

Om brottsprovokation och dess betydelse för den provocerades ansvar

AV PROFESSOR PETTER ASP

Frågan om vilken betydelse förekomsten av brottsprovokation har för den provocerades ansvar har sedan länge diskuterats inom straffrätten – både nationellt och internationellt. Av svensk rättspraxis har framgått att hänsyn till provokationen kan tas vid straffmätningen vid uppenbart otillbörliga provokationer. Genom utvecklingen i Europadomstolens praxis har det emellertid sedan en tid stått klart att den svenska återhållsamheten inte låter sig förena med Europakonventionen. I ett avgörande från december 2007 har nu Högsta domstolen tagit ställning till frågan hur frågan skall hanteras på nationell nivå.

1. Inledning

1. I ett avgörande från slutet av förra året, refererat som NJA 2007 s. 1037 (med rubriken: *Åtal har lämnats utan bifall på grund av brottsprovokation*), fann Högsta domstolen att det förhållandet att de tilltalade av polisen förmåtts begå den gärning som var föremål för bedömning innebar att deras rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen oåterkalleligen hade undergrävts och att åtalet till följd härav skulle ogillas.

2. Avgörandet kan på sitt sätt ses som slutet på en knappt 10-årig resa som tog sin början med Europadomstolens avgörande i Teixeira de Castro år 1998.¹ Någon skulle kanske vilja säga att resan är betydligt äldre än så — och det är helt riktigt om man syftar på den allmänna (brotts)provokationsproblematikens historia² — men också med en sådan utgångspunkt är det naturligt att se den nyss antydda perioden som en viktig, och i grunden ganska omvälvande, etapp av

¹ Se Teixeira de Castro, Report of Judgments and Decisions 1998–IV s. 1451. Vad gäller den svenska diskussionen kan i sammanhanget hänvisas till Lundqvist, Polisprovokation och bevisförbud, Svensk juristtidning 1999 s. 903 ff. (som var den första som i skrift uppmärksammade rättsfallet och dess möjliga konsekvenser), Asp, Straffansvar vid brottsprovokation, Stockholm 2001 samt Axberger, Brottsprovokation — en uppdatering, Flores juris et legum, Festskrift till Nils Jareborg, Uppsala 2002 s. 59 ff. För värdefulla synpunkter på ett utkast till artikeln tackas Magnus Ulväng.

² Om man håller sig inom ramen för brottsbalkens livstid förtjänar bland tidigare svensk litteratur särskilt Hoflund, Ett samtal om agent provocateur, Festskrift till Ivar Agge, Stockholm 1970 s. 159 ff. samt Axberger, Brottsprovokation, Stockholm 1989 att nämnas.

helheten. I denna artikel kommenteras denna etapp med utgångspunkt i Högsta domstolens avgörande.³

3. Som jag tidigare framhållit innefattar provokationsproblematiken åtminstone tre olika och från varandra särskilda huvudfrågeställningar.⁴ Det är sålunda uppenbart att man kan skilja på:

- a. frågan om i vilken utsträckning provokation är tillåten såsom polisiär arbetsmetod,
- b. frågan om provokatörens straffrättsliga ansvar, och
- c. frågan om den provocerades straffrättsliga ansvar.

Det finns förvisso kopplingar mellan frågorna på mer än ett sätt (bl.a. måste man vid bedömning av provokatörens ansvar beakta i vilken utsträckning provokation är tillåten som polisiär arbetsmetod),⁵ men de är principiellt sett fristående från varandra på så vis att svaret på en frågeställning inte implicerar svaret på en annan.

4. Det här behandlade avgörandet från Högsta domstolen tar i princip uteslutande sikte på den tredje frågan,⁶ som nog egentligen kan sägas vara den fråga som är mest brännande från straffrättspolitisk och straffrättsteoretisk synpunkt.

5. Frågan om vilka konsekvenser som bör följa av att ett brott har framprovocerats av staten och polisen berör exempelvis frågan om hur man vid en straffrättslig bedömning skall se på de villkor under vilka människan lever och agerar (stickord kan vara frihet, determinism, svaghet och ”omständighetsinverkan”). Frågan har också omedelbara kopplingar till mycket grundläggande frågor om straffrättens syften och funktioner. Några illustrativa ordkombinationer — som inte behöver ses som dikotomier — kan vara:

- (resultatbaserad) prevention – (förtjänstbaserad) repression
- effektivitet – rättvisa
- gärningsmannafokus – gärningsfokus etc.

6. Allt detta skall inte utvecklas närmare i detta sammanhang, men det kan redan här konstateras att Europakonventionen — och dess krav på rättvis rättegång — har betydelse såtillvida att det inte finns

³ Av transparens skull bör nämnas att jag skrev ett utlåtande i det här kommenterade målet som sammanfattningsvis gick ut på (i) att den i målet aktuella brottsprovokationen — givet den bedömning av sakomständigheterna som gjorts av Svea hovrätt — var av sådan karaktär att den måste anses ha påverkat rätten till en rättvis rättegång samt (ii) att detta bör beaktas enligt reglerna om straffmätning och påföljdseftergift (samtidigt medgavs uttryckligen att rättsläget var så öppet att också andra lösningar var möjliga). Jag deltar också som expert i den s.k. Polismetodutredningens arbete.

⁴ Se t.ex. Asp, *Brottsprovokation?*, Juridisk Tidskrift 2003–04 s. 227.

⁵ Omvänt hänvisar man inte sällan till straffrätten vid den polisrättsliga bedömningen. Jfr angående den cirkel som riskerar att uppstå, Asp, (not 1) s. 202 ff.

⁶ Jfr avgörandet på s. 1057 (det parti som citeras nedan i avsnitt 5.2).

oinskränkta möjligheter att gå till ”vänster” på de ovan indikerade skalorna.

