

Särskilda spaningsmetoder

Slutbetänkande av Polismetodutredningen

Stockholm 2010



STATENS OFFENTLIGA
UTREDNINGAR

SOU 2010:103

SOU och Ds kan köpas från Fritzes kundtjänst. För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Fritzes Offentliga Publikationer på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

Beställningsadress:
Fritzes kundtjänst
106 47 Stockholm
Orderfax: 08-598 191 91
Ordertel: 08-598 191 90
E-post: order.fritzes@nj.se
Internet: www.fritzes.se

Svara på remiss. Hur och varför. Statsrådsberedningen (SB PM 2003:2, reviderad 2009-05-02)
– En liten broschyr som underlättar arbetet för den som ska svara på remiss.
Broschyren är gratis och kan laddas ner eller beställas på
<http://www.regeringen.se/remiss>

Textbearbetning och layout har utförts av Regeringskansliet, FA/kommittéservice.

Tryckt av Elanders Sverige AB
Stockholm 2010

ISBN 978-91-38-23505-8
ISSN 0375-250X

Till statsrådet och chefen för Justitiedepartementet

Genom beslut den 20 december 2007 bemyndigade regeringen chefen för Justitiedepartementet att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att överväga vissa straffprocessuella och polisrättsliga frågor angående de brottsbekämpande myndigheternas dolda spanings- och utredningsverksamhet.

Särskild utredare har varit chefsrådmannen Stefan Reimer.

Professorn Petter Asp (Stockholms universitet) har fr.o.m. den 18 mars 2010 varit sakkunnig i utredningen.

I utredningen har deltagit ett flertal experter vars namn framgår av bifogad förteckning.

Sekreterare i utredningen har varit dåvarande ämnesrådet Per Lagerud (t.o.m. den 31 juli 2010) och hovrättsassessorn Martin Persson.

Utredningen har tagit namnet Polismetodutredningen (Ju 2008:01).

I januari 2009 överlämnade utredningen delbetänkandet *En mer rättssäker inhämtning av elektronisk kommunikation i brottsbekämpningen* (SOU 2009:1).

Utredningen överlämnar härmed slutbetänkandet *Särskilda spaningsmetoder* (SOU 2010:103).

Stockholm i december 2010

Stefan Reimer

/Martin Persson

Förteckning över experter

Professorn Petter Asp, Stockholms universitet
(fr.o.m. den 13 mars 2008 t.o.m. den 17 mars 2010)

Dåvarande kanslichefen Joel Brorsson, Säkerhets- och integritets-
skyddsämnden (fr.o.m. den 13 mars 2008 t.o.m. den 12 septem-
ber 2010)

Sakkunnige Ingvar Carlsson, Tullverket (fr.o.m. den 13 mars 2008)

Kanslirådet Karin Erlingsson, Justitiedepartementet
(fr.o.m. den 1 juni 2010)

Kriminalkommissarien Sven-Olov Gustafsson, Rikskriminalpolisen
(fr.o.m. den 13 mars 2008 t.o.m. den 20 september 2010)

Numera departementsrådet Lotta Hardvik Cederstierna, Justitie-
departementet (fr.o.m. den 13 mars 2008 t.o.m. den 25 januari 2009)

Numera ämnesrådet Irja Hed, Justitiedepartementet
(fr.o.m. den 13 mars 2008 t.o.m. den 31 augusti 2010)

Numera chefsåklagaren Katarina Johansson Welin, Åklagarmyndig-
heten (fr.o.m. den 13 mars 2008)

Chefsjuristen Lars-Åke Johansson, Säkerhetspolisen
(fr.o.m. den 13 mars 2008)

Dåvarande hovrättsrådet Stefan Johansson, Svea hovrätt
(fr.o.m. den 9 december 2009 t.o.m. den 28 april 2010)

Dåvarande ämnesrådet Per Lagerud, Justitiedepartementet
(fr.o.m. den 1 februari 2008)

Kriminalkommissarien Håkan Morin, Rikskriminalpolisen
(fr.o.m. den 1 januari 2010)

Advokaten Tomas Nilsson, Sveriges Advokatsamfund
(fr.o.m. den 13 mars 2008)

