttrycker sig genomgående i termer av bevisning och dess otillåtlighet, vilket har sin grund i att EKMR art. 6 är en rättegångsregel. Till följd av principen om fri bevisprövning har dock provokationsfrågan, som nämnts ovan under avsnitt 4.1.2, i svensk rätt hanterats som materiell straffbarhetsbetingelse. Konsekvensen blir den samma men det är värt att notera att Europadomstolens uttalanden om ”use of evidence” alltså i den svenska kontexten innebär att lagföringen som sådan inte får ske.

¹⁶⁸ *Teixeira de Castro*, p. 9–12 och 20.

¹⁶⁹ *Teixeira de Castro*, p. 31.

måste skilja mellan fall då en polisinfiltratörs agerande skapat ett kriminellt uppsåt som tidigare saknades och fall då förövaren redan var benägen att begå brott, och att endast det förra utgjorde otillbörlig provokation.¹⁷⁰

Europadomstolen anser att den centrala frågan inte handlar om bevisningens tillåtlighet i sig, utan om huruvida förfarandet som helhet – inbegripet hur bevisningen inhämtas – är rättvist.¹⁷¹ Domstolen uttalar mer specifikt att det inte är oförenligt med EKMR att, i ett inledande skede av en utredning och när brottets natur påkallar det, använda sig av anonyma informatörer (*anonymous informants*). När det sedermera är fråga om att använda informatörernas vittnesmål för att lagföra den tilltalade är det en annan sak.¹⁷² Härom skriver Europadomstolen att användandet måste vara restriktivt och omgärdas av rättssäkerhetsgarantier, samt att "the public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement".¹⁷³

Det sistnämnda uttalandet är av särskilt principiellt intresse. Det tycks indikera att frågan inte kan reduceras till en proportionalitetsbedömning där brottsbekämpningsintresset kan rättfärdiga brottsprovokation i efterhand. I stället tar bedömningen sikte på polisens agerande som sådant; om det anses utgöra *police incitement* kan det inte legitimeras av brottsbekämpningsintresset. Avgörande blir därmed gränsdragningen mellan tillåten undercoververksamhet och otillåten provokation samt huruvida polisernas agerande i det enskilda fallet faller inom denna ram.

För att avgöra på vilken sida av denna gräns polisens agerande faller undersöker Europadomstolen huruvida polisernas aktivitet hade överskridit ramen för undercoververksamhet (*went beyond that of undercover agents*).¹⁷⁴ Domstolen räknar upp ett antal relevanta omständigheter, bland annat att operationen inte hade beslutats och kontrollerats av en domare, att myndigheterna inte hade någon anledning att misstänka Teixeira de Castro för narkotikahandel, att ingen förundersökning hade inletts mot honom, att poliserna kommit i kontakt med honom genom mellanhänder, samt att det inte fanns några bevis för att han varit benägen att begå brott (*predisposed to commit offences*).¹⁷⁵ Mot denna bakgrund konstaterar domstolen att poliserna inte hade begränsat sig till att utreda Teixeiras kriminella aktivitet

¹⁷⁰ Teixeira de Castro, p. 32.

¹⁷¹ Teixeira de Castro, p. 34.

¹⁷² Teixeira de Castro, p. 35.

¹⁷³ Teixeira de Castro, p. 36.

¹⁷⁴ Det kan noteras att Europadomstolen inleder med att särskilja omständigheterna i målet från det tidigare avgörandet *Lüdi mot Schweiz*, no. 12433/86, dom den 15 juni 1992, där domstolen särskilt hade lyft fram processuella omständigheter samt att polisen inte hade agerat utanför ramarna för undercoververksamhet eftersom sökanden måste ha varit införstådd med att han begick ett brott. På vilken grund särskiljningen görs är dock inte helt klar, eftersom prövningen av provokationsfrågan i *Lüdi* gjordes i förhållande till EKMR art. 8 och inte art. 6, jfr. *Lüdi* p. 35–36 och 40–42. Att hänvisningen till *Lüdi* i *Teixeira de Castro* varit besynnerlig har även uppmärksammats i doktrinen, jfr. Asp (2001), s. 211.

¹⁷⁵ Teixeira de Castro, p. 38.

på ett väsentligen passivt sätt (*essentially passive manner*), utan hade utövat ett sådant inflytande som framprovocerade brottet (*incite the commission of the offence*). Domstolen drar slutsatsen att Teixeira de Castros rätt till en rättvis rättegång var oåterkalleligen undergrävd redan från början (*definitively deprived right from the outset*).¹⁷⁶

Avgörandet är principiellt viktigt för provokationsfrågan eftersom Europadomstolen slår fast att användningen av bevisning som uppkommit genom polisprovokation riskerar att undergräva rättegångens rättvisa enligt EKMR art. 6.¹⁷⁷ Polisprovokation får i sin tur förstås som de fall där en undercoveragent inte förhåller sig väsentligen passiv utan utövar ett sådant inflytande som framprovocerar ett brott som inte annars hade begåtts. Gränsdragningen mellan väsentlig passivitet och aktiv provokation kan enligt domstolens resonemang avgöras av en rad omständigheter rörande processuell kontroll, den provocerades brottsbenägenhet och polisens agerande.

4.2.2 Ramanauskas mot Litauen (2008)

Avgörandet rör Ramanauskas, en åklagare verksam i Litauen om vilken det ryktades att han tog mutor. En bekant introducerade honom till A.Z. som – okänt för Ramanauskas – var en undercoveragent vid en antikorrupsionsavdelning inom polisen. A.Z. erbjöd honom 3 000 USD för att se till att en tredje person frikändes i en process. Efter att överenskommelsen träffats ansökte A.Z. hos en åklagare om att få inleda ett i litauisk lag reglerat provokationsförfarande. Inom ramen för detta förfarande mottog Ramanauskas pengarna i två omgångar, och han dömdes sedermera för tagande av muta.¹⁷⁸

I *Ramanauskas* återfinns Europadomstolens första uttryckliga definition av brottsprovokation.¹⁷⁹ Med hänvisning till *Teixeira de Castro* konstaterar domstolen följande:

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

¹⁷⁶ *Teixeira de Castro*, p. 39.

¹⁷⁷ Jfr. bl.a. *Ramanauskas*, p. 54; *Bannikova*, p. 34; *Edwards och Lewis mot Förenade konungariket [GC]*, nos. 39647/98 och 40461/98, dom den 27 oktober 2004, p. 46; *Furcht mot Tyskland*, no. 54648/09, dom den 23 oktober 2014, p. 47.

¹⁷⁸ *Ramanauskas*, p. 9–23.

¹⁷⁹ Denna definition upprepas i ett flertal senare avgöranden, se bl.a. *Furcht*, p. 48; *Akbay m.fl. mot Tyskland*, nos. 40495/15, 40913/15 och 37273/15, dom den 15 oktober 2020, p. 112; *Bannikova*, p. 37.

it possible to establish the offence, that is, to provide evidence and institute a prosecution.¹⁸⁰

Domstolen utvecklar definitionen genom att lyfta fram vissa av de omständigheter som varit relevanta i *Teixeira de Castro*, framför allt avsaknaden av domartillsyn och de omständigheter som talade mot ett befintligt uppsåt eller brottsbenägenhet hos Teixeira de Castro.¹⁸¹ Härvid lägger domstolen också till två omständigheter som strikt taget inte behandlas i *Teixeira de Castro*: att Teixeira de Castro *potentiellt* hade varit benägen att begå brott, och att det inte fanns något bevis för att han hade *påbörjat en brottslig gärning* innan polisinfiltratörerna ingrep.

Domstolen utvecklar inte den närmare innebörden av att Teixeira de Castro *potentiellt* hade kunnat vara benägen att begå brott trots att det konstaterades att det saknades bevis för att han *faktiskt* var benägen att begå brott. Det är inte heller helt klart hur en sådan distinktion kan låta sig göras givet att brottsbenägenheten redan bör ta sikte på ett hypotetiskt eller prognostiskt prov.