7. Mycket kort skulle kunna sägas att utvecklingen som följt på Teixeira de Castro har inneburit en övergång från ett slags skälighetsorienterad och mycket restriktiv inställning (se NJA 1985 s. 544 och NJA 1989 s. 498 där det i det förstnämnda fallet uttalades att grund för strafflindring ”kan tänkas föreligga, om polisen använder sig av metoder som framstår som uppenbart otillbörliga”) till en mer generös och rättighetsbaserad inställning som innebär att förekomsten av brottsprovokation ytterst kan undergräva rätten till en rättvis rättegång (NJA 2007 s. 1037).

8. Högsta domstolens avgörande innebär naturligtvis inte en lösning på alla detaljfrågor rörande hur förekomsten av brottsprovokation skall beaktas vid bedömning av den provocerades ansvar, men det ger svar på vissa frågor och skapar — framför allt — klarhet i de grundläggande strukturerna. I avsnitten 3 och 4 kommer jag att peka på de viktigaste slutsatser som kan dras av rättsfallet.

9. Frågan om i vilken utsträckning provokation bör tillåtas som polisiär arbetsmetod har tidigare varit föremål för överväganden, bl.a. inom ramen för BRU:s (Beredningen för rättsväsendets utveckling) arbete⁷ och kommer att övervägas vidare i den s.k. Polismetodutredningen.⁸ I ett avslutande avsnitt diskuteras kort vilken betydelse fallet har för frågan om lagreglering av provokation såsom polisiär arbetsmetod.

2. Kort om bakgrunden till rättsfallet

1. Strax före jul år 2000 stals tre konstverk vid ett rån mot Nationalmuseum: ”Konversation” och ”Ung parisiska” av Renoir samt ”Självporträtt” av Rembrandt.

2. Den förstnämnda tavlan återbördades i samband med att polisen år 2001 grep ett antal personer som försökte sälja densamma. Personerna åtalades sedermera och dömdes, i här relevanta avseenden, för grovt häleri av såväl tingsrätt som hovrätt. I målet gjordes invändningar om att det förekommit brottsprovokation, dvs. att de tilltalade av polisen förmåtts ta den befattning med tavlan som de åtalats för. Dessa invändningar behandlades mer eller mindre utförligt av såväl tingsrätt som hovrätt, men de ansågs inte kunna påverka bedömningen av de tilltalades ansvar för befattningen med tavlan.⁹

3. Också en av de andra tavlorna — Rembrandts ”Självporträtt” — återbördades i samband med att polisen gjorde ett tillslag mot ett antal personer som skulle sälja tavlan. Dessa personer, av vilka några ti-

⁷ Se SOU 2003:74, som innehåller konkreta förslag till en lagreglering, samt SOU 2003:32 avsnitt 6.8.

⁸ Se direktiv 2007:185.

⁹ Jfr den beskrivning av fallet som ges i Åklagarmyndighetens RättsPM 2007:4 s. 17. Undertecknad skrev också i detta mål ett utlåtande angående de i målet aktuella provokationsfrågorna.

digare stått åtalade för medhjälp till den ursprungliga kuppen, kom senare att åtalas för grovt häleri. Liksom i det tidigare målet gjordes invändningar om att det förekommit brottsprovokation. Bakgrunden kan kort, och mycket förenklat, beskrivas enligt följande:

Bo.K-v greps såsom misstänkt för narkotikabrottslighet i USA. Inom ramen för något slags uppgörelse med de rättsvårdande myndigheterna erbjöd sig Bo.K-v både att återbörda "Ung parisiska", vilken han själv hade tillgång till, och att medverka till återbördandet av "Självporträtt". Det etablerades kontakter mellan amerikansk och svensk polis och det beslöts att man skulle låta Bo.K-v försöka få kontakt med de personer som hade tavlan. Bo.K-v tog då kontakt med sin son, A.L., och försökte via honom finna fram till tavlan. Ytterligare personer, bl.a. B.K. och D.K., blev sedermera inblandade. Det hela slutade i Köpenhamn med att dansk polis slog till och grep de inblandade när tavlan skulle överlämnas från A (och de övriga personerna) till Bo.K-v. A.L., B.K. och D.K. åtalades för grovt häleri och huvudfrågan i målet blev om, och i så fall hur, förekomsten av brottsprovokation skulle beaktas vid bedömning av deras ansvar.¹⁰

4. När det gäller (brotts)provokationsfrågan fann tingsrätten — med beaktande av praxis från Europadomstolen — att de provokativa åtgärder som vidtagits av polisen varit av sådan karaktär att de hade betydelse för de provocerades straffrättsliga ansvar och domstolen valde att beakta brottsprovokationen som skäl för att sätta ned straffet ganska påtagligt jämligt 29 kap. 5 § 8 brottsbalken (från tre och ett halvt år till två år, från tre och ett halvt år till ett år och från två och ett halvt år till ett år).

Hovrätten delade tingsrättens bedömning att förekomsten av brottsprovokation bör beaktas såsom en grund för strafflindring, och därmed ytterst som en grund för påföljdseftergift, enligt bestämmelserna i 29 kap. 5 och 6 §§ brottsbalken. Hovrätten gjorde emellertid bedömningen att provokationen varit av så uppenbart otillbörligt slag att det, med hänsyn till Europakonventionens krav på rättvis rättegång, fanns skäl att meddela påföljdseftergift.

Högsta domstolen fann för sin del — efter att ha diskuterat ett antal möjliga sätt att hantera förekomsten av brottsprovokation — att övervägande skäl syntes tala för att, i sådana fall där rätten till en rättvis rättegång blivit oåterkalleligen undergrävd, betrakta "polisprovokation ... som en bristande materiell straffbarhetsbetingelse". Högsta domstolen påpekade dock att det i fall där provokationen inte utesluter straffbarhet kan finnas skäl att beakta provokationen vid påföljdsbestämningen (dvs. vid tillämpning av 29 kap. 5 och 6 §§ brottsbalken).