Verksjuristen Camilla Philipson Watz, Post- och telestyrelsen
(fr.o.m. den 13 mars 2008 t.o.m. den 25 januari 2009)

Dåvarande chefsjuristen Monica Rodrigo, Ekobrottsmyndigheten
(fr.o.m. den 13 mars 2008 t.o.m. den 19 maj 2010)

Vice chefsåklagaren Katarina Ringertz, Ekobrottsmyndigheten
(fr.o.m. den 20 maj 2010)

Kanslirådet Susanne Södersten, Justitiedepartementet
(fr.o.m. den 1 juni 2010)

Polisöverintendenten Anders Thornberg, Säkerhetspolisen
(fr.o.m. den 13 mars 2008)

Polismästaren Peter Tjäder, Polismyndigheten i Skåne
(fr.o.m. den 16 mars 2009 t.o.m. den 8 december 2009)

Innehåll

Förkortningar	17
Sammanfattning	19
1 Författningsförslag	27
1.1 Förslag till lag (0000:00) om särskilda inhämtningsåtgärder i de brottsbekämpande myndigheternas verksamhet.....	27
1.2 Förslag till lag om ändring i rättegångsbalken	44
1.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:980) om tillsyn över viss brottsbekämpande verksamhet	45
1.4 Förslag till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).....	46
1.5 Förslag till förordning om ändring i förundersökningskungörelsen (1947:948)	48
1.6 Förslag till förordning om ändring i förordningen (2003:396) om elektronisk kommunikation	49
1.7 Förslag till förordning om ändring i offentlighets- och sekretessförordningen (2009:641)	50
2 Utredningens uppdrag och arbete	53
2.1 Utredningens uppdrag.....	53
2.2 Delbetänkandet	54

2.3	Utredningens arbete.....	54
2.4	Vissa avgränsningar av utredningens arbete	55
3	Rättslig bakgrund och allmänna utgångspunkter	59
3.1	Den rättsliga bakgrunden.....	59
3.1.1	Regeringsformen.....	59
3.1.2	Förstärkning av skyddet i regeringsformen	61
3.1.3	Begränsning av rättigheterna i regeringsformen	62
3.1.4	Europakonventionen	63
3.1.5	De brottsbekämpande myndigheternas rätt att samla information	65
3.1.6	De brottsbekämpande myndigheternas behandling av personuppgifter.....	67
3.1.7	Principen om att etern är fri.....	73
3.1.8	Integritetsskyddskommittén.....	74
3.2	Några tidigare utredningsarbeten.....	77
3.3	Några allmänna utgångspunkter för utredningen	77
3.3.1	Inledning.....	77
3.3.2	Några grundläggande principer.....	78
3.3.3	Utgångspunkter för utformningen av ett nytt regelverk	80
4	Infiltrationsoperationer	83
4.1	Uppdraget	83
4.2	De brottsbekämpande myndigheternas användning av infiltrationsoperationer	85
4.2.1	Allmänt om de brottsbekämpande myndigheternas uppgifter	85
4.2.2	Brottsbekämpande myndigheters underrättelseverksamhet.....	86
4.2.3	Särskilt om Säkerhetspolisens verksamhet	87
4.2.4	Polisens användning av infiltrationsoperationer	88
4.2.5	Säkerhetspolisens användning av infiltrationsoperationer.....	89
4.2.6	Tullverkets användning av infiltrationsoperationer.....	90