Omständigheten att Teixeira de Castro inte hade påbörjat en brottslig gärning innan ingripandet får förstås som att det är *andra brottsliga gärningar* som avses. Om det finns bevis för att gärningsmannen påbörjat utförandet av andra brottsliga gärningar anses det alltså tala för att han varit benägen att begå brott, och att han följaktligen hade begått det framprovocerade brottet oavsett om polisen hade agerat eller inte. Domstolen ger inte någon vägledning i hur långt denna bedömning sträcker sig.¹⁸²

När Europadomstolen, efter att ha konstaterat att infiltratörernas agerande skulle tillskrivas den litauiska staten,¹⁸³ tillämpar kriterierna på omständigheterna i *Ramanauskas* lägger domstolen vikt vid att det inte fanns några bevis för att Ramanauskas tidigare begått korruptionsbrott, att alla möten skedde på A.Z:s initiativ, samt att Ramanauskas under mötena upprepat uppmanades att begå brott trots avsaknad av objektiva bevis för en

¹⁸⁰ *Ramanauskas*, p. 55. Från *Furcht* och framåt lägger Europadomstolen till följande mening: "The rationale behind the prohibition on police incitement is that it is the police's task to prevent and investigate crime and not to incite it".

¹⁸¹ *Ramanauskas*, p. 56. Europadomstolen understryker bland annat att Teixeira de Castro inte hade lagförts tidigare, att det inte fanns något som tydde på att han var benägen att begå brott, att han var okänd för polisen, och att han behövde införskaffa narkotikan genom en mellanhand.

¹⁸² Det bör dock vara självklart att den inte är gränslös. Det är t.ex. tämligen långsökt att anta att en person som påbörjat ett ringa narkotikabrott genom att röka marijuana ipso facto är benägen att ägna sig åt att handla med heroin, jfr. *Constantin och Stoian mot Rumänien*, nos. 23782/06 och 46629/06, dom den 29 september 2009, p. 55 och *Bannikova*, p. 41.

¹⁸³ *Ramanauskas*, p. 62–65. Litauen hade invänt att polisen A.Z. agerade på eget initiativ och att den provokativa åtgärden formellt sett hade inletts först efter att Ramanauskas accepterat hans anbud. Europadomstolen underkänner detta argument med hänvisning till att det annars hade varit tämligen enkelt att kringgå de tillämpliga principerna genom att "privatisera" brottsprovokation.

redan existerande kriminell aktivitet.¹⁸⁴ Dessa omständigheter anses tillsammans tillräckliga för slutsatsen att polisinfiltratörernas agerande gått utöver rent passiv utredning av redan existerande kriminell aktivitet.¹⁸⁵

Trots resonemanget om *Teixeira de Castro* tidigare i domskälen sker alltså en förskjutning i vilka omständigheter som betraktas som relevanta vid den faktiska bedömningen. Vissa omständigheter saknas av förklarliga skäl då brotten i de två målen är skilda till sin natur.¹⁸⁶ Domstolen resonerar inte alls om under vilka former operationen inleddes och kontrollerades, dvs. huruvida den genomfördes under domartillsyn eller inte. Domstolen understryker snarare omständigheter som rör gärningsmannens benägenhet att begå brott och aspekter av polisernas agerande i den konkreta situationen som talar för att de initierade och drev på gärningen.

4.2.3 Bannikova mot Ryssland (2010)

I avgörandet hade en kvinna, Bannikova, kommit överens per telefon med en annan person om att hon skulle köpa cannabis av honom för vidareförsäljning. Telefonsamtalen avlyssnades av myndigheterna, som efter att hon mottagit narkotikan inledde ett s.k. testköp där en polisinfiltratör köpte ca 4,5 kg cannabis av henne. Bannikova dömdes för försäljningen och invände att hon endast hade begått brottet under påtryckningar från undercoveragenten.¹⁸⁷

Europadomstolen delar här för första gången upp provokationsfrågan i två delar: ett materiellt test (*the substantive test of incitement*) och ett processuellt test (*the procedure whereby the plea of incitement was determined*).¹⁸⁸ Det första testet avser ett antal kriterier som används för att särskilja otillbörlig provokation (*entrapment*) från tillåtet handlande (*permissible conduct*).¹⁸⁹ Detta avgörs genom att man undersöker (1) skälen till att myndigheterna vidtog åtgärden, och (2) hur myndigheterna agerade vid genomförandet. Härvid ska domstolen ”rely on whether there were objective suspicions that the applicant had been involved in criminal activity or was predisposed to commit a criminal offence”.¹⁹⁰

4.2.3.1 Skälen till att myndigheterna vidtog åtgärden

Vid bedömningen av skälen till att myndigheterna vidtog åtgärden hänvisar Europadomstolen till ett antal tidigare avgöranden. Kriteriet härstammar från avgörandet i *Teixeira de Castro*, där det konstaterades att myndigheterna till synes inte hade någon god anledning att misstänka att sökanden tidigare ägnat

¹⁸⁴ *Ramanauskas*, p. 67.

¹⁸⁵ *Ramanauskas*, p. 68.

¹⁸⁶ Det är exempelvis inte förvånande att det saknas ett resonemang om förvarandeplatsen i *Ramanauskas* givet att fallet handlar om mutbrott och inte narkotikabrott.

¹⁸⁷ *Bannikova*, p. 5–9.

¹⁸⁸ I senare avgöranden betecknas det processuella testet som *the procedural test of incitement*, jfr. t.ex. *Akbay m.fl.*, p. 120.

¹⁸⁹ *Bannikova*, p. 36; jfr. p. 51.

¹⁹⁰ *Bannikova*, p. 38.

sig åt narkotikahandel.¹⁹¹ Detta har upprepats och utvecklats senare i andra avgöranden där det har slagits fast att all preliminär information som indikerar ett befintligt brottsligt uppsåt (*pre-existing criminal intent*) måste vara verifierbar,¹⁹² samt att kravet på att åtgärden ska grundas på goda skäl gäller i alla dess skeden.¹⁹³

Domstolen påpekar även att det har förtydligats i *Constantin och Stoian mot Rumänien* att tidigare lagföringar inte i sig nödvändigtvis indikerar pågående brottslig aktivitet (*ongoing criminal activity*).¹⁹⁴ Det avgörandet behandlar frågan om provokation vid narkotikahandel där en av sökanden tidigare hade dömts för innehav och bruk av narkotika.¹⁹⁵ En tidigare lagföring avseende en ringare form av befattning med narkotika anses alltså inte tillräcklig för att konstatera att sökanden varit benägen att begå brott.¹⁹⁶

Enligt Europadomstolen kan i vissa särskilda fall även andra omständigheter tala för befintlig kriminell aktivitet eller uppsåt. Dessa är (1) att sökanden visar att den är bekant med aktuella narkotikapriser, (2) att sökanden visar att han eller hon har möjlighet att anskaffa droger på kort varsel, och (3) att sökanden gör ekonomisk vinning på affären.¹⁹⁷

Nästa kriterium är enligt domstolen frågan om i vilket skede myndigheterna initierade operationen, dvs. om polisen anslöt sig till den brottsliga aktiviteten eller framprovocerade (*instigated*) den.¹⁹⁸ Domstolen exemplifierar den förstnämnda situationen med ett antal avgöranden där det privata initiativet föregick polisens inblandning, däribland *Sequeira mot Portugal*,¹⁹⁹ *Shannon mot Förenade konungariket*,²⁰⁰ och *Miliniene mot Litauen*. Det sistnämnda avgörandet visar att även förfaranden där polisen agerat mycket aktivt – genom att ge en privat individ instruktioner och betydande finansiella medel för att erbjuda en domare en muta – kan falla utanför provokationsbegreppet om initiativet togs av den enskilde.²⁰¹

Domstolen hänvisar vidare till att samma princip har tillämpats med motsatt utgång i *Malininas mot Litauen*.²⁰² Där hade en polisinfiltratör, V., kontaktat

¹⁹¹ Bannikova, p. 39; *Teixeira de Castro*, p. 37–38. Jfr. ovan under avsnitt 4.2.1.

¹⁹² Bannikova, p. 40; jfr. *Vanyan mot Ryssland*, no. 53203/99, dom den 15 december 2005, p. 49 och *Khudobin mot Ryssland*, no. 59696/00, dom den 26 oktober 2006, p. 134.

¹⁹³ Bannikova, p. 40; jfr. *Ramanauskas*, p. 63–64 och *Malininas mot Litauen*, no. 10071/04, dom den 1 juli 2008, p. 36.

¹⁹⁴ Bannikova, p. 41.

¹⁹⁵ *Constantin och Stoian*, p. 21.

¹⁹⁶ *Constantin och Stoian*, p. 55.

¹⁹⁷ Bannikova, p. 42.

¹⁹⁸ Bannikova, p. 43.

¹⁹⁹ *Sequeira mot Portugal*, no. 73557/01, beslut den 6 maj 2003.

²⁰⁰ *Shannon mot Förenade konungariket*, no. 67537/01, beslut den 6 april 2004.