5. I sammanhanget bör noteras att de båda lösningar som domstolarna valt har förordats på olika håll i litteraturen. Den straffmättningslösning (som ytterst ger möjlighet till påföljdseftergift) som underrät-

¹⁰ En mer fullständig beskrivning av händelseförloppet finns i NJA-referatet. Se även Åklagarmyndigheten, RättsPM 2007:4 s. 14.

terna valde att gå på har framför allt förordats av undertecknad i den bok från år 2001 som det ovan har hänvisats till,¹¹ medan den lösning som Högsta domstolen slutligen valde har förordats bl.a. av Victor i en recension av nämnda bok.¹²

3. Om hur-frågan

1. Den principiellt viktigaste konsekvensen av domen är att det på ett auktoritativt sätt klargörs *på vilket sätt* förekomsten av brottsprovokation skall beaktas i en brottmålsprocess mot den provocerade. På senare tid — de senaste tio åren — har vi noga taget befunnit oss i en situation där det å ena sidan stått klart *att* äldre praxis (enligt vilken förekomsten av brottsprovokation kan beaktas som skäl för strafflindring i undantagsfall) inte längre är förenlig med de krav som följer av Europakonventionen, men där det å andra sidan varit högst oklart *hur* förekomsten av brottsprovokation skall beaktas.

2. Som framgått ovan menade Högsta domstolen att förekomsten av polisprovokation bör beaktas på så sätt att den ytterst kan innebära att det brister i de materiella straffbarhetsbetingelserna.

För att klargöra vad Högsta domstolen avser härmed kan finnas skäl att citera delar av domskälen. Citatet inleds med att Högsta domstolen, som strax innan avisat lösningar som bygger på något slags bevisförbudstanke, konstaterar att en lösning av innebörd att den framprovocerade gärningen inte anses utgöra brott inte heller är lämplig:

”Att gärningen inte skulle anses utgöra brott är således något som inte krävs av konventionen och som heller inte framstår som lämpligt från vare sig principiella eller praktiska synpunkter. Att gärningen inte utgör brott är emellertid inte någon förutsättning för att ett åtal skall lämnas utan bifall. Även om gärningen i och för sig är brottslig kan ansvar vara uteslutet på grund av att det saknas någon annan materiell brottsbetingelse. (Jfr vidare Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 37.) Om en sådan brottsbetingelse saknas innebär det, även om det skulle stå helt klart att någon gjort sig skyldig till brott, att det saknas sannolika skäl för en fällande dom varför åtal inte skall väckas. Om åtal ändå väcks skall rätten lämna åtalet utan bifall.”

Sammantaget kan man säga att en materiell straffbarhetsbetingelse är en förutsättning för att domstolarna skall fälla till ansvar för ett brott som i och för sig anses begånget. I en annan skrift än den till vilken Högsta domstolen hänvisar beskriver Jareborg & Zila fenomenet på följande sätt:

¹¹ Se Asp (not 1) kap. 7 och 9. Se även SOU 2003:74 s. 159 f. som förordar samma lösning.

¹² Victor, Anmälan av Asp, SvJT 2001 s. 736 ff. Jfr även Axberger (not 1) s. 79, som har varit betydligt mer restriktiv i sin bedömning: ”Brottsprovokation utgör aldrig ansvarsfrihetsgrund för den provocerade och kan endast i extrema fall av otillbörligt handla[n]de från polisens sida medföra strafflindring.”

”I vid mening kan en straffbarhetsförutsättning sägas föreligga om ifrågavarande villkor måste vara uppfyllt för att ådömande av brottspåföljd skall vara möjligt. Straffbarhet skulle därmed innebära bland annat att alla processuella krav är uppfyllda, såsom att den tilltalade fortfarande lever, att alla åtalsförutsättningar är uppfyllda och att domstolen i fråga är behörig att döma i målet. Det finns emellertid skäl att använda ett snävare, rent straffrättsligt straffbarhetsbegrepp, som går ut på att man förutsätter att en domstol kan ha funnit det vara styrkt att den tilltalade har förövat brott, men ändå skall *ogilla* åtalet på grund av bristande straffbarhet.”¹³

Som exempel på denna typ av materiella straffbarhetsbetingelser anges bl.a. överensstämmelse med folkrättsliga grundsatser i vissa fall (se 2 kap. 7 § brottsbalken), underårighet (se 1 kap. 6 § brottsbalken) samt de allmänna reglerna om åtalspreskription.

3. Detta innebär att man kan uppställa ett slags straffrättsens grundstruktur som — i grova drag — ser ut på följande sätt:

A. BROTTSFÖRUTSÄTTNINGAR (Brottsbegreppet)

I. Otillåten gärning (gärningen uppfyller rekvisiten i en straffbestämmelse och är inte sådan att den kan anses tillåten¹⁴ med stöd av någon undantagsbestämmelse).

II. Skuld (gärningsmannen uppfyller kravet på uppsåt eller oaktsamhet och är inte heller ursäktad¹⁵ med stöd av någon undantagsbestämmelse).

B. ÖVRIGA STRAFFBARHETS BETINGELSER

III. Materiella straffbarhetsbetingelser (gärningen är inte preskriberad, den tilltalade har uppnått straffbarhetsåldern etc.; bristande uppfyllelse av de materiella straffbarhetsbetingelserna innebär att åtal inte skall väckas och att eventuellt väckt åtal skall ogillas).

