

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 28 december 2007

Mål nr

B 5039-06

I

KLAGANDE

Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

MOTPARTER

1. BK

Ombud och offentlig försvarare: Advokat GF

2. DK

Ombud och offentlig försvarare: Advokat TR

3. AL

Ombud och offentlig försvarare: Advokat PL

II

KLAGANDE

AL

Ombud och offentlig försvarare: Advokat PL

MOTPART

Riksåklagaren
Box 5553
114 85 Stockholm

SAKEN

Häleri

ÖVERKLAGADE AVGÖRANDET

Svea hovrätts dom den 13 november 2006 i mål B 830-06

DOMSLUT

Med ändring av hovrättens dom lämnar Högsta domstolen åtalen mot AL, BK och DK utan bifall.

För biträde åt AL i Högsta domstolen tillerkänns PL ersättning av allmänna medel med trettioentusensexhundraåttio (31 680) kr avseende arbete. Denna kostnad skall stanna på staten. I ersättningen ingår mervärdesskatt med 6 336 kr.

För biträde åt BK i Högsta domstolen tillerkänns GF ersättning av allmänna medel med trettioetusetrettio (33 030) kr, varav 31 680 kr för arbete, 1 212 kr och 50 öre för tidsspillan och 137 kr och 50 öre för utlägg. Denna kostnad skall stanna på staten. I ersättningen ingår mervärdesskatt med 6 606 kr.

För biträde åt DK i Högsta domstolen tillerkänns TR ersättning av allmänna medel med trettioetusensjuhundra sextioåtta (31 768) kr, varav 30 360 kr för arbete, 909 kr för tidsspillan och 500 kr för utlägg. Denna kostnad skall stanna på staten. I ersättningen ingår mervärdesskatt med 6 353 kr.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

Riksåklagaren har yrkat att Högsta domstolen, med ändring av hovrättens dom, bestämmer påföljden för envar av AL, BK och DK till fängelse.

AL, BK och DK har bestritt riksåklagarens ändringsyrkande.

AL har yrkat att han helt frikänns från ansvar.

Riksåklagaren har bestritt AL ändringsyrkande.

DOMSKÄL

Högsta domstolen finner inte skäl att göra annan bedömning än hovrätten när det gäller frågan om vad som är styrkt i målet. Det innebär att utgångspunkten för prövningen är att AL, BK och DK tagit befattning med den aktuella tavlan i den omfattning som framgår av gärningsbeskrivningen, dock att BK har överlämnat paketet innehållande tavlan till MF någon eller några veckor före den 15 september 2005. Det innebär vidare att AL, BK och DK varit medvetna om att det var den från Nationalmuseum tillgripna tavlan "Självporträtt" som de befattat sig med. Såväl de objektiva som de subjektiva rekvisiten för häleribrott är således uppfyllda.

Samtliga åtalade har mot åtalet invänt att de inte skulle ha begått de åtalade gärningarna om de inte blivit provocerade till detta genom polisen. Frågan i Högsta domstolen är om, och i så fall hur, den provokation som ostridigt förekommit skall påverka bedömningen av åtalet.

Användningen av provokativa åtgärder i polisens brottsbekämpande verksamhet är inte reglerad i lag. Såvitt gäller en provocerads ansvar anförde Högsta domstolen i rättsfallet NJA 1989 s. 498 att det förhållandet att någon påverkats till att begå ett brott genom sådan åtgärd från polisens eller annan brottsbekämpande myndighets sida som syftar till att förmå honom att röja egen eller annans brottslighet i princip inte inverkar på gärningens straffbarhet. Grund för strafflindring skulle emellertid enligt Högsta domstolens uttalande i NJA 1985 s. 544 kunna tänkas föreligga, om polisen använder sig av metoder som fram-

står som uppenbart otillbörliga, t.ex. om polisen själv deltar i brottslig gärning och i samband därmed förmår någon att begå ett brott som denne sannolikt annars aldrig skulle ha begått.

Frågan om betydelsen av att polisen använt provokativa åtgärder har varit föremål för ett antal avgöranden i Europadomstolen [*Lüdi v. Switzerland* (judgment of 15 June 1992, Series A no. 238), *Teixeira de Castro v. Portugal* (judgment of 9 June 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV), *Calabrò v. Italy and Germany* ((dec.), no. 59895/00, ECHR 2002-V), *Sequeira v. Portugal* ((dec.), no. 73557/01, ECHR 2003-VI), *Edwards and Lewis v. the United Kingdom* [GC], nos. 39647/98 and 40461/98, ECHR 2004-X, *Vanyan v. Russia*, no. 53203/99, 15 December 2005, *Khudobin v. Russia*, no. 59696/00, 26 October 2006, *Stoimenov v. The former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 17995/02, 5 April 2007, *V v. Finland*, no. 40412/98, 24 April 2007]. Det har därvid bl.a. gällt mål där en prövning skett om lagföring efter vidtagna provokativa åtgärder inneburit en kränkning av artikel 6 i Europakonventionen om rätten till en rättvis rättegång. Genom sina avgöranden har Europadomstolen lagt fast de minimikrav som skall gälla när de nationella domstolarna i konkreta fall skall bedöma betydelsen av vidtagna provokativa åtgärder. Det är alltså dessa avgöranden från Europadomstolen som Högsta domstolen närmast har att utgå från vid prövningen av det nu aktuella målet. Frågan blir då hur Europadomstolens praxis skall tolkas.