4.2.7	Ekobrottsmyndighetens användning av infiltrationsoperationer	91
4.3	Tidigare uttalanden angående användningen av infiltration som arbetsmetod.....	91
4.3.1	Förarbetena till polislagen.....	91
4.3.2	11 september-utredningen	92
4.3.3	Lagen om kvalificerade skyddsidentiteter.....	93
4.4	Internationell utblick.....	94
4.4.1	Danmark.....	94
4.4.2	Finland.....	94
4.4.3	Norge.....	95
4.4.4	Nederländerna.....	96
4.4.5	Storbritannien	96
4.4.6	Tyskland.....	97
4.4.7	Förenta staterna.....	97
4.5	Överväganden	100
4.5.1	Begreppet infiltration	100
4.5.2	Polisens användning av infiltration.....	102
4.5.3	Säkerhetspolisens användning av infiltration.....	106
4.5.4	Vissa problem med användningen av infiltration	110
4.5.5	Användningen av infiltration som spaningsmetod och behovet av reglering.....	111
4.5.6	Vissa särskilda frågor i anslutning till infiltration.....	117
5	Provokativa åtgärder	123
5.1	Bakgrund	123
5.1.1	Uppdraget	123
5.1.2	Vad är en provokativ åtgärd?	124
5.1.3	Användningen av provokativa åtgärder inom brottsbekämpande myndigheter.....	126
5.1.4	Förutsättningarna för användning av provokativa åtgärder som polisiär arbetsmetod.....	129
5.1.5	Gränsdragning mellan tillåten och otillåten provokation.....	130
5.1.6	Den provocerades ansvar.....	132
5.1.7	Provokatörens ansvar	137

5.1.8	Europadomstolens praxis (särskilt vad avser rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen)	137
5.2	Internationell utblick	144
5.2.1	Danmark	144
5.2.2	Finland	144
5.2.3	Norge	145
5.2.4	Nederländerna	146
5.2.5	Förenta staterna	147
5.3	Överväganden och förslag	148
5.3.1	Övergripande överväganden om provokativa åtgärder	148
5.3.2	I vilken utsträckning krävs en lagreglering avseende användningen av provokativa åtgärder?	155
5.3.3	När bör provokativa åtgärder som riskerar att föranleda någon att begå brott få vidtas?	158
5.3.4	Provokativa åtgärder i underrättelseverksamhet	164
5.3.5	Beslut om provokativa åtgärder	166
5.3.6	Dokumentation	168
5.3.7	Konsekvenser för provokatörens straffrättsliga ansvar	168
5.3.8	Den straffrättsliga bedömningen av ett framprovocerat brott	169
6	Annars brottsliga gärningar	173
6.1	Uppdraget	173
6.2	Gällande rätt	173
6.3	Internationell utblick	175
6.3.1	Danmark	175
6.3.2	Finland	176
6.3.3	Norge	177
6.3.4	USA	179
6.4	Överväganden och förslag	180
6.4.1	Övergripande överväganden	180
6.4.2	Allmän ansvarsfrihetsgrund eller tillståndssystem?	184
6.4.3	Vilka gärningar bör straffritt kunna förövas?	186

6.4.4	Sanktionsavgifter	194
6.4.5	Vem ska kunna få tillstånd?	195
6.4.6	Vem ska pröva frågor om tillstånd?.....	196
6.4.7	Hur ska ett tillstånd utformas?.....	198
6.4.8	Regleringens karaktär	199
6.4.9	En kompletterande ansvarsfrihetsregel.....	201
6.4.10	Övergång från underrättelseverksamhet till förundersökning	202
6.4.11	Tillsyn.....	204
7	Tvångsmedelsliknande åtgärder	205
7.1	Bakgrund	205
7.1.1	Uppdraget	205
7.1.2	Gällande rätt.....	206
7.2	Internationell utblick.....	211
7.2.1	Danmark.....	211
7.2.2	Finland.....	211
7.2.3	Norge.....	212
7.2.4	Tyskland.....	213
7.3	Överväganden och förslag.....	213
7.3.1	Behovet av en reglering	213
7.3.2	Tillträde till vissa utrymmen	215
7.3.3	Underrättelseskyldighet vid beslag.....	217
8	Biträde av enskilda.....	219
8.1	Bakgrund	219
8.1.1	Uppdraget	219
8.1.2	Enskildas biträde till brottsbekämpande myndigheter	219
8.2	Internationell utblick.....	221
8.2.1	Danmark.....	221
8.2.2	Finland.....	221
8.2.3	Norge.....	222
8.2.4	Nederländerna.....	222
8.2.5	Storbritannien	222