IV. Formella straffbarhetsbetingelser (frånvaro av processhinder såsom bristande målsägandeangivelse, se 45 kap. 8 § rättegångsbalken).¹⁶

4. I sammanhanget kan, eftersom terminologin i referatet annars riskerar att försvåra förståelsen, noteras att det inte torde ligga någon avsedd betydelseskilnad i det förhållandet att Högsta domstolen ibland talar om materiella *straffbarhetsbetingelser* (se s. 1058 tredje hela stycket och 1059 andra hela stycket) och ibland talar om materiella *brottsbetingelser* (se s. 1059 första hela stycket). Man kan utan vidare — vilket jag gjort vid författandet av denna kommentar — utgå ifrån att Högsta domstolen också när den skriver brottsbetingelser menar straffbarhetsbetingelser. En sådan läsning vinner stöd både av den hänvisning som görs till litteraturen och av det förhållandet att det annars (dvs. om brottsbetingelser skall läsas som just brottsbetingelser) blir svårt att få ihop domstolens argumentation; domstolen av-

¹³ Jareborg & Zila, Straffrättsens påföljdslära, 2 uppl., Stockholm 2007 s. 17. Jfr även Asp (not 1) s. 47 f.

¹⁴ Se t.ex. 24 kap. 1–5 §§ brottsbalken.

¹⁵ Se t.ex. 24 kap. 6 och 9 §§ brottsbalken.

¹⁶ Jfr vidare, Fitger, Rättegångsbalken. En kommentar, inledningen till kap. 34 samt kommentaren till 45 kap. 8 § rättegångsbalken. Jfr även Olivecrona, Rättegången i brottmål enligt RB, 2 uppl. Stockholm 1961 s. 262 f.

färdar ju en lösning som bygger på att gärningen inte anses utgöra brott, men om det brister i en brottsbetingelse kan rimligen inget brott anses ha förövats.

5. Som framgått ovan betyder det sagda emellertid inte att det som kan benämnas straffmättningslösningen är helt ute ur bilden. I relation till denna anförde Högsta domstolen följande:

”Det bör betonas att vad som nu har sagts endast tar sikte på fall där rättvisan i rättegången bör anses ha blivit oåterkalleligen undergrävd till följd av polisprovokation. En annan sak är att det i fall där en provokation inte utesluter straffbarhet kan finnas skäl att beakta provokationen genom lindring av påföljden eller påföljdseftergift (jfr *Sequeira*). Detta kan enligt svensk rätt ske med tillämpning av bestämmelserna i 29 kap. 5 och 6 §§ BrB. Dessa bestämmelser lämnar emellertid inte utrymme för att avbryta ett inlett brottmålsförfarande utan förutsätter tvärtom en fällande dom. Inte heller torde möjligheten av att domstol skulle finna bestämmelserna tillämpliga vara tillräckligt för att åklagare skall kunna anses berättigad att underlåta åtal. Bestämmelserna kan mot den bakgrunden inte heller anses tillräckliga för att undvika ett konventionsbrott i sådana fall som här berörs.”

6. Sammantaget skulle man följaktligen kunna beskriva domens innebörd på så sätt att Högsta domstolen kompletterar straffmättningslösningen (som ytterst ger möjligheter till påföljdseftergift), med en *mer långtgående lösning* som bygger på tanken att det finns straffbarhetsbetingelser utanför brottsbegreppet vilka ger utrymme för att lämna åtal utan bifall. Den senare lösningen är att tillämpa i de fall man kan bedöma att rätten till en rättvis rättegång oåterkalleligen har undergrävts genom provokationen, medan straffmättningslösningen (inkl. möjligheten att meddela påföljdseftergift) är att använda i fall där förekomsten av brottsprovokation visserligen anses böra påverka den provocerades ansvar, men inte till den grad att rätten till en rättvis rättegång oåterkalleligen undergrävts.

7. I princip kan man utifrån detta tala om inte mindre än fyra skikt inom ramen för provokationsproblematiken:

1. Provokationer som oåterkalleligen undergräver rätten till en rättvis rättegång — innebär en brist i de materiella straffbarhetsbetingelserna, varvid eventuellt väckt åtal skall ogillas.

2. Provokationer som inte oåterkalleligen undergräver rätten till en rättvis rättegång, men där det ändå finns skäl att, på grund av provokationen, meddela påföljdseftergift — beaktas enligt 29 kap. 6 § (via 29 kap. 5 § 8) brottsbalken.

3. Provokationer som visserligen anses böra påverka den provocerades ansvar, men vilka varken kan anses oåterkalleligen undergräva rätten till en rättvis rättegång eller anses böra leda till påföljdseftergift — beaktas vid straffmätningen enligt 29 kap. 5 § 8 brottsbalken.

4. Provokationer som inte anses böra påverka den provocerades ansvar (typiska bevisprovokationer, provokationer som annars är mycket neutrala) — beaktas ej.

Att närmare ange vilka typer av provokationer som hör hemma på de olika nivåerna låter sig knappast göras i detta sammanhang. Det torde emellertid kunna konstateras att det förhållandet att Högsta domstolen fann att den i målet aktuella provokationen var sådan att den (i linje med punkt 1) innebar en brist i de materiella straffbarhetsbetingelserna innebär att utrymmet för att beakta provokationer vid bedömning av den provocerades ansvar har ökat betydligt sedan NJA 1985 s. 544 och NJA 1989 s. 498.

8. Vidare torde kunna konstateras att det torde bli sällsynt att den mellanlösning som ligger i punkt 2 kommer till användning. Det är inte helt enkelt att se hur man skall nå en sådan precision i bedömningarna att man visserligen *inte* finner skäl att anse att rätten till en rättvis rättegång oåterkalleligen undergrävts, men *ändå* finner skäl att meddela påföljdseftergift (dvs. ändå anser det uppenbart oskäligt att döma till påföljd).

9. Skälet till att Högsta domstolen har funnit straffmättningslösningen otillräcklig för att tillgodose de krav som följer av Europakonventionen synes vara att en sådan lösning inte ger särskilt stora möjligheter för åklagaren att underlåta åtal eller för domstolen att avbryta en inledd rättegång. (Detta synes för övrigt vara en av huvudledningarna till att det kan finnas en poäng med att skilja på materiella straffbarhetsbetingelser och "andra" straffbarhetsbetingelser.)