I fallet *Teixeira de Castro* hade två polisinfiltratörer förmått en man att sälja narkotika till dem. Mannen greps när han skulle överlämna narkotikan till poliserna och dömdes sedan till sex års fängelse. Han gjorde i

Europadomstolen gällande att han hade provocerats att begå brottet och att han därför inte hade fått en rättvis rättegång. Domstolen fann att polisernas agerande gått utöver att vara infiltratörer (undercover agents) eftersom de anstiftat (instigated) brottet och att det inte fanns något som tydde på att brottet utan deras ingripande skulle ha begåtts. Deras ingripande och användningen av ingripandet i brottmålsförfarandet innebar att mannen redan från början (right from the outset) och definitivt (definitively) varit berövad möjligheten att få en rättvis rättegång (p. 39). Det förelåg därför ett brott mot artikel 6 i Europakonventionen.

Även i fallet *Vanyan* konstaterade Europadomstolen att det hade skett ett brott mot artikel 6 i Europakonventionen. Inget tydde på att en person skulle ha begått ett visst narkotikabrott om inte en vän till honom som arbetade efter instruktioner från polisen hade provocerat fram (incited) brottet. Domstolen uttalade att rättvisan i rättegången blivit oåterkalleligen (irremediably) undergrävd (p. 49).

Avgörande för om förekomsten av provokation skall anses innebära att rätten till en rättvis rättegång blivit *oåterkalleligen* undergrävd är således enligt Europadomstolens praxis om infiltratören agerat enbart som sådan eller om denne därutöver provocerat fram ett brott som den provocerade annars inte skulle ha begått. En annan slutsats man kan dra av Europadomstolens praxis är att domstolen gör en klar åtskillnad mellan tillåtligheten av provokationen som sådan och möjligheten att lagföra den provocerade. Europadomstolen synes i och för sig acceptera relativt långtgående provokationer så länge staten inte ingriper straffprocessuellt mot de

personer som begått de gärningar som provocerats fram.

Vad som nu nämnts innebär alltså att det i många situationer inte strider mot Europakonventionen att vidta provokativa åtgärder. Här bortses då från att vissa åtgärder kan utgöra kränkningar enligt andra artiklar i Europakonventionen än artikel 6, t.ex. rätten i artikel 8 till skydd för privat- och familjeliv. Vidare torde det inte föreligga något hinder mot lagföring för brott som kan anses ligga utanför provokationen, t.ex. om den provocerade köpt och förmedlat mer narkotika än vad som omfattats av provokationen. Inte heller torde det kunna anses otillåtet att lagföra någon för t.ex. överlåtelse av narkotika även när en infiltratör uppträtt som köpare om omständigheterna är sådana att säljaren ändå skulle ha överlåtitt narkotikan men inte på just det sättet (jfr *Calabrò*, *Sequeira* och *Stoimenov*).

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 i detta sammanhang ta ställning till om åtgärderna varit godtagbara som polisiär metod (jfr NJA 1985 s. 544).

Frågan är i stället om det varit tillåtet att åtala och sedermera döma AL, BK och DK för de häleribrott som de gjort sig skyldiga till.

Vid bedömningen av detta kan först konstateras 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. Åklagaren har således inte gjort gällande att någon av de tilltalade har tagit befattning med tavlan innan polisen genom X inledde sina försök att få till stånd ett fingerat köp och inte heller att den befattning de därefter tagit med tavlan har haft något annat syfte än att medverka till den framprovocerade överlåtelsen.

Frågan är därefter om samtliga tre tilltalades handlande har föränletts av de provokativa åtgärder som polisen vidtagit. Försöket att arrangera en fingerad överlåtelse av tavlan inleddes genom att X tog kontakt med AL. Att X inte själv var polisman saknar därvid betydelse eftersom han handlade enligt polisens instruktioner. BK drogs, såvitt framgår av utredningen, ursprungligen in i planeringen av operationen genom AL. 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 X angående operationens genomförande. När det gäller DK hade han inte någon direktkontakt med X utan kom att delta på uppmaning av BK. Även om han således endast indirekt förmåtts till sin medverkan genom polisens åtgärder måste emellertid också hans handlande anses föränlett av de provokativa åtgärder som polisen vidtagit. Det finns inte någonting i målet som visar att de tilltalade skulle ha tagit befattning med den stulna tavlan om de inte provocerats till det genom polisens ingripande. ALs, BKs och DKs rätt till en rättvis rättegång måste därför anses ha blivit oåterkalleligen undergrävd som en direkt följd av polisens åtgärder.