²⁰¹ Bannikova, p. 45; *Miliniene mot Litauen*, no. 74355/01, dom den 24 juni 2008, p. 37–38.

²⁰² Bannikova, p. 46.

sökanden och efterfrågat var man kunde köpa narkotika. Sökanden erbjöd sig att själv förse V. med narkotikan. Så småningom kom sökanden att erbjudas 3 000 USD för en stor mängd narkotika i samband med operationen, vilket han accepterade. Sökanden dömdes för detta försök till narkotikabrott.²⁰³ Detta anses av domstolen utgöra otillbörlig provokation bland annat eftersom polisen själv hade initierat förfarandet, och därigenom lämnat rollen som undercoveragent och i stället inträtt i rollen som *agent provocateur*.²⁰⁴

4.2.3.2 *Myndigheternas agerande vid genomförandet av åtgärden*

Vid gränsdragningen mellan legitim infiltration av en undercoveragent och brottsprovokation (*instigation of a crime*), anger Europadomstolen att den ska undersöka frågan om huruvida sökanden utsatts för påtryckningar att begå brottet (*subjected to pressure to commit the crime*). Sådana påtryckningar betraktas som ett avsteg från en passiv inställning från myndigheternas håll. Vid denna bedömning anger domstolen fem relevanta omständigheter, nämligen att myndigheterna:²⁰⁵

1. Tar initiativ till kontakt med sökanden,
2. Upprepar erbjudanden trots att sökanden initialt har sagt nej,
3. Ägnar sig åt påträngande uppmaningar (*insistent prompting*),
4. Erbjuder ett pris som är högre än genomsnittet, eller
5. Vädjar till sökandens sympati genom att nämna abstinenssymtom.

Genom detta avgörande konkretiserar Europadomstolen alltså närmare vilka handlingar som undercoveragenter kan ha ägnat sig åt för att ett förfarande ska anses glida från en tillåtlig utredningsåtgärd till otillbörlig brottsprovokation.

Utöver undercoveragentens agerande kommenterar Europadomstolen även myndigheternas agerande ur ett bredare perspektiv. Bland annat pekar domstolen på att staten bär bevisbördan för att otillbörlig brottsprovokation inte har förekommit, och att bevisbördan i praktiken inte kan uppfyllas om inte vissa processuella minimikrav uppfylls.²⁰⁶

²⁰³ Malininas, p. 8–9.

²⁰⁴ Malininas, p. 37.

²⁰⁵ Bannikova, p. 47.

²⁰⁶ Bannikova, p. 48–49; jfr. Teixeira de Castro, p. 38 (se också not 174).

4.2.4 Helme mot Estland (2025)

Helme är det första avgörandet där Europadomstolen har att ta ställning till huruvida en individ förmåtts att begå ett brott som den inte annars hade begått genom ett förfarande som uteslutande ägt rum på nätet.²⁰⁷ Bakgrunden är följande. Den estniska polisen hade fått information om att flera oidentifierade gärningsmän använde vissa webbplatser (www.facebook.com och www.armastusesaal.org, på svenska ”kärlekssal.org”) för att sexchatta med minderåriga. Efter åklagarbeslut skapade en polis ett konto som fiktiv 12-årig flicka (”Marleen12”) på www.armastusesaal.org och chattade med användare. En av användarna (”m41tln”), sedermera identifierad som Helme, sökte vid ett flertal tillfällen kontakt och introducerade sexuella ämnen trots att ”Marleen12” uppgett sin ålder. Helme lagfördes för att ha sökt locka en minderårig till sexuella handlingar.²⁰⁸

Helme invände vid Europadomstolen att förundersökningen inletts först efter att han förmåtts begå ett brott han annars inte hade begått. Han gjorde gällande att operationen inleddes på grund av generellt hållen information samt att det inte fanns några konkreta misstankar mot individer, och att det därför var uppenbart att operationen hade inletts i syfte att framprovocera brott. Han påpekade även att han själv inte hade lagförts för något brott tidigare samt att det inte förelåg någon misstanke mot honom när förfarandet inleddes.²⁰⁹

Europadomstolen inleder, i enlighet med sin tidigare praxis, bedömningen av polisens väsentliga passivitet med att undersöka skälen till att myndigheten vidtog åtgärden. Domstolen konstaterar att det inledningsvis inte fanns några objektiva misstankar som pekade på att det var just Helme som hade sexchattat med minderåriga på de aktuella hemsidorna. Domstolen hävdar dock att det aktuella brottets kontext inte kan ignoreras.²¹⁰ I detta avseende noterar domstolen att brottet (att söka locka en minderårig till sexuella handlingar) kan begås uteslutande på nätet och utan fysiskt möte. Vidare har kriminalisering av ett visst beteende begränsad avskräckande effekt om det inte finns något sätt att identifiera och lagföra förövaren, och i detta sammanhang har konventionsstater en positiv skyldighet enligt EKMR art. 8 att utreda vissa brott även om det inte är fråga om brottsligt agerande på statens sida. Vad gäller kriminell aktivitet på nätet behöver polisen använda nätbaserade metoder för att utreda och beivra dessa brott, och i sådana sammanhang är det svårt att identifiera möjliga misstänkta innan en särskild

²⁰⁷ *Helme*, p. 67. Europadomstolen har tidigare behandlat frågan om brottsprovokation på nätet i beslutet *Eurofinacom mot Frankrike*, no. 58753/00, beslut den 7 september 2004, men sökanden i det målet var ett företag som hade agerat mellanhand till prostituerade och sexköpare genom att tillhandahålla en server (se *Helme*, p. 68).

²⁰⁸ *Helme*, p. 5–10. Det framgår inte vilken påföljd Helme ådömdes.

²⁰⁹ *Helme*, p. 36–37.

²¹⁰ *Helme*, p. 78.

operation inleds utan att på ett oproportionerligt sätt ingripa i rättigheterna för andra som inte omfattas av utredningen.²¹¹

Utifrån dessa resonemang anser Europadomstolen att myndigheterna i detta fall hade goda skäl för att vidta åtgärden, eftersom det hade kommit till deras kännedom att ett flertal personer ägnade sig åt att förmå underåriga till sexuella handlingar, vilket de hade en skyldighet att utreda. Det är enligt domstolen inte avgörande att det inte förelåg någon som helst objektiv misstanke att Helme specifikt hade varit en av dessa personer. Domstolen accepterar att "the police had an objective suspicion that was specific to a defined and limited virtual space – an identified chatroom on a particular website". Vidare anses det relevant att misstanken avsåg ett brott mot underåriga, vilka inte nödvändigtvis har förmågan att förstå att de är offer och/eller att anmäla brotten.²¹²

Vad gäller polisernas konkreta agerande gör domstolen en kort bedömning. Att en polis skapar ett användarkonto i ett chattrum, loggar in och chattar med andra användare via privata meddelanden utgör inte i sig olagligt agerande, och förutsätter inte heller olagligt agerande från den person som infiltratören kommunicerar med.²¹³ Användarnamnet "Marleen12" anses visserligen kunna antyda användarens ålder, men det bjuder inte i sig in till någon kommunikation av uttryckligen sexuell karaktär.²¹⁴ Vidare framhåller domstolen att Helme var fri att välja huruvida han över huvud taget skulle kommunicera med "Marleen12", liksom vilka ämnen som skulle diskuteras, även efter att hon i den första chatten uppgett att hon var 12 år gammal. Trots detta inledde Helme upprepade gånger nya chattar och var den som varje gång introducerade uttryckligen sexuella samtalsämnen. Polisen hade enligt domstolen sålunda inte övergett en väsentligen passiv inställning, och Helme hade inte utsatts för någon uttrycklig eller underförstådd påtryckning att begå brottet.²¹⁵

Europadomstolen kommer slutligen fram till att åtgärden inte utgjorde otillbörlig brottsprovokation och att Helmes rätt till en rättvis rättegång enligt EKMR art. 6(1) alltså inte kränktes genom den efterföljande lagföringen.²¹⁶ Avgörandet är dock inte enhälligt. Domare Mingorance Cairat är skiljaktig och menar att operationen utgjorde en otillåten "fishing expedition" eftersom den hade inletts på rent generellt hållen information utan misstanke om någon konkret individ, gärning eller målsägande, särskilt eftersom de aktuella

²¹¹ *Helme*, p. 79–81.

²¹² *Helme*, p. 82.

²¹³ *Helme*, p. 84.