10. Jag är själv ännu inte övertygad om att en straffmättningslösning — kombinerad med möjlighet att meddela påföljdseftergift — skulle stå i strid med de krav som följer av Europakonventionen. Först och främst är jag inte övertygad om att Europakonventionens krav går så långt att de innebär att rättegången mot den provocerade måste förhindras/avbrytas. Vidare synes det inte vara uteslutet att också en straffmättningslösning skulle kunna få genomslag på åtalsnivå (genom en rimligt kreativ regelanvändning, understödd av skäl kopplade till Europakonventionen).

11. Det sagda betyder emellertid inte att jag har några egentliga invändningar mot det slutresultat som man når genom Högsta domstolens avgörande. Tvärtom finner jag det utmärkt att det tydligt har klargjorts att åklagare kan ha skäl att inte väcka åtal när ett begånget brott har framprovocerats på ett otillbörligt sätt. Att vi eventuellt — de relevanta rättsfallen från Europadomstolen kan onekligen läsas på flera sätt — kan ha gått något halvt steg utöver vad som krävs enligt den minimistandard som följer av Europakonventionen är naturligtvis inte något att beklaga.

4. Något om bedömningen i sak

1. Vad gäller Högsta domstolens bedömning av den aktuella provokationen skall inte göras någon fullständig genomgång av de faktorer som är eller kan antas vara av relevans. Det bör dock konstateras att Högsta domstolen tar upp följande faktorer:

- att befattningen inte sträckt sig utöver en befattning som ingick som ett naturligt led i det genom polisen initierade fingerade köpet,
- att befattningen inte heller haft annat syfte än att medverka till den framprovocerade överlåtelsen,
- att det faktum att Bo.K-v inte varit polisman inte har någon betydelse för bedömningen (eftersom han handlade helt enligt polisens instruktioner),
- att det förhållandet att en av de tilltalade inte ens hade kontakt med Bo.K-v, utan blev indragen via sina kamrater inte heller var av betydelse (eftersom ”också hans handlande [måste] anses föranlett av de provokativa åtgärder som polisen vidtagit”), samt
- att det inte fanns något som visade att de tilltalade skulle ha tagit befattning med den stulna tavlan om de inte provocerats till det genom polisens ingripande.

Vidare skall ges några kommentarer till frågeställningen och domen.

2. Allmänt och inledningsvis kan konstateras att hela bedömningen åtminstone indirekt tar sin utgångspunkt i Europadomstolens praxis där avgörandet i Teixeira de Castro är det grundläggande rättsfallet (även i senare praxis tar Europadomstolen avstamp i Teixeira de Castro).¹⁷

3. Som jag tidigare framhållit kan sägas att avgörandet i Teixeira de Castro, tyvärr, är skrivet på ett sätt som inte klargör särskilt mycket för framtiden.¹⁸ Skall man karaktärisera domskrivningstekniken så är det närmast fråga om ett klassiskt exempel på en *sammanfattande bedömning-mot-bakgrund-av-vad-som ovan-anförts*. Efter att ha nämnt ungefär tiotalet omständigheter (hur många det är beror på hur man väljer att särskilja olika omständigheter från varandra) konkluderas på följande sätt:

”In the light of all these considerations, the Court concludes...”¹⁹

4. För egen del, och det tror jag är relativt okontroversiellt, menar jag bl.a. mot den bakgrunden att domen *inte* kan läsas som en uppräknings av nödvändiga förutsättningar för att en provokation och en efterföljande rättegång skall stå i strid med artikel 6. (Detta är en slutsats som ligger helt i linje med den goda rättsfallstolkningens norm som säger att man skall vara försiktig med att tolka rättsfall e contrario.)

5. Det sagda betyder emellertid att det redan i utgångsläget finns relativt stort utrymme för olika uppfattningar om vad som är, respektive inte är, relevant vid en bedömning av huruvida den provocerades rätt till en rättvis rättegång har påverkats.

6. Till detta kommer att det kan finnas skäl att, inom ramen för svensk rätt, i någon utsträckning förhålla sig fri till Europadomstolens

¹⁷ Se t.ex. genomgången i Ramanauskas v. Litauen, dom av den 5 februari 2008 punkterna 49–61 samt de avgöranden till vilka det hänvisas i NJA-referatet s. 1060.

¹⁸ Se Asp (not 1) s. 215.

¹⁹ Se Teixeira de Castro (not 1) punkterna 38 och 39.

praxis och självständigt (naturligtvis endast i för den enskilde förmånlig riktning) bedöma vilka faktorer som bör anses vara av relevans vid bedömningen av huruvida förekomsten av brottsprovokation bör påverka den provocerades ansvar. Låt mig ta ett, kanske övertydligt, exempel:

Om man utgår från Europadomstolens praxis *skulle kunna hävdas* — jfr bl.a. punkt 38 i Teixeira de Castro — att en faktor som tillmäts betydelse vid bedömning av om provokationen påverkar rätten till en rättvis rättegång är huruvida provokationen ingått i något slags polisiär operation och övervakats av en domare. Sakskälen för denna ståndpunkt framstår emellertid som svaga eftersom det inte finns något som säger att en provokation som hanterats på detta sätt inte kan vara påtagligt otillbörlig och innefatta övertalning, påtryckningar etc. Antag t.ex. att någon genom långvarig övertalning och starka påtryckningar — t.ex. utlovande av stora förmåner till den provocerades barn — har förmåtts att förvara ett paket med narkotika under ett par dagar; blir en sådan provokation mindre otillbörlig därför att den ingår i en polisiär operation som övervakas av en domare (eller mindre otillbörlig därför att det i och för sig förelegat starka misstankar mot den provocerade innan aktionen)?