8.3	Överväganden och förslag	223
8.3.1	Behöver anlitandet av enskilda personer lagregleras?	223
8.3.2	I vilken utsträckning bör enskilda personer få anlitas i samband med infiltrationsoperationer och provokativa åtgärder?	228
8.3.3	Särskilt om Säkerhetspolisens användning av källor	231
9	Undantag från åtalsplikt m.m.	235
9.1	Uppdraget	235
9.2	Gällande rätt	236
9.2.1	Allmänt om polisens uppgifter och skyldighet att ingripa	236
9.2.2	Polisingripanden.....	237
9.2.3	Rapporteringsskyldighet och rapporteftergift	239
9.2.4	Interimistisk passivitet.....	240
9.2.5	Förundersöknings- och åtalsplikt	241
9.2.6	Åtalsunderlåtelse	243
9.3	Tidigare utredningar.....	243
9.4	Internationell utblick	245
9.5	Överväganden och förslag	246
10	Ljudupptagning, bildupptagning och lokalisering av person	257
10.1	Bakgrund.....	257
10.1.1	Upptagning av ljud.....	257
10.1.2	Upptagning av bild.....	258
10.1.3	Utröna lokalisering	259
10.2	Internationell utblick	261
10.2.1	Danmark.....	261
10.2.2	Finland	263
10.2.3	Norge	264
10.3	Behovet av en reglering.....	265
10.4	Närmare om åtgärderna	268

10.5	Upptagning av ljud.....	271
10.5.1	Vad ska befogenhetsregleringen avse?	271
10.5.2	När ska befogenheten få användas?	273
10.5.3	Vem ska fatta beslut?	277
10.6	Bildupptagning av hem och korrespondens	279
10.6.1	Vad ska befogenheten avse?	279
10.6.2	När ska befogenheten få användas?	280
10.6.3	Vem ska fatta beslut?	282
10.7	Lokalisering av person	283
10.7.1	Vad ska befogenheten avse?	283
10.7.2	När ska befogenheten få användas?	286
10.7.3	Vem ska fatta beslut?	287
10.8	Installation m.m. av lokaliseringsutrustning	288
10.8.1	Behovet av en reglering	288
10.8.2	Vad ska befogenheten avse?	289
10.8.3	Vem ska fatta beslut?	291
10.9	Vissa gemensamma bestämmelser.....	292
11	Identifiering och störning av mobil elektronisk kommunikationsutrustning m.m.....	295
11.1	Bakgrund	295
11.1.1	Uppdraget	295
11.1.2	Användning av egen utrustning för att identifiera mobil elektronisk kommunikationsutrustning m.m.....	295
11.1.3	Störning av mobil elektronisk kommunikation m.m.....	297
11.1.4	Användning av IMSI-catcher i vissa andra länder	298
11.1.5	Användning av störsändare i vissa andra länder.....	299
11.2	Överväganden och förslag.....	299
11.2.1	Vad ska befogenheten avse?	299
11.2.2	När ska befogenheten få användas?	303
11.2.3	Vem ska fatta beslut?	306
11.3	Vissa gemensamma bestämmelser.....	309

12	Rättssäkerhetsgarantier och vissa övriga frågor	311
12.1	En ny beslutsinstans för underrättelseverksamhet.....	311
12.1.1	Behovet av en ny beslutsinstans	311
12.1.2	Nämndens organisation och arbetsformer.....	313
12.2	Överprövning m.m.....	315
12.3	Offentliga ombud.....	316
12.4	Underrättelse till enskild	317
12.4.1	Allmänt om underrättelseskyldighet	318
12.4.2	Underrättelseskyldighet vid förundersökning.....	318
12.4.3	Underrättelseskyldighet i underrättelseverksamhet.....	321
12.5	Tillsyn	322
12.6	Regeringens redovisning till riksdagen	324
12.7	Frågor om sekretess och tystnadsplikt	325
12.7.1	Sekretess	325
12.7.2	Rätten att meddela och offentliggöra uppgifter.....	327
12.8	Bestämmelsernas tillämplighet för de brottsbekämpande myndigheterna.....	328
13	Ikraftträdande och övergångsbestämmelser	331
14	Kostnads- och konsekvensanalys	333
14.1	Inledning.....	333
14.2	Ekonomiska konsekvenser för staten	333
14.3	Konsekvenser för brottsligheten.....	335
14.4	Övriga konsekvenser.....	336
15	Författningskommentar	337
15.1	Förslaget till lag (0000:00) om särskilda inhämtningsåtgärder i de brottsbekämpande myndigheternas verksamhet	337