Slutligen blir frågan hur de provokativa åtgärderna skall beaktas i målet.

I doktrinen har olika uppfattningar framförts i frågan om på vilket sätt provokativa åtgärder bör beaktas och vilka krav som Europakonventionen ställer i det avseendet. Synpunkter har framförts om att provokationerna bör beaktas som ett processhinder eller en ansvarsfrihetsgrund, att domstolen skall vara förhindrad att använda sig av den bevisning som provocerats fram och att provokationerna skall utgöra skäl för strafflindring eller påföljdseftergift. (Jfr bl.a. SOU 2003:74 s. 158 ff. med där anmärkta hänvisningar.)

I de fall då rätten till en rättvis rättegång får anses ha blivit oåterkalleligen undergrävd som en direkt följd av de provokativa åtgärderna torde det enligt Europadomstolens praxis föreligga en skyldighet för de nationella domstolarna att avbryta ett straffrättsligt förfarande så snart det visar sig att ett brott föreligger mot artikel 6 i Europakonventionen. Två olika möjligheter står härvid till buds. Antingen kan domstolen avvisa talan eller också utan vidare prövning lämna åtalet utan bifall. Enligt det förra alternativet skulle polisprovokationen uppfattas som ett rättegångshinder medan den enligt det senare betraktas som en bristande materiell straffbarhetsbetingelse.

Om man endast ser till det skyddsändamål som artikel 6 har och den betoning som Europadomstolen i sina avgöranden gjort av bevisningens tillåtlighet kan det förra alternativet framstå som naturligt. Varken konventionen eller Europadomstolens avgöranden kan emellertid anses innebära något krav på att efterlevnaden av konventionen skall tryggas i någon viss ordning. Såvitt avser

polisprovokation är det väsentliga att domstolen har möjlighet att avbryta ett inlett förfarande. Om detta sker genom att talan avvisas eller genom att den lämnas utan bifall är däremot från konventionsenlighetsynpunkt likgiltigt.

Enligt svensk rätt gäller, i motsats till vad som gäller i många andra länders rättssystem, principen om fri bevisföring (35 kap. 1 § rättegångsbalken). Det framstår från den synpunkten som främmande att i svensk rätt behandla Europakonventionens förbud mot lagföring vid polisprovokation som en följd av ett bevisförbud. Det är vidare svårt att överblicka vilka konsekvenser ett sådant synsätt skulle kunna få när det gäller den principiella uppbyggnaden av bevisrätten i övrigt. Det förtjänar också beaktas att en lösning med avvisning i de här aktuella fallen skulle kunna medföra processuella konsekvenser som framstår som mindre lämpliga. Av Europadomstolens praxis framgår att avvisningen inte skulle kunna begränsas till att avse viss åberopad bevisning utan avse åtalet i dess helhet. Detta innebär att för det fall att åklagaren överklagar beslutet är högre rätt förhindrad att ingå i någon materiell prövning. Skulle högre rätt finna att avvisningsbeslutet är felaktigt måste målet således återförvisas till lägre rätt trots att det processmaterial som krävs för att pröva avvisningsfrågan i vart fall i allt väsentligt torde vara detsamma som vid en materiell prövning av åtalet.

Mot en ordning enligt vilken ett åtal vid polisprovokation inte avvisas utan lämnas utan bifall kan invändas att konventionens förbud mot lagföring inte på något sätt grundar sig på att förekomsten av provokation skulle göra att den

provocerade gärningen bör ses som rättsenlig eller ursäktad. Att gärningen inte skulle anses utgöra brott är således något som inte krävs av konventionen och som inte heller 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.

Vid en samlad bedömning synes övervägande skäl tala för att i sådana fall som Europadomstolens praxis avser, polisprovokation enligt svensk rätt bör betraktas som en bristande materiell straffbarhetsbetingelse. Något direkt lagstöd för en sådan tillämpning finns visserligen inte men inte heller något lagligt hinder mot att på detta sätt tillgodose de krav som följer av Europakonventionen och den praxis som Europadomstolen utvecklat.

Det bör betonas att vad som nu 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 §§ brottsbalken. Dessa bestämmelser lämnar emellertid inte utrymme för att avbryta ett inlett brott-

målsförfarande 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 berörts.

Som tidigare konstaterats måste ALs, BKs och DKs rätt till en rättvis rättegång anses ha blivit oåterkalleligen undergrävd. Det har därför inte förelegat förutsättningar för att åtala och döma dem för de nu aktuella häleribrotten. Åtalen mot AL, BK och DK skall därför lämnas utan bifall. Att BK och DK inte överklagat hovrättens dom utgör inte hinder häremot.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Dag Victor, Torgny Håstad, Ella Nyström, Per Virdesten (referent) och Anna Skarhed
Föredragande revisionssekreterare: Anna Flodin