7. Mot bakgrund av sistnämnda punkt finns *för det första* anledning att — med gillande — notera att Högsta domstolen, vid bedömning av provokationens betydelse i det nu aktuella fallet, inte närmare berör frågor som gäller den polisiära hanteringen (såsom att provokation skall bygga på stark misstanke, att beslut om provokation skall dokumenteras, fattas av åklagare etc.).

8. Det kan i och för sig diskuteras vilken betydelse som kan tillmätas Högsta domstolens tystnad på denna punkt, men så mycket kan konstateras att avgörandet inte ger stöd för tanken att dylika faktorer skulle vara av betydelse vid bedömning av provokationens inverkan på de provocerades ansvar.

9. *För det andra* finns skäl att notera att avgörandet synes innebära att man inte kan inta en alltför restriktiv hållning när man skall bedöma vilka gärningar som kan sägas ha framprovocerats av myndigheterna. Högsta domstolen konstaterar sålunda att ”åtalet i målet inte i någon del sträcker sig utöver en befattning som ingick som ett naturligt led i det genom polisen initierade fingerade köpet” samt att de tilltalades befattning inte heller haft något ”annat syfte än att medverka till den framprovocerade överlåtelsen”. Dessa delar av domskälen bör, enligt min mening, åtminstone delvis läsas mot bakgrund av tingsrättens domskäl (vilka Riksåklagaren senare hänförde sig till) i vilka det bl.a. sades att de tilltalade visserligen förmåtts att ta kontakt med de personer som hade tavlan i sin besittning, men att de inte förmåtts att ta ”den befattning med tavlan som de åtalats för”. Tingsrätten argumenterade på följande sätt:

”I förevarande fall har den befattning som A.L., B.K. och D.K. tagit med tavlan sin upprinnelse i den av polisen iscensatta provokationen. Av utredningen, innefattande de tilltalades egna uppgifter, har dock framkommit att den kontakt som Bo.K-v tog och de övertalningar som härrörde från honom inte i sig föranledde dem att ta den befattning med tavlan som de åtalats för. Vad polisen, genom Bo.K-v, primärt provocerat A.L. och B.K. till är att etablera en kontakt med den eller de personer som hade tavlan i sin besittning. Beslutet att gå vidare och ta aktiv del vid överlåtelsen av tavlan har, enligt vad de själva uppgett, A.L. och B.K. tagit efter påtryckningar och hot från dem som innehade tavlan. Polisprovokationen kan således sägas i och för sig ha varit den i grunden utlösande, men inte den i slutändan avgörande orsaken till att de begick den åtalade gärningen.”

I relation till denna typ av argumentation innebär Högsta domstolens avgörande att förekomsten av provokation är relevant inte bara i förhållandet till den specifika gärning som provokationen avser (på ett explicit och uttryckligt sätt), utan också i relation till gärningar som ingår i ett naturligt led i den gärning som initieras av polisen.

10. För egen del finner jag denna hållning vara naturlig. När det gäller brottsliga förfaranden som är utsträckta i tiden och/eller någorlunda komplicerade torde man kunna utgå ifrån att det närmast regelmässigt kommer att ingå såväl åtgärder vilka den enskilde uttryckligen och specifikt har förmåtts att begå, som åtgärder vilka vidtas helt mot bakgrund av den bakomliggande provokationen (och vilka ingår som ett led i det av myndigheterna initierade förfarandet) men som ändå vidtas mer eller mindre på den provocerades eget initiativ. Om man anknyter till det aktuella fallet kan man fråga sig om det inte är verklighetsfrämmande att tänka sig att förmedling av en tavla i mångmiljonklassen skulle kunna ske uteslutande genom ensidig anstiftan å provokatörens sida (dvs. närmast på så sätt att den provocerade agerar som ett redskap i provokatörens hand). En mycket restriktiv hållning vid bedömningen av vilka gärningar som kan anses framprovocerade riskerar därför att leda till att skyddet för den enskilde blir mer eller mindre illusoriskt.

11. För det tredje kan framhållas att Högsta domstolen inte tillmätt det någon betydelse vare sig att provokationen skett genom Bo.K-v:s försorg, dvs. att de tilltalade inte haft direktkontakt med polisen, eller att en av de tilltalade inte ens haft kontakt med Bo.K-v.:

”Att Bo.K-v inte själv var polisman saknar därvid betydelse eftersom han handlade enligt polisens instruktioner. B.K. drogs, såvitt framgår av utredningen, ursprungligen in i planeringen av operationen genom A.L. Detta får dock anses vara utan betydelse för bedömningen redan med hänsyn till att han därefter, men före de åtalade gärningarna, hade upprepade kontakter med Bo.K-v angående operationens genomförande. När det gäller D.K. hade han inte någon direktkontakt med Bo.K-v utan kom att delta på uppmaning av B.K. Även om han således endast indirekt förmåtts till sin medverkan genom polisens åtgärder måste emellertid också hans handlande anses föranlett av de provokativa åtgärder som polisen vidtagit.”

Också för denna hållning synes det finnas goda skäl. Det problematiska med att förmå någon att begå ett brott ligger ju inte i själva kontakten med en person som faktiskt är polis, utan i att polisen "orsakar" den gärning som senare lagförs och ett sådant orsakande kan — precis som straffrättsliga följder i största allmänhet — begås medelst användande av "redskap" och "mellanhänder".²⁰

12. Till sist, och *för det fjärde*, bör noteras att Högsta domstolen konstaterar att det inte fanns någonting i målet som visade "att de tilltalade skulle ha tagit befattning med den stulna tavlan om de inte provocerats till det genom polisens ingripande". Att detta kan sägas trots att ett par av de tilltalade i ett tidigare skede åtalats (men frikänts) för medhjälp till den ursprungliga kuppen mot Nationalmuseum och trots de kopplingar (en av de tilltalade var Bo.K-v:s son) som fanns till Bo.K-v (som hade tillgång till "Ung parisiska") är både självklart och rimligt. Just mot denna bakgrund skulle man emellertid kunna se uttalandet som en bekräftelse på att Högsta domstolen inte godtar ett tankesätt som bygger på en uppdelning i "vi" och "dem" eller, annorlunda uttryckt, som en bekräftelse på att domstolen inte godtar ett tankesätt enligt vilket också misstankar är en god grund för straffrättslig särbehandling.