15.2	Förslaget till lag om ändring i rättegångsbalken	399
15.3	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:980) om tillsyn över viss brottsbekämpande verksamhet	400
15.4	Förslaget till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).....	401
15.5	Förslaget till förordning om ändring i förundersökningskungörelsen (1947:948)	402
15.6	Förslaget till förordning om ändring i förordningen (2003:396) om elektronisk kommunikation	402
15.7	Förslaget till förordning om ändring i offentlighets- och sekretessförordningen (2009:641)	403
	Särskilt yttrande	405

Bilagor

1	Kommittédirektiv 2007:185	409
2	Kommittédirektiv 2008:91	423
3	Expert report to the Inquiry on Certain Police Methods by Professor Iain Cameron	425
4	Expertrapport åt Polismetodutredningen Av professor Iain Cameron I svensk översättning	493

Förkortningar

Bet.	Betänkande
BrB	Brottsbalken
BRU	Beredningen för rättsväsendets utveckling (Ju 2000:13)
Dir.	Kommittédirektiv
Ds	Betänkande i departementsserien
JK	Justitiekanslern
JO	Riksdagens ombudsmän (Justitieombudsmannen) eller Justitieombudsmännens ämbetsberättelse
JuU	Justitieutskottet
KU	Konstitutionsutskottet
LEK	Lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation
LIRB	Lagen (2000:562) om internationell rättslig hjälp i brottmål

NJA	Nytt Juridiskt Arkiv avd I
NOU	Norges offentlige utredninger
OSL	Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)
Ot.prop.	Odelstingsproposisjon (i Norge)
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
RP	Regeringens Proposition (i Finland)
RT	Norsk Retstidene (i Norge)
RåR	Riksåklagarens riktlinjer
SOU	Statens offentliga utredningar

Sammanfattning

Uppdrag

Polismetodutredningen har haft i uppdrag att utifrån rättssäkerhets- och integritetsskyddsaspekter, förhållanden i andra länder och det internationella brottsbekämpande samarbetet, överväga vissa straffprocessuella och polisrättsliga frågor angående de brottsbekämpande myndigheternas dolda spanings- och utredningsverksamhet.

De särskilda spaningsmetoder som utredningen har haft i uppdrag att överväga närmare är infiltration, provokativa åtgärder samt den användning av tekniska spaningshjälpmedel som för närvarande sker med stöd av de allmänna befogenheterna i bl.a. polislagen (1984:387).

Utredningens utgångspunkter

En grundläggande utgångspunkt för förslagen är att de dels ska syfta till att upprätthålla en effektiv brottsbekämpande verksamhet, dels att förstärka och bygga ut rättssäkerheten och integritetsskyddet vid bruket av särskilda spaningsmetoder.

Utredningen har haft skyddet för hemmet, privatlivet och korrespondensen i artikel 8 Europakonventionen samt det förstärkta integritetsskyddet i regeringsformen (se 2 kap. 6 § andra stycket RF i dess lydelse från och med den 1 januari 2011) som utgångspunkter för analysen och bedömningen av hur regelverket närmare bör vara utformat.

Utredningen har inte funnit att de åtgärder som vidtas med stöd av dagens regelverk skulle stå i direkt strid med kraven i artikel 8 och regeringsformen och därför inte skulle vara tillåtna. Däremot bör, enligt utredningen, lagstiftaren eftersträva att, vid utformning av regelverket, uppfylla Europakonventionens krav med viss margi-

nal så att det för framtiden inte kommer att råda någon som helst tvekan om att regelverket uppfyller dessa krav, även om Europadomstolens praxis skulle fortsätta utvecklas i den riktning mot större krav på uttryckligt lagstöd och förbättrat integritetsskydd, som hittills har varit fallet. Till detta ska läggas att den nya bestämmelsen i 2 kap. 6 § andra stycket RF också medför att det framöver kommer att finnas grundlagsfästa krav på ett ökat uttryckligt lagstöd för integritetskänsliga spaningsmetoder.