²¹⁴ *Helme*, p. 84. Domstolen framhåller i detta sammanhang att sökanden själv använt sig av sin ålder i användarnamnet "m41tln". I denna del kan det alltså noteras att domstolen inte tillmäter sökandens ursprungliga argument om att användarnamnet "Marleen12" avsiktligt valts för att framkalla brottslig kommunikation någon särskild vikt, jfr. p. 17 och 37 i domen.

²¹⁵ *Helme*, p. 85–86.

²¹⁶ *Helme*, p. 87–88.

plattformarna inte var dedikerade åt eller särskilt främjande för det aktuella brottet.²¹⁷ Domare Pavli lämnar ett tillägg där han till viss del ansluter sig till Cairats oro så till vida att han anser att kriteriet ”defined and limited virtual space” inte ensamt är tillräckligt för att förhindra polisiärt missbruk i form av ”fishing expeditions”, särskilt för sådana virtuella utrymmen som kan användas såväl för lagliga som olagliga ändamål. Pavli menar att myndigheterna åtminstone bör vara skyldiga att visa att brottets natur medför särskilda utredningsmässiga svårigheter som kan motivera den utvidgade ramen, och att brottets karaktär av att rikta sig mot barn varit ett avgörande skäl i det aktuella fallet.²¹⁸

Europadomstolen gör i *Helme* ett markant avsteg från sin tidigare praxis. Det allmänna intresset av brottsbekämpning tillåts ta ett mycket större utrymme i bedömningen än vad det tidigare har gjort. Domstolens inledande resonemang motsvarar ordalydelsen som har använts i avgöranden rörande provokation sedan *Teixeira de Castro*, och domstolen konstaterar där liksom i alla andra relevanta avgöranden att ”the public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement”.²¹⁹ Samtidigt tycks det allmänna intresset av brottsbekämpning ha haft en avgörande inverkan på definitionen av otillbörlig provokation (*police incitement*) i detta fall. Att brott av detta slag är svårutredda och att kriminaliseringen därmed får begränsad effekt används som skäl för att motivera att kravet på objektiv misstanke om brottslig aktivitet (eller dylik brottsbenägenhet hos den provocerade) – som i tidigare fall har haft betydelse för bedömningen av polisens väsentliga passivitet – tillämpas mindre restriktivt. Med andra ord sänker Europadomstolen kraven på vad det innebär att ett visst brott skulle ha begåtts ändå baserat på hur svårutrett brott av det slaget typiskt sett är.

Härigenom öppnar Europadomstolen också uttryckligen upp för ett delvis nytt paradigm inom brottsprovokationsläran, i vart fall vad gäller en viss typ av brott. För väsentlig passivitet räcker det – under vissa förutsättningar – att myndigheterna vidtog åtgärden baserat på relativt generellt hållna misstankar, om misstankarna avser ett begränsat virtuellt utrymme (*limited virtual space*).

4.2.5 Sammanfattning

Europadomstolens praxis visar att provokationsfrågan hanteras i två delar. Vid bedömningen av om en provokativ åtgärd är förenlig med rätten till en rättvis rättegång enligt EKMR art. 6 ska Europadomstolen för det första pröva om myndigheterna i samband med utredningsåtgärden agerat väsentligen passivt (det materiella testet), vilket avgörs dels med hänsyn till skälen till att

²¹⁷ *Helme*, skiljaktig mening av domare Mingorance Cairat. För resonemanget om att de aktuella plattformarna inte var dedikerade åt eller särskilt främjande för det aktuella brottet, jfr. *Eurofinacom* där den misstänkta verksamheten hade möjliggjorts just genom sökandens servertjänster.

²¹⁸ *Helme*, instämmande yttrande av domare Pavli, p. 2–4.

²¹⁹ *Helme*, p. 50; jfr. bl.a. *Teixeira de Castro*, p. 36 (se också ovan under avsnitt 4.2.1); *Ramanauskas*, p. 54; *Akbay m.fl.*, p. 123; *Vanyan*, p. 46.

åtgärden vidtogs, dels med hänsyn till myndigheternas konkreta agerande vid genomförandet. För det andra prövas hur den tilltalades invändning om provokation har hanterats i den efterföljande brottmålsprocessen vid de nationella domstolarna (det processuella testet). Endast det materiella testet är av direkt betydelse för uppsatsens frågeställning.

Inom det materiella testet är det första ledet (skälet till åtgärden) det som genomgått den tydligaste utvecklingen. Enligt det ursprungliga testet i tidigare praxis skulle åtgärden grundas på en objektiv misstanke om att den enskilde hade varit inblandad i brottslig verksamhet eller var benägen att begå brott. Genom senare avgöranden har detta krav dock luckrats upp för åtgärder som vidtas i ett begränsat virtuellt utrymme och avser vissa typer av särskilt svårupptäckta brott. I en sådan kontext kan en mer generellt hållen misstanke vara tillräcklig. Hur långt denna uppluckring sträcker sig är i nuläget oklart, både vad gäller utrymmets avgränsning och vilka brottstyper – utöver sexualbrott mot barn – som omfattas.

Det andra ledet i det materiella testet (myndigheternas konkreta agerande) är mer stabilt i praxis, även om de närmare omständigheterna som beaktas varierar beroende på vilken brottstyp det är fråga om. Allmänt sett prövar Europadomstolen huruvida polisen tagit initiativ till brottet, utövat påtryckningar eller på annat sätt drivit fram gärningen, eller om polisen i stället anslutit sig till en redan pågående brottslig aktivitet. Det är denna del av testet som ger uttryck för distinktionen mellan undercoveragenter och *agents provocateurs*.

4.3 Delanalys

Som analysen i avsnitt 3.6 visar utgår försöksansvaret från gärningsmannens handlande, uppsåt, och det yttre händelseförloppet samt hans inre uppfattning om detta. Ansvar enligt provokationsläran skiftar emellertid fokus till statens agerande i förhållande till individen som har begått ett brott. Det kan alltså konstateras att gärningsmannen har begått en gärning som har orsakat skada, fara, eller som annars är klandervärd. Frågan är huruvida staten har haft ett så pass betydande inflytande på gärningsmannens beteende att det ska anses oacceptabelt att lagföra honom för brottet.

4.3.1 Skälen till åtgärden

Det första ledet av det materiella testet avser skälen till att åtgärden vidtogs. Som har visats ovan etablerades detta test i *Teixeira de Castro* och utvecklades i *Bannikova* till en fråga om huruvida åtgärden grundades på en objektiv misstanke om att den enskilde gärningsmannen hade varit inblandad i brottslig verksamhet eller var benägen att begå brott. Europadomstolens avgörande i *Helme* har luckrat upp detta krav i nätbaserade operationer som riktar sig mot brott vilka typiskt sett är svårutredda, särskilt när brotten riktar

sig mot offer som inte själva är benägna att anmäla brotten.²²⁰ Hur tillämpningen av det första ledet ter sig i typsituationerna beror på om det är ett övertagandefall eller ett konstruktionsfall.²²¹

4.3.1.1 Övertagandefallet

I övertagandefallet är det första ledet i regel oproblematiskt. Polisen träder in i en redan pågående konversation mellan en konkret målsägande (barnet) och en konkret gärningsman (den vuxne). Det finns många situationer där konkret brottsmisstanke kan föreligga mot gärningsmannen i dessa fall. Till exempel kan han ha betett sig på ett sätt som väcker misstanke om brott mot andra barn. Inte sällan borde det vara fallet att han redan har begått ett brott som har en i sammanhanget relativt tidig fullbordanspunkt, till exempel kontakt för att träffa barn i sexuellt syfte enligt 6 kap. 10 a § BrB eller sexuellt ofredande mot barn enligt 6 kap. 10 § BrB.²²²

Det krav på objektiv misstanke som etablerades i *Teixeira de Castro* är i sådana fall uppfyllt utan att man behöver luta sig mot den uppluckring som *Helme* introducerar. Bedömningen av skälen för åtgärden faller inom den traditionella linjen och resultatet är som regel att skälen att vidta åtgärden är goda enligt Europadomstolens praxis.

I övertagandefallet träder polisen in i en kommunikation som gärningsmannen själv har varit delaktig i. Polisens agerande i denna inledande fas är alltså av anslutande, och inte initierande, karaktär. Det är gärningsmannen som själv har etablerat (eller mottagit) kontakt med barnet och drivit fram konversationen på ett sätt som väckt den misstanke som fordras för att konversationen ska tas över av polisen. Polisen kan således sägas ansluta sig till en redan pågående brottslig aktivitet utan att själv ha initierat den.²²³ Även i detta avseende är alltså frågan om skälen till åtgärden oproblematisk i övertagandefallet.