13. Samtidigt bör inte förnekas att denna del av domskälen öppnar upp för en delvis annan bedömning i fall där det kan anses visat att de provocerade "skulle ha begått gärningen" också provokationen för utan. Just denna faktor — huruvida den provocerade förmåts att begå ett brott som han eller hon *annars* inte begått — kan sägas utgöra ett slags grundtema i diskussionen kring brottsprovokation. Den framhävs som en faktor av betydelse såväl i uttalanden kring den poliserättsliga bedömningen²¹ som i uttalanden som rör betydelsen av förekomsten av provokation för den provocerades ansvar.²²

14. Det kan därför finnas skäl att reflektera något kring hur man bör förstå kravet att en provokation inte får leda till att någon begår ett "brott som han annars inte skulle ha begått".

15. Själva idén att det överhuvudtaget är möjligt att förmå någon att begå ett brott som denne också annars skulle ha begått bygger uppenbarligen på att man i de olika leden talar om delvis olika företeelser. Brott i första ledet ("begå ett brott") syftar uppenbarligen på det konkreta brott som provoceras fram, medan brott i det senare ledet (dvs. ett "brott som denna också annars skulle ha begått") syftar på en annan, mer abstrakt och hypotetisk, företeelse (exempelvis motsva-

²⁰ Jfr här *Vanyan v. Russia*, dom av den 15 december 2005 p. 49 samt *Ramanauskas v. Litauen* (not 17) punkt 57.

²¹ Se t.ex. Berggren & Munck, *Polislagen*. En kommentar, 6 uppl., Stockholm 2007 s. 64.

²² Se t.ex. *Teixeira de Castro* (not 1) punkterna 38 och 39 och *Ramanauskas v. Litauen* (not 17) punkt 73.

rande brott vid en annan tidpunkt, ett annat brott av samma brottstyp eller något liknande).

16. Ibland uttrycks motsvarande tanke genom att man säger att det är (eller bör vara) tillåtet att styra omständigheter som är indifferentia från straffrättslig synpunkt, t.ex. tid och plats för brottet, de yttre omständigheterna etc., så länge man inte uppväcker den brottsliga viljan.²³ Med utgångspunkt i det sagda kan man finna att den provocerade, trots att denne förmåtts till den konkreta tilldragelsen, inte förmåtts att begå brott (för det hade han eller hon gjort ändå).

17. Den tanke som beskrivits i de båda föregående punkterna kan ifrågasättas bl.a. med hänsyn till att den lätt leder till en diskriminerande tillämpning där den provocerades tidigareandel tillmäts betydelse på ett sätt som måste betecknas som otillbörligt. Man kan och bör ställa sig frågan: Hur vet vi egentligen att någon också annars skulle ha begått brottet?

I vissa fall — exempelvis när man kan styrka omfattande förberedelse eller ett omfattande innehav av narkotika eller hälerigods — kan man tänka sig att vi har någorlunda säker kunskap i detta hänseende. I dessa fall finns det emellertid regelmässigt annan icke framprovocerad brottslighet att falla tillbaka på varför lagföring av det framprovocerade brottet framstår som onödig.²⁴ Men hur vet vi i andra fall vad den provocerade skulle ha gjort under andra omständigheter än de som faktiskt förelåg? Det är tydligt att fråga är om en hypotetisk bedömning (vad skulle den provocerade ha gjort provokationen förutan?) som bär med sig risker som påminner om de som var kopplade till uppsåtsformen eventuellt uppsåt (med hypotetiskt prov), men i mycket starkare form.²⁵

18. Jag skall inte ytterligare utveckla mina synpunkter på frågeställningen, men det finns enligt min mening skäl till påtaglig restriktivitet när det gäller att göra bedömningar som går ut på att anse att den provocerade bara förmåtts att begå ett brott som han eller hon "ändå skulle ha begått". För att tanken skall vara i någon mening godtagbar bör det uppställas mycket stränga krav både på identiteten mellan det framprovocerade brottet (och det brott som "ändå hade begåtts") och på beviskravet vad gäller den hypotetiska aktiviteten.²⁶

²³ Jfr t.ex. Asp (not 1) s. 324 f. och SOU 2003:74 s. 151 ff.

²⁴ Man skulle generellt kunna säga att lagföring av det framprovocerade brottet framstår a) såsom onödigt i de fall det inte tillför särskilt mycket (straffvärdemässigt) i förhållande till annan brottslighet som den tilltalade gjort sig skyldig till oberoende av provokationen (och som kan styrkas) och b) såsom otillbörlig i fall där det framprovocerade brottet tillför mycket.

²⁵ Jfr här Asp (not 1) s. 152 och 324 f. för kritik mot det som i arbetet benämns den subjektiva modellen i amerikansk rätt.

²⁶ Jag menar därför att BRU:s förslag till en ny bestämmelse i 27 kap. 17 a § rättegångsbalken är alltför lösligt (och det gäller alldeles särskilt om det är tänkt att den provocerade inom den ram bestämmelsen ger skall kunna lagföras också för framprovocerade brott): "Vid förundersökning angående brott på vilket fängelse kan följa får, för att utröna omständigheter som kan vara av betydelse för utredning om brottet, åtgärder vidtas som kan föranleda någon att begå brottslig gär-

19. Om man inte iakttar denna restriktivitet har man kommit mycket långt i riktning mot en tillämpning som måste betraktas som oförenlig med grundläggande rättsstatliga principer, såsom oskuldspresumtionen och likabehandlingsprincipen. En sådan tillämpning skulle i praktiken innebära (närmast) fritt fram för brottsprovokation i förhållande till personer som relativt ofta begår brott.