En ny lag som reglerar vissa spaningsmetoder

Utredningens bedömning är att de spaningsmetoder som behöver lagregleras ska tas in i en ny lag om särskilda inhämtningsåtgärder i de brottsbekämpande myndigheternas verksamhet (inhämtningslagen). Lagen ska reglera användningen av de särskilda spaningsmetoderna både i förundersökning och i underrättelseverksamhet.

Ett nytt beslutsorgan i underrättelseverksamheten

Utredningen föreslår att det ska inrättas ett nytt oberoende beslutsorgan inom underrättelseverksamheten. Beslutsorganet, som i betänkandet benämns Nämnden, ska i huvudsak pröva tillståndsfrågor när det gäller sådana kvalificerade åtgärder där tillståndsfrågan i förundersökning ska prövas av domstol.

Infiltration

Sådan spaning som sker dolt under täckmantel – infiltration – sker i dag med stöd av de allmänna befogenheterna i polislagen. Utredningen bedömer att infiltrationsoperationer i sig inte utgör ett sådant intrång i den personliga integriteten att de behöver regleras särskilt. Däremot finns det skäl att närmare reglera vissa särskilda åtgärder som vidtas i samband med infiltrationsoperationer.

Tillträde till bostad

Utredningen föreslår att det ska krävas tillstånd om en polis under en infiltrationsoperation tar sig in i exempelvis någons bostad genom vilseledande, t.ex. genom att agera under täckmantel. I denna situation föreligger ett sådant integritetsintrång som motiverar att åtgärden sker med uttryckligt lagstöd. Ett tillstånd ska kunna ges av undersökningsledaren eller åklagaren i förundersökning och av polismyndigheten i underrättelseverksamhet. Föreligger fara i dröjsmål får dock polisman bereda sig tillträde till bostaden utan särskilt tillstånd.

Annars brottsliga gärningar

Inom ramen för en infiltrationsoperation ska polisen kunna ges tillstånd att begå gärningar som annars är brottsliga, om det är nödvändigt för att kunna genomföra eller fullfölja operationen.

Inom ramen för en förundersökning ska ett tillstånd kunna avse sådana gärningar som inte kan antas föranleda annan påföljd än böter eller gärningar som, om de bedöms enligt reglerna om medverkan till brott, skulle utgöra medverkan i mindre mån enligt 23 kap. 5 § brottsbalken (BrB). För att tillstånd ska kunna meddelas ska förutsättas att infiltrationsoperationen är av synnerlig vikt för utredningen och att skälen för att i samband med operationen utföra en straffbelagd gärning uppenbart uppväger det men som den kan innebära för allmänna eller enskilda intressen. Åtgärden ska alltså förutsätta en kvalificerad proportionalitetsprövning. Tillstånd att begå en annars brottslig gärning ska beslutas av rätten på ansökan av åklagare.

Inom ramen för polisens eller Säkerhetspolisens underrättelseverksamhet ska tillstånd på motsvarande sätt kunna ges av Nämnden på ansökan av polisen. I dessa fall ska ett tillstånd emellertid endast kunna avse gärningar som inte kan antas föranleda annan påföljd än böter.

I tillägg till tillståndssystemet ska det införas en ansvarsfrihetsregel som tar sikte på gärningar som är jämförliga med dem för vilka tillstånd har meddelats och uppfyller de allmänna krav som krävs för att tillstånd ska kunna meddelas. Bestämmelsen är avsedd att tillse att ansvarsfriheten inte blir beroende av formaliteter. Genom att ansvarsfriheten – med undantag för sådana situationer i

vilka allmänna ansvarsfrihetsgrunder som nöd eller nödvärn kan åberopas – alltid förutsätter att ett tillstånd har meddelats bidrar regleringen inte bara till att effektivisera användningen av infiltration som arbetsmetod, utan också till att öka kontrollen över densamma och därmed stärka rättssäkerheten.

Undantag från åtalsplikten

En åklagare ska få besluta att lägga ned en förundersökning, om det finns anledning att anta att det genom förundersökningens fortsatta bedrivande eller genom lagföring av brottet skulle uppstå en påtaglig risk för att avslöja eller på annat sätt äventyra syftet med en infiltrationsoperation.