4.3.1.2 Konstruktionsfallet

I konstruktionsfallet är situationen inte lika klar. Det är i och för sig tänkbart att polisen konstruerar ett fiktivt barn i syfte att vidta en provokativ åtgärd mot en gärningsman som redan är misstänkt för andra brott av liknande beskaffenhet. I dessa fall skiljer sig bedömningen inte från övertagandefallet.

Den situation som väcker frågor är när polisen konstruerar ett fiktivt barn när det inte finns någon konkret misstänkt gärningsman, gärning, eller målsägande. I sådana situationer måste vägledning hämtas ur kraven i *Helme*. Två frågor – utöver frågan om huruvida brottslighetens art är sådan att

²²⁰ Se avsnitt 4.2.4.

²²¹ Jfr. avsnitt 2.3.

²²² Jfr. avsnitt 3.6.1.

²²³ Jfr. bl.a. *Bannikova*, p. 43; se ovan under 4.2.3.1.

Helmekriterierna kan tillämpas –behöver besvaras för att kunna konstatera att en provokativ åtgärd uppfyller dessa krav: (1) vilken nivå av initial information krävs, och (2) huruvida den plattform eller det forum där åtgärden vidtas är att betrakta som ett tillräckligt avgränsat virtuellt utrymme (*limited virtual space*).

Informationen som polisen hade mottagit i *Helme* var att ett flertal oidentifierade gärningsmän hade haft konversationer med underåriga där de ”engage[d] in chats of a sexual nature”.²²⁴ Detta är enligt mig en tämligen lågt ställd tröskel. Givet brottslighetens natur och omfattning borde detta krav vara uppfyllt på närmast varje socialt medium där barn förekommer.²²⁵ Till detta kommer att domskälen i *Helme* inte antyder att det är fråga om minimikrav.

Den andra frågan är mer komplicerad. Europadomstolen anser i *Helme* att ett specifikt chattrum på en specifik webbplats utgör ett begränsat virtuellt utrymme. Samtidigt beskrivs förfarandet i domskälen som att poliserna skapade en fiktiv profil på webbplatsen och var aktiva i *flera* chattrum.²²⁶ Det är därför oklart om ett begränsat virtuellt utrymme kan avse en hel webbplats.

Till detta kommer att avgörandet i *Helme* behandlar en webbplats, www.armastusesaal.org, som till synes har en påtagligt sexuell prägel.²²⁷ Jag har svårt att se att detta inte har haft en påverkan på bedömningen, även om Europadomstolen inte uttryckligen anger det. Dessvärre, för uppsatsens skull, behandlas den estniska polisens operation på www.facebook.com inte närmare i avgörandet. Frågan om vilka krav som kan ställas på en webbplats som har miljontals användare där den överväldigande majoriteten använder den för legitima ändamål är därför obesvarad.

Viss vägledning kan hämtas i domare Pavlis tillägg, där han framhåller att kriteriet *limited virtual space* inte i sig är tillräckligt för att förhindra statligt maktmissbruk, särskilt när det rör sig om sådana plattformar med blandade ändamål. Han påpekar emellertid att polisen åtminstone behöver visa särskilda utredningssvårigheter som rättfärdigar att man använder metoder som riktar sig brett, till exempel att det är fråga om brott mot barn. Enligt mig kvarstår dock problemet att det är svårt att avgöra hur avgränsat det digitala utrymmet ska vara även om brottskategorin är kvalificerad på detta sätt. Måste åtgärden exempelvis avse ett visst chattrum, en viss grupp, ett visst underforum eller hela webbplatsen? Till detta kommer att många plattformar, även om de är indelade i flera grupper, chattrum, eller dylikt, medför att skapandet av en profil i sig riktar åtgärden mot hela plattformen i bemärkelsen

²²⁴ *Helme*, p. 71.

²²⁵ Se avsnitt 2.1.

²²⁶ Jfr. *Helme*, p. 7 och 82.

²²⁷ Som ovan har nämnts är den svenska översättningen på webbplatsens namn ”www.karlekssal.org”. En kort visit på sidan ger vid handen att den i vart fall inte är ägnad för användare som är barn.

att samtliga användare får tillgång till profilen. Att dessa frågor är obesvarade är olyckligt med tanke på att brottsligheten som behandlas i uppsatsen i många fall äger rum på plattformar av detta slag.²²⁸ Jag instämmer i Pavlis mening att framtida Europadomstolspraxis får förtydliga ramarna för begreppet *limited virtual spaces*.

För frågan om distinktionen mellan att polisen har anslutit sig till, och inte initierat, den brottsliga aktiviteten kan det understrykas att initiativet måste avse just den brottsliga aktiviteten. Att polisen har tagit initiativ till att skapa en profil på en hemsida är förvisso strikt taget ett initiativtagande till händelseförloppet, men eftersom skapandet av profilen inte i sig är olaglig eller förutsätter olagligt agerande från andra användare kan inte detta anses utgöra ett initiativtagande till brottslig aktivitet.²²⁹

Sammantaget kan det konstateras att det första ledet av det materiella testet i regel kommer att vara uppfyllt även i konstruktionsfallen, förutsatt att åtgärden riktas mot ett tillräckligt avgränsat virtuellt utrymme. Vad som krävs för att utrymmet ska vara tillräckligt avgränsat är oklart. För åtgärder som riktas mot specifika sexualiserade plattformar (exempelvis s.k. sugardejtingsidor) är kravet sannolikt uppfyllt utan vidare. För åtgärder som riktas mot större allmänna plattformar finns det skäl att kräva ytterligare avgränsning till en viss grupp, ett visst chattrum eller liknande. Frågan om var den närmare gränsen går får avgöras av framtida praxis.

4.3.2 Myndigheternas konkreta agerande

Det andra ledet av det materiella testet avser myndigheternas (dvs. polisens) konkreta agerande vid genomförandet av åtgärden. Den centrala frågan är huruvida polisen har förhållit sig väsentligen passiv eller om polisen har utövat ett sådant inflytande på den enskilde att han eller hon förmåtts begå ett brott som han eller hon annars inte hade begått. Som har framgått i avsnitt 4.2 är detta led av testet förhållandevis stabilt i Europadomstolens praxis, även om de konkreta omständigheter som beaktas vid varje enskild prövning varierar beroende på brottstypen. I detta sammanhang vill jag påpeka att Europadomstolen tenderar att bedöma målen genom att räkna upp ett antal kriterier och sedan göra en helhetsbedömning utifrån dessa.²³⁰ Det är inte sällan oklart exakt vilken vikt enskilda omständigheter har tillmätts, vilket gör utfallet i ett enskilt fall svårt att förutse på förhand.

Den första frågan i båda fallen är om polisens deltagande i en kommunikation där den agerar som barn i sig innebär ett avsteg från väsentlig passivitet enligt

²²⁸ Jfr. avsnitt 2.1.

²²⁹ Jfr. *Helme*, p. 84.

²³⁰ Se t.ex. *Teixeira de Castro*, p. 38–39 där Europadomstolen ställer upp ungefär tio omständigheter och bedömer att polisernas agerande ”in the light of all these considerations” gick utöver undercoververksamhet. Jfr. också SOU 2025:109, s. 83 f. och Asp (2018a), s. 296 f.

det andra ledet av det materiella testet, dvs. om polisen genom att agera som barn utövar ett sådant inflytande som förmår gärningsmannen att begå ett brott som han inte annars hade begått. Vägledning kan förvisso hämtas från *Helme*, som behandlar just denna situation, men givet Europadomstolens kasuistiska sätt att döma i kombination med att den huvudsakliga frågan i målet avsåg det första ledet i testet anser jag att det finns anledning att vara försiktig med att dra alltför långtgående slutsatser av avgörandet. Den estniska polisens förfarande i det målet kan beskrivas som utomordentligt passivt, men det ska enligt mig inte tas till intäkt för att kraven på myndigheternas konkreta agerande ställs högre i dessa fall än sådana som behandlats i tidigare avgöranden.

De omständigheter som enligt avgörandet i *Bannikova* identifieras som indikatorer på att polisen har övergett en väsentligen passiv inställning låter sig inte utan vidare tillämpas på situationerna som behandlas i denna uppsats. De första tre – polisens initiativ, upprepade erbjudanden, och påträngande uppmaningar – kan vara för handen i en sådan kontext, men det finns nog anledning att vara försiktig att analogisera ett kommersiellt förhållande mellan en narkotikasäljare och -köpare till förhållandet mellan en vuxen och ett barn. Detta gäller också för det fjärde kriteriet, som uttryckligen tar sikte på ekonomiska incitament (att köparen, dvs. polisen, erbjuder ett pris klart högre än genomsnittet). Det femte kriteriet – vädjan till abstinenssymtom – kan knappast analogiseras över huvud taget i detta sammanhang.