5. Något om konsekvenserna för framtiden

1. Som ovan förutskickats kan det kan finnas skäl att kort beröra frågan vad Högsta domstolens avgörande innebär för möjligheterna att reglera användningen av brottsprovokation som en polisiär arbetsmetod (och därmed för den s.k. Polismetodutredningens arbete). Någon kanske skulle vilja ställa frågan om inte Högsta domstolens dom visar att tankarna på att reglera användningen av provokativa åtgärder är förfelad?

2. Frågan skall naturligtvis ställas, men det är närmast uppenbart att svaret på denna fråga är nej. Detta framgår med all önskvärd tydlighet av domen:

”I förevarande fall har det uppgivna syftet med de provokativa åtgärderna varit att dels få fram den mycket värdefulla tavlan, dels skaffa bevisning mot den eller dem som befattat sig med tavlan. Sett från dessa utgångspunkter måste det anses ha funnits goda skäl för de provokativa åtgärderna. Det ankommer emellertid inte på Högsta domstolen att ta ställning till om åtgärderna varit godtagbara som polisiär metod (jfr NJA 1985 s. 544).”

Högsta domstolen framhåller också strax innan att Europadomstolen i och för sig synes ”acceptera relativt långtgående provokationer så länge staten inte ingriper straffprocessuellt mot de personer som begått de gärningar som provocerats fram”. Man kan uttrycka det sagda på så sätt att domen — även om den innebär att förekomsten av brottsprovokation under vissa förutsättningar har *konsekvenser* av innebörd att den framprovocerade gärningen inte kan lagföras (på grund av bristande uppfyllelse av en materiell straffbarhetsförutsättning) — överhuvudtaget inte innefattar ett ställningstagande till frågan om i vilken utsträckning polisen bör få företa provokativa åtgärder.

3. Det sagda innebär dock inte att det inte finns goda skäl att beakta såväl domen, som bakomliggande praxis från Europadomstolen, när man bedömer i vilken utsträckning det finns skäl att tillåta användningen av provokativa åtgärder. Bl.a. måste, vid bedömning av vad som står att vinna på bruket av provokativa åtgärder, beaktas att

ning, om det kan antas att denne skulle komma att begå samma eller liknande gärning även om åtgärderna inte vidtas.” Jfr dock vad som ovan sagts om att frågorna (frågan om i vilken utsträckning provokation som polisiär arbetsmetod och frågan om provokationens påverkan på den provocerades ansvar) i princip är särskilda; jfr även de kortfattade synpunkter som förs fram i avsnitt 5 strax nedan.

åtgärderna inte alltid kan användas på det sätt som framstår som ”effektivast”.

4. Man kan exempelvis ifrågasätta om det (överhuvudtaget) kan finnas skäl att tillåta polisen att vidta åtgärder som är av den karaktären att de oåterkalleligen berövar den som utsätts för åtgärden dennes rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen. Alldeles uppenbart är att en sådan åtgärd är meningslös om huvudsyftet är att lagföra den provocerade för det framprovocerade brottet; för detta sätter ju Europakonventionen stopp.

5. Det bör emellertid inte från början uteslutas att en sådan åtgärd kan ha andra syften — t.ex. att återbörda något stulet, att frita personer som hålls som gisslan etc. — och att det någon gång kan finnas skäl att tillåta åtgärden för att uppnå dessa syften också om man vet att den provocerade inte kommer att kunna lagföras för eventuella framprovocerade brott. Att vi nu öppet godtar att förekomsten av brottsprovokation på ett ganska genomgripande sätt kan påverka möjligheterna att lagföra den provocerade innebär, med andra ord, inte med nödvändighet att sådan provokation *alltid* måste betraktas som otillåten i ett polisiärt perspektiv. Det är *möjligt* att man bör se saken på så sätt, men det bör i så fall motiveras varför denna koppling mellan frågorna skall göras.

6. Man skulle kanske rent av kunna säga att den ökade klarheten gällande konsekvenserna av vissa typer av provokativa åtgärder faktiskt gör det lättare att *tillåta* polisen att använda provokativa åtgärder: förutsättningarna för diskussionen är tydligare; vi vet vilka korrektiv som finns inom ramen för en eventuell process mot den provocerade. Jag vill på intet sätt förespråka en ”vi-kan-ju-alltid-korrigera-de-dumheter-vi-eventuellt-har-gjort-oss-skyldiga-till-lösning” — frågan om polisens arbetsmetoder har många dimensioner och är för viktig för att hanteras på ett sådant sätt — men det synes inte kunna förnekas att klarhet gällande konsekvenserna innebär undanröjande av en osäkerhet som annars *i sig* hade varit ett skäl till försiktighet.²⁷

6. Avslutning

1. Jag har i det föregående fokuserat på vad avgörandet innebär i sak, dvs. på dess betydelse för provokationsproblematiken. Ser man det samma i ett större perspektiv som omfattar en kronologi på ungefär 20 år — vilket kan te sig naturligt för en person som studerade juridik innan inkorporeringen av Europakonventionen var ett faktum — kan avgörandet ses som (ännu) en mycket konkret och illustrativ påminnelse om betydelsen av de ganska genomgripande förändringar som den svenska rättsordningen genomgått under de senaste femton åren.

2. Detta perspektiv på avgörandet är på sitt sätt kanske alltför uppenbart och därmed litet billigt att komma dragandes med; likväl är

²⁷ Jfr här Asp (not 1) s. 330 och (låt vara att jag har svårt att förstå de kritiska synpunkter som där framförs) Axberger (not 1) s. 78.

det svårt att inte känna viss fascination över utvecklingen. Det är ungefär som när man, efter att ha passerat hundratals flygplatser, flygplan och destinationer, åter stannar upp och fascineras av att plåtburken med alla dessa kilon faktiskt lyfter...