Om brottet kan antas medföra strängare straff än böter krävs dock att det är uppenbart att

- brottet avser sådana gärningar som, om de bedöms enligt regleringen om medverkan till brott, skulle utgöra medverkan i mindre mån enligt 23 kap. 5 § BrB, eller
- brottet har ett avsevärt lägre straffvärde än det brott eller den eller den brottsliga verksamhet som infiltrationsoperationen riktar sig mot.

Om det finns förutsättningar för att lägga ned en förundersökning enligt föregående stycke redan innan en sådan har inletts, ska åklagare få besluta att förundersökning inte ska inledas.

Provokativa åtgärder

Vad gäller provokativa åtgärder föreslås en reglering när det gäller sådana provokativa åtgärder som kan leda till att någon förmås att begå en brottslig gärning (särskilda provokativa åtgärder). Sådana särskilda provokativa åtgärder ska inom ramen för en förundersökning få vidtas under förutsättning att det föreligger stark misstanke om allvarlig brottslighet, att åtgärderna är av synnerlig vikt för utredningen och att skälen för åtgärderna uppväger det intrång eller men i övrigt som de innebär för allmänna eller enskilda intressen. Avgörande för tillåtligheten ska inte vara huruvida åtgärden leder till (eller riskerar att leda till) att någon förmås att begå brott eller

ej. Frågor om provokativa åtgärder inom ramen för en förundersökning ska prövas av åklagaren.

I underrättelseverksamhet ska Säkerhetspolisen få vidta särskilda provokativa åtgärder om det behövs för att få fram uppgifter som det finns särskild anledning att anta kan bidra till att förebygga, förhindra eller upptäcka allvarlig brottslighet. Också i Säkerhetspolisens underrättelseverksamhet ska användningen av åtgärderna förutsätta att de är av synnerlig vikt för undersökningen och att skälen för åtgärderna uppväger det intrång eller men i övrigt som de innebär för allmänna eller enskilda intressen. I underrättelseverksamhet prövas frågor om provokativa åtgärder av Nämnden.

Brott som någon har förmåtts att begå genom en särskild provokativ åtgärd ska inte få lagföras. Det innebär att en generell straffrihetsregel införs för dessa fall. Den föreslagna regleringen skiljer således mellan tillåtligheten av provokativa åtgärder som polisär arbetsmetod och provokationens straffrättsliga konsekvenser.

Ljudupptagning, bildupptagning och lokalisering av person

I betänkandet föreslås, med hänsyn till de krav som uppställs i Europakonventionen och regeringsformen, en reglering av ljudupptagning (av någon som deltar i ett samtal eller ett sammanträde t.ex. med en dold kroppsmikrofon), bildupptagning (i eller in i bostad eller avseende korrespondens) samt lokalisering av person med hjälp av teknisk utrustning. Dessa åtgärder är idag inte reglerade på annat sätt än genom de allmänna regler och principer som gäller för polisens arbete (jfr särskilt 8 § polislagen).

Inom ramen för förundersökning ska åtgärderna få vidtas om de kan antas vara av särskild betydelse för utredning av brott för vilket är föreskrivet fängelse i ett år eller däröver (dvs. samma förutsättningar som normalt gäller för att brott ska kunna medföra gripande, anhållande och häktning). Frågor om användning av åtgärderna prövas normalt av undersökningsledaren eller åklagaren, men om det är fråga om åtgärder av särskilt ingripande slag ska frågan prövas av rätten på ansökan av åklagaren.

I underrättelseverksamhet ska åtgärderna få användas om det finns särskild anledning att anta att åtgärderna kan bidra till att förebygga, förhindra eller upptäcka den brottsliga verksamheten. Även här ska gälla att den brottsliga verksamheten ska innefatta brott för

vilket är föreskrivet fängelse i ett år eller däröver. Beslut om åtgärden fattas normalt av chefen för myndigheten (som dock kan delegera beslutanderätten), men om fråga är om sådana kvalificerade åtgärder avseende vilka beslut i förundersökning ska tas av rätten, ska beslut i stället fattas av Nämnden på ansökan av myndigheten.

Identifiering av utrustning för mobil elektronisk kommunikation och störning av sådan kommunikation

Ett tekniskt hjälpmedel som blivit allt viktigare i polisens verksamhet är utrustning för att identifiera mobil elektronisk kommunikationsutrustning, s.k. IMSI-catchers. Med sådan utrustning kan polisen identifiera t.ex. vilka mobiltelefoner som befinner sig på en viss plats. Användningen är i dag inte reglerad särskilt.