Kriterierna ger dock enligt min mening uttryck för att det krävs någon form av kvalificerad påtryckning utöver det att ”barnet” reagerar positivt på gärningsmannens meddelanden. Denna reaktion bör dock inte glida över i att ”barnet” självt anses ta initiativ till brottslig aktivitet (hos gärningsmannen). En fråga i detta sammanhang är om det kan fordras att polisen avhåller sig helt från aktiva utspel, eller om enstaka utspel kan vara förenliga med kravet på väsentlig passivitet. Till exempel kan man föreställa sig att ”barnet”, efter att gärningsmannen har inlett konversationen och visat ett tydligt intresse för sexuella ämnen, riktar ett enstaka förslag av sexuell karaktär mot gärningsmannen. En sådan åtgärd kan inte utan vidare avfärdas som otillbörlig provokation. Den uppfyller inte de kriterier som *Bannikova* uppställer för kvalificerade påtryckningar,²³¹ och åtgärden vidtas mot någon som redan indikerat ett brottsligt uppsåt.

Samtidigt kan det hävdas att den nätbaserade kontexten motiverar en strängare tillämpning än den som görs när det är fråga om testköp av narkotika. Den lägre tröskeln för att inleda åtgärden (första ledet) enligt *Helme* kan tala för att kraven på den konkreta interaktionen (andra ledet) bör vara högre. Å andra sidan har denna tolkning inte uttryckligt stöd i Europadomstolens praxis, och en sådan tillämpning skulle innebära en strukturell

²³¹ Jfr. *Bannikova*, p. 47. Det är alltså inte fråga om upprepade erbjudanden, påträngande uppmaningar eller sympativädjan.

asymmetri mellan brottstyper som inte utan vidare är befogad. Min bedömning är därför att enstaka aktiva utspel av polisen mot en gärningsman som redan visat brottsligt uppsåt ligger inom ramen för det tillåtna.

Det ovan sagda innebär att det i detta avseende inte finns anledning att analysera övertagandefallet och konstruktionsfallet särskilt. Något ska dock sägas om en väsentlig skillnad dem emellan. I övertagandefallet är polisens agerande i sak att hålla en redan inledd kommunikation vid liv genom att agera som barnet. Det får förutsättas att polisen agerar väsentligen passivt om polisen fortsätter konversationen på samma sätt som den hade fortlöpt innan övertagandet. I konstruktionsfallet skapar polisen en profil från grunden, med fiktiva uppgifter och en fiktiv personlighet. Här uppstår frågan om huruvida utformningen av profilen kan innebära ett avsteg från väsentlig passivitet.

Viss vägledning kan hämtas från *Helme*, där Europadomstolen ansåg att användarnamnet "Marleen12" inte bjöd in till "communication of an explicitly sexual nature".²³² Detta anser jag dock bör förstås i kontexten av att Helme själv – något förbryllande – invände att användarnamnet hade valts i syfte att provocera andra att inleda konversationer med "barnet".²³³ Jag anser därför att Europadomstolens uttalande i detta sammanhang enbart avsåg att avfärda Helmes argument. En jämförelse med Europadomstolens tidigare praxis, exempelvis *Teixeira de Castro* och *Bannikova*, ger snarare vid handen att polisen utåt sett gärna får framstå som tillgänglig för brottslig aktivitet, den får bara inte *själv vara drivande i den brottsliga aktiviteten*. Det är exempelvis i och för sig oproblematiskt att en polis visar upp sig som en köpare av narkotika. Jag anser alltså inte att det ska ställas något långtgående krav på att profilens konstruktion inte får bjuda in till brottslig aktivitet (t.ex. genom en profil som indikerar att "barnet" är öppen för kontakt), så länge polisen inte själv tar initiativ till den brottsliga aktiviteten (t.ex. genom att självmant introducera sexuellt innehåll).

4.3.3 Sammanfattning och slutsats

Analysen av de två leden av det materiella testet visar att rätten till en rättvis rättegång enligt EKMR art. 6 i begränsad utsträckning hindrar lagföring i de typsituationer som behandlas i denna uppsats. I övertagandefallet är första ledet i regel uppfyllt utan vidare. Andra ledet är uppfyllt om polisen driver vidare konversationen på samma sätt som den har fortlöpt innan övertagandet.

I konstruktionsfallet är situationen mer komplex, men slutsatsen blir likväl att även dessa förfaranden i regel kan genomföras inom ramen för en rättvis rättegång. Genom avgörandet i *Helme* har Europadomstolen intagit en mer tillåtande inställning till att polisen inleder provocativa åtgärder vid sexualbrott mot barn på nätet. Europadomstolen godtar att avsaknaden av objektiv och individualiserad misstanke om brott eller brottsbenägenhet inte var av-

²³² *Helme*, p. 84.

²³³ *Helme*, p. 17.

görande, eftersom misstanken i stället var knuten till brottslig aktivitet inom ett avgränsat virtuellt utrymme. Beträffande det andra ledet av det materiella testet kvarstår kravet på väsentlig passivitet i sin vanliga utformning. Polisen får härvid framstå som tillgänglig för gärningsmannen, men inte själv vara pådrivande på ett sätt som förmår honom att begå ett brott som han inte annars hade begått.

Det är värt att understryka att denna ordning innebär ett betydande avsteg från vad som hittills har gällt vid ”traditionella” provokativa åtgärder. Tidigare har det första ledet i det materiella testet varit garant för att polisen inte fick företa s.k. ”fishing expeditions” eller ägna sig åt s.k. ”virtue testing”. Samtidigt följer det av avgörandet i *Helme* att polisen kan rikta en provokativ åtgärd avseende sexualbrott mot barn mot en obestämd krets av potentiella gärningsmän baserat på en relativt allmänt hållen kunskap om brottslighetens förekomst. Därvid måste polisen förvisso förhålla sig väsentligen passiv i den enskilda interaktionen, men min bedömning är att enstaka aktiva utspel mot en person som redan visat brottsligt uppsåt ryms inom denna passivitet. Polisen får dock inte överskrida gränsen genom upprepade påtryckningar eller liknande kvalificerade åtgärder.

Två betydande osäkerhetsmoment kvarstår. Det första rör avgränsningen av begreppet *limited virtual space*. Som har påpekats ovan är det oklart i vilken utsträckning detta krav är uppfyllt på större allmänna plattformar, där brottslighet av det slag som uppsatsen avser är vanligt förekommande. Det andra rör frågan om huruvida det särskilda sänkta kravet på första ledet som enligt *Helme* kan göras i vissa fall medför att kraven på polisens agerande i andra ledet höjs. Båda dessa frågor får besvaras av framtida praxis.

Sammantaget kan det konstateras att rätten till en rättvis rättegång inte utgör något generellt hinder mot lagföring när polisen utger sig för att vara barn på nätet. Snarare framstår denna situation som ett tillämpningsområde där Europadomstolens senaste praxis är mer tillåtande mot statlig undercover-verksamhet, vilket motiveras av brottslighetens allvar och de utrednings-svårigheter som är förenade med anonymitet på nätet och barn som offer. De begränsningar som följer av EKMR art. 6 träffar främst de fall där polisen i den enskilda interaktionen frångått en väsentligen passiv inställning genom påtryckningar eller liknande kvalificerat agerande som driver fram en gärning som inte annars hade begåtts.

5 Avslutande diskussion

Syftet med uppsatsen har varit att undersöka betydelsen av försöksansvarets utformning när polisen uppträder som barn på nätet, samt samspelet mellan detta ansvar och rätten till en rättvis rättegång enligt EKMR art. 6. I detta avslutande avsnitt förs slutsatserna samman och diskuteras mot bakgrund av försöksansvarets och provokationslärans samtidiga utveckling i samma riktning.

Den första frågeställningen besvaras i avsnitt 3.6.7. Försöksansvaret träffar regelmässigt övertagandefallet enligt 23 kap. 1 § första stycket BrB, och den nya myndighetsregeln i andra stycket utvidgar därtill det straffbara området till de fall där gärningsmannens uppsåt formats först efter polisens inträde. Konstruktionsfallet omfattas endast vid en ändamålsorienterad tolkning av myndighetsregelns kausalitetskrav.