Utredningen föreslår att användningen av IMSI-catchers ska lagregleras på motsvarande sätt som ljudupptagningar, bildupptagningar och lokalisering av person. Det innebär bl.a. att beslut ska fattas av undersökningsledare, oftast en åklagare, i förundersökning och chefen för myndigheten i underrättelseverksamhet (med viss delegationsrätt). Är identifieringsåtgärderna särskilt ingripande ska tillstånd ges av domstol respektive Nämnden.

Ett tekniskt hjälpmedel som inte i dag används av de brottsbekämpande myndigheterna är störsändare. En störsändare kan användas för att störa ut kommunikation med t.ex. mobiltelefoner inom ett mycket begränsat område. Utredningen föreslår polisen ska få befogenhet att inneha och använda störsändare. Regleringen ska ske på samma sätt och med samma beslutsordning som regleringen av identifieringsutrustning.

Biträde av enskilda

I syfte att klargöra i vilken utsträckning de brottsbekämpande myndigheterna kan ta biträde av enskilda personer i samband med vissa av de åtgärder som regleras i den nya lagen samt i samband med infiltrationsoperationer och provokativa åtgärder, föreslår utredningen en lagreglering av frågan.

Utredningens förslag innebär att brottsbekämpande myndigheter endast om det finns särskilda skäl ska få ta biträde av en enskild i infiltrationsverksamhet eller andra provokativa åtgärder än särskilda

sådana (åtgärder som inte riskerar att leda till att någon förmås begå brottslig gärning). Detsamma ska gälla vid åtgärder som avser ljud- eller bildupptagning som sker dolt eller genom vilseledande samt vid användandet av teknisk utrustning för att lokalisera en person.

För att brottsbekämpande myndigheter ska få ta biträde av enskilda i samband med särskilda provokativa åtgärder eller annars brottsliga gärningar ska krävas synnerliga skäl.

Skärpt tillsyn över samtliga åtgärder

Utredningen föreslår att Säkerhets- och integritetsskyddsnämnden ska utöva tillsyn över samtliga åtgärder som regleras i inhämtningslagen.

Andra rättsäkerhetsgarantier

Beslut om åtgärder enligt inhämtningslagen under en förundersökning ska normalt kunna överklagas. Överklagande av rättsens beslut ska kunna ske på samma sätt som beslut om åtgärder enligt 25–28 kap. RB. Har särskilda inhämtningsåtgärder beslutats av undersökningsledaren eller åklagaren ska den som är föremål för åtgärden kunna begära rättsens prövning av beslutet.

Beslut av brottsbekämpande myndigheter om särskilda inhämtningsåtgärder i underrättelseverksamhet ska kunna bli föremål för prövning i Nämnden, om den som berörts av åtgärden begär det. Nämndens beslut ska inte kunna överklagas.

Den som i förundersökning har varit utsatt för en åtgärd som avser särskilt ingripande ljud- eller bildupptagning eller lokaliseringsåtgärd ska med vissa undantag i efterhand underrättas om åtgärden.

Tullverket, Kustbevakningen och Skatteverket

Av de åtgärder som utredningen föreslår ska lagregleras bör Tullverket, i myndighetens brottsbekämpande verksamhet, få befogenhet att utföra ljud- och bildupptagningar, lokalisering av person inklusive installering av lokaliseringsutrustning, identifiering eller störning av mobil elektronisk kommunikationsutrustning, särskilda pro-

vokativa åtgärder, samt kunna ta biträde av enskilda för att utföra dessa åtgärder.

Kustbevakningen bör, i myndighetens brottsbekämpande verksamhet, få befogenhet att utföra bildupptagningar, lokalisering av person inklusive installering av lokaliseringsutrustning, samt kunna ta biträde av enskilda för att utföra dessa åtgärder.

Slutligen bör Skatteverket, i myndighetens brottsbekämpande verksamhet, få befogenhet att utföra bildupptagningar.

1 Författningsförslag

1.1 Förslag till lag (0