Den andra frågeställningen besvaras i avsnitt 4.3.3. EKMR art. 6 utgör en begränsad spärr mot lagföring av de typsituationer som uppsatsen behandlar. Det krav på objektiv individuell brottsmisstanke eller brottsbenägenhet som tidigare framgick av Europadomstolens praxis har genom *Helme* mjukats upp när det gäller provokativa åtgärder beträffande sexualbrott mot barn på nätet. Den huvudsakliga kvarvarande begränsningen utgörs av kravet på väsentlig passivitet. Europadomstolen har förvisso en förhållandevis rik praxis avseende detta krav, men majoriteten av avgörandena behandlar provokationsförfaranden avseende brott som till sin natur skiljer sig från sexualbrott mot barn på nätet. Det finns således ett behov av att Europadomstolen förtydligar kravet i sin framtida praxis.

När svaren på de två frågeställningarna förs samman framträder en helhetsbild som målar upp ramarna för det straffbara området. Detta har till synes utvidgats både genom den nationella lagstiftningen och genom Europadomstolens praxis. Lagstiftaren har genom myndighetsregeln öppnat upp för att i en större utsträckning straffa försök som riktas mot otjänliga brottsobjekt än tidigare. Om den strikta tolkningen av kausalitetskravet inte är förenlig med lagstiftarens intention kan det ytterst åtgärdas genom ny lagstiftning. Detta vore inte i sig anmärkningsvärt utan enbart ett steg mot en mer subjektiv försöksteori, som är vanligt förekommande i andra rättsordningar.²³⁴ Europadomstolen har genom avgörandet i *Helme* öppnat upp för att i större utsträckning lagföra utan föregående individuell brottsmisstanke. Dessa två förändringar verkar i samma riktning. För myndigheterna innebär det att handlingsutrymmet vid undercoververksamhet beträffande sexualbrott mot barn på nätet blivit påtagligt vidare än vad som gällt tidigare.²³⁵

²³⁴ Jfr. exv. not 150.

²³⁵ Notera att det som avses här alltså är utrymmet att agera utan att begränsa möjligheten att lagföra den som är föremål för åtgärden för brott som begås i samband med denna.

Att de två förändringarna verkar i samma riktning är dock inte hela bilden. För att förstå den nya ordningen behöver man beakta hur försöksansvaret och provokationsläran historiskt har förhållit sig till varandra.

Försöksansvaret i svensk rätt har, som framgått i avsnitt 3, vilat på en i grunden objektiv försökslära med subjektiva inslag, där faran för brottets fullbordan har använts som avgränsande kriterium för det straffbara området. Denna uppbyggnad har i praktiken inneburit att en del av de gärningar där staten varit involverad i framkallandet av brottet har fallit utanför det straffbara området, eftersom fall där försöksuppsåtet formats efter statens inträde i händelseförloppet har varit straffria. NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen” är det tydligaste uttrycket för denna ordning. Detta har historiskt haft som konsekvens att vissa framprovocerade gärningar gått ostraffade, vilket reducerat behovet av att hantera dessa fall genom provokationsläran.

Genom myndighetsregeln i 23 kap. 1 § andra stycket BrB rubbas denna ordning genom att göra det irrelevant när uppsåtet formades i förhållande till myndighetsåtgärden. En extensiv tolkning av bestämmelsen ger till och med vid handen att det straffbara området kan omfatta även gärningar där brottet aldrig varit existentiellt möjligt att fullborda eftersom brottsobjektet aldrig har existerat. Försöksansvarets funktion i förhållande till statens framkallande av brott har därmed förminskats avsevärt, och hela bördan av att hantera frågan läggs på provokationsläran.

Detta är inte i sig en problematisk ordning, men frågan är om provokationsläran i svensk rätt är tillräckligt utvecklad för att bära det ansvaret. Som har framgått av avsnitt 4 bygger provokationsläran i svensk rätt i allt väsentligt på Europadomstolens praxis, i vart fall vad avser gärningsmannens straffansvar. HD har konsekvent låtit sin tillämpning styras av Europadomstolens praxis, och enligt den föreslagna lagregleringen av provokativa åtgärder i SOU 2025:109 ska den provocerades straffansvar även fortsättningsvis bestämmas utifrån denna praxis. Den svenska provokationsläran kan alltså inte ses som ett utvecklat nationellt skyddssystem mot statligt maktmissbruk utan endast en intern motsvarighet till den miniminivå som följer av EKMR.

Denna miniminivå har dessutom genom *Helme* förskjutits i en mer tillåtande riktning. Det första ledet av det materiella testet, kravet på objektiv individuell misstanke om brottslig aktivitet eller brottsbenägenhet, har för nätbaserade operationer avseende sexualbrott mot barn luckrats upp till ett krav på mer generell misstanke inom ett begränsat virtuellt utrymme. Som jag har konstaterat i avsnitt 4.3 är såväl utrymmets avgränsning som dess närmare innebörd oklar. I förhållande till de typsituationer som behandlas i uppsatsen är det andra ledet, kravet på väsentlig passivitet vid genomförandet, därmed i praktiken den huvudsakliga materiella tröskeln som kvarstår mot statligt maktmissbruk genom brottsprovokation. Första ledet kvarstår förvisso också,

men dess innehåll har genom *Helme* luckrats upp och i vissa avseenden är dess närmare innebörd oklar.

Hur väsentlig passivitet ska förstås i de kontexter som denna uppsats behandlar är inte heller helt klart. Frågan berörs flyktigt i *Helme* men Europadomstolens resonemang kan inte sägas ge ett tydligt svar i denna del. Vägledning kan hämtas från tidigare avgöranden avseende brottsprovokation där bedömningen har varit relativt konsekvent, i vart fall sedan avgörandet i *Bannikova*. De däri uppräknade kriterierna ger vid handen att polisen kan vara förhållandevis aktiv, förutsatt att den inte vidtar sådana kvalificerade åtgärder som Europadomstolen identifierat som indikatorer på att en väsentligen passiv inställning har övergetts (exempelvis upprepade erbjudanden trots inledande avslag, påträngande uppmaningar och liknande). Hur dessa kriterier ska tillämpas i en nätbaserad kontext, där interaktionen ser annorlunda ut än vid de testköp av narkotika och liknande situationer som *Bannikova* och efterföljande Europadomstolspraxis tog sikte på, är dock obesvarat.

Denna ordning är inte oförenlig med EKMR. Frågan är dock om försöksansvaret och provokationslärans samtidiga utveckling har lämnat ett område där den dubbla hanteringen reducerats till en, utan att den svenska lagstiftaren har tagit ställning till om det som återstår är tillräckligt. Den materiella avgränsningen av polisens handlingsutrymme när den uppträder som barn på nätet vilar nu på en enda tröskel vars närmare innebörd i den nätbaserade kontexten är obesvarad. Detta är enligt min mening en otillfredsställande ordning. För att distinktionen mellan undercoveragenter och *agents provocateurs* ska kunna upprätthållas i de typsituationer som har behandlats i uppsatsen krävs antingen att Europadomstolen i kommande praxis ger kravet på väsentlig passivitet ett innehåll som lämpar sig för bedömningar i nätbaserade kontexter, eller att provokationslärans materiella innehåll i svensk rätt utvecklas utöver den miniminivå som följer av EKMR. Det lagförslag som lämnas i SOU 2025:109, enligt vilket den provocerades straffrättsliga ansvar fortsättningsvis ska bestämmas utifrån Europadomstolens praxis, talar för att en sådan nationell utveckling från lagstiftarens håll inte är att vänta inom en överskådlig tid.

Vilket närmare innehåll kravet på väsentlig passivitet kommer att få i en nätbaserad kontext där sexualbrott mot barn utreds är en fråga som ytterst får besvaras av lagstiftaren och rättstillämpningen. Hur kravet *bör* utformas i samma kontext är en normativ fråga som får belysas genom fortsatt forskning på området. Hit hör frågor om vad den digitala motsvarigheten till de kriterier som nämns i *Bannikova* är. Hit hör också frågan om i vilken utsträckning pedofili kan beskrivas i medicinska termer, vilken påverkan detta har på gärningsmännens sårbarhet för provocativa åtgärder i dessa sammanhang, samt i vilken mån (om alls) detta bör beaktas vid bedömningen. Slutligen är det enligt min mening oundvikligt att barns särskilda status som offer kommer

att göra sig gällande inte enbart som skäl för att luckra upp kraven för att inleda åtgärden, utan också vid bedömningen av väsentlig passivitet under genomförandet.

Källförteckning

Offentligt tryck

Direktiv

Dir. 2023:85 *En översyn av de osjälvständiga brottsformerna.*

Departementsserien

Ds 2007:13 *Vuxnas kontakter med barn i sexuella syften.*

Statens offentliga utredningar

SOU 1940:19 *Förslag till ändrad lagstiftning om straff för försök till brott, jämte motiv.*

SOU 2021:43 *Ett förstärkt skydd mot sexuella kränkningar.*

SOU 2024:55 *En översyn av 23 kap. brottsbalken.*

SOU 2025:109 *Särskilda provokativa åtgärder.*

Propositioner

Prop. 1942:4 *Med förslag till lagstiftning om straff för försök till brott m.m.*

Prop. 2004/05:45 *En ny sexualbrottslagstiftning.*

Prop. 2016/17:214 *Effektivare lagstiftning mot vuxnas kontakter med barn i sexuellt syfte.*

Prop. 2019/20:69 *Barnpornografibrottet och preskription av brott mot barn.*

Prop. 2021/22:231 *Skärpt syn på våldtäkt och andra sexuella kränkningar.*

Prop. 2024/25:124 *Skärpt syn på sexuella kränkningar, bedrägerier mot äldre och brott med kön som hatbrottsmotiv.*

Prop. 2025/26:49 *Ett utvidgat straffansvar för försök, förberedelse och stämpling till brott.*

Riksdagsprotokoll

Rättsfall

Högsta domstolen

NJA 1956 B 6

NJA 1985 s. 544 ”De tomma resväskorna”

NJA 1989 s. 456

NJA 1990 s. 354 ”Flickvännens fritagningsförsök”

NJA 1992 s. 679 ”Russinlådorna”

NJA 2003 s. 670 ”Skotten mot säkerhetsdörren”

NJA 2007 s. 1037 ”Rembrandts självporträtt”

NJA 2011 s. 638 ”Bevisprovokationen”

NJA 2015 s. 501

NJA 2017 s. 531 ”Bussen i Östberga”

NJA 2018 s. 369 ”Den välinställda hivbehandlingen”

NJA 2018 s. 1103

NJA 2023 s. 393 ”Vapenattrappen”

HD:s dom den 5 mars 2026 i mål B 5628-24 ”Narkotikaannonsen”

Hovrätterna

RH 2007:61

Svea hovrätts dom den 23 september 2022 i mål B 9395-22.

Svea hovrätts dom den 18 december 2024 i mål B 10524-24.

Svea hovrätts dom den 15 april 2026 i mål B 17567-25.

Europadomstolen

Akbay m.fl. mot Tyskland, nos. 40495/15, 40913/15 och 37273/15, dom den 15 oktober 2020.

Bannikova mot Ryssland, no. 18757/06, dom den 4 november 2010.

Constantin och Stoian mot Rumänien, nos. 23782/06 och 46629/06, dom den 29 september 2009.

Edwards och Lewis mot Förenade konungariket [GC], nos. 39647/98 och 40461/98, dom den 27 oktober 2004.

Eurofinacom mot Frankrike, no. 58753/00, beslut den 7 september 2004.

Furcht mot Tyskland, no. 54648/09, dom den 23 oktober 2014.

Helme mot Estland, no. 3023/22, dom den 7 oktober 2025.

Khudobin mot Ryssland, no. 59696/00, dom den 26 oktober 2006.

Lüdi mot Schweiz, no. 12433/86, dom den 15 juni 1992.

Malininas mot Litauen, no. 10071/04, dom den 1 juli 2008.

Miliniene mot Litauen, no. 74355/01, dom den 24 juni 2008.

Ramanauskas mot Litauen [GC], no. 74420/01, dom den 5 februari 2008.

Sequeira mot Portugal, no. 73557/01, beslut den 6 maj 2003.

Shannon mot Förenade konungariket, no. 67537/01, beslut den 6 april 2004.

Teixeira de Castro mot Portugal, no. 25829/94, dom den 9 juni 1998.

Vanyan mot Ryssland, no. 53203/99, dom den 15 december 2005.

Litteratur

Ashworth, Andrew, "What is wrong with entrapment?", *Singapore Journal of Legal Studies*, december 1999, s. 293–317.

Asp, Petter, *Straffansvar vid brottsprovokation*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2001.

Asp, Petter, *Från tanke till gärning. Del I: Legitimationsfrågor rörande förfälsdelikt*, Iustus, Uppsala, 2005.

Asp, Petter, "Om brottsprovokation och dess betydelse för den provocerades ansvar", i *Texter om, och omkring, straffrätten*, Iustus, Uppsala, 2018, s. 286–306. (cit. Asp (2018a))

Asp, Petter, "Grooming – ett gott skäl att gorma?", i *Texter om, och omkring, straffrätten*, Iustus, Uppsala, 2018, s. 400–418. (cit. Asp (2018b))

Asp, Petter, *De osjälvständiga brottsformerna: försök, förberedelse, stämpling, (gärningsmannaskap och) medverkan, underlåtenhet att avslöja och förhindra brott*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2021.

Asp, Petter, Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder*, 2 uppl., Iustus, Uppsala, 2013.

Danelius, Hans, Danelius, Johan, Bull, Thomas och Cameron, Iain, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2023.

Duff, R. Antony, "Choice, Character, and Criminal Liability", *Law and Philosophy*, vol. 12, 1993, s. 345–383.

Duff, R. Antony, *Criminal Attempts*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

Grahn-Farley, Maria, "Fördragskonform tolkning av MR-traktat", *Svensk Juristtidning* 2018, s. 450–473.

Graver, Hans Petter, "Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, årg. 121, nr 2, 2008, s. 149–178.

Holmgren, Axel, "Till den gamla frågan om straffbarheten av otjänliga försök – Vapenattrappen", *Juridisk Tidskrift* 2023/24 nr 3, s. 695–731.

Howard, Jeffrey W., "Moral Subversion and Structural Entrapment", *Journal of Political Philosophy*, vol. 24, nr 1, 2016, s. 24–46.

Hughes, Paul M., "What is Wrong with Entrapment?", *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 42, 2004, s. 45–60.

Jareborg, Nils, *Straffrättens ansvarslära*, Iustus förlag, Uppsala, 1994.

Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, Iustus förlag, Uppsala, 2001.

Nagel, Thomas, "Moral Luck", *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, s. 24–38.

Webster, Stephen, Davidson, Julia, Bifulco, Antonia, Gottschalk, Petter, Caretti, Vincenzo, Pham, Thierry & Grove-Hills, Joe, *European Online Grooming Project. Final Report*, European Union, Bryssel, 2012.

Wennberg, Suzanne, *Försök till brott*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2010.

Myndighetspublikationer och rapporter

Brottsförebyggande rådet, Brå, Bestämmelsen om kontakt med barn i sexuellt syfte: En uppföljning av tillämpningen av lagen från polisanmälningar till domar, Rapport 2013:14, 2013.

Brottsförebyggande rådet, Brå, *Indikatorer på sexualbrottsutvecklingen 2005–2017*, Rapport 2019:5, 2019.

Jämställdhetsmyndigheten, *Sexuell exploatering av barn och unga: en fördjupad kunskapsöversikt för dig som vill förstå, förebygga och upptäcka sexuell exploatering*, Nationella samordningen mot prostitution och människohandel, Skriftserie nr 1 2023, 2023.

Riksrevisionen, *Internetrelaterade sexuella övergrepp mot barn: stora utmaningar för polis och åklagare*, RiR 2021:25, 2021.

Åklagarmyndigheten, *Provokation och infiltration inom förundersökning*, Rättslig vägledning 2022:23, 2022.

Elektroniska källor

SVT Nyheter, *Sara Nilsson kan dömas för förtal efter publicering på Dumpen*, 5 februari 2026, <https://www.svt.se/nyheter/lokalt/vast/sara-nilsson-kan-domas-for-fortal-efter-publicering-pa-dumpen> (hämtad 22 maj 2026).

SVT Nyheter, *Experten om Dumpen-domen: "Kan sticka i ögonen"*, 6 februari 2026, <https://www.svt.se/nyheter/lokalt/vast/experten-om-dumpen-domen-kan-sticka-i-ogonen> (hämtad 22 maj 2026).

SVT Nyheter, *Dumpen utreds för hets mot folkgrupp efter läsarkommentar*, 12 mars 2026, <https://www.svt.se/nyheter/inrikes/dumpen-utreds-for-hets-mot-folkgrupp> (hämtad 22 maj 2026).

Övriga källor

JO 1977/78 s. 126.

Uppsala universitet, Juridiska fakulteten, *Yttrande över betänkandet En översyn av 23 kap. brottsbalken (SOU 2024:55)*, 17 december 2024, Dnr UFV 2024/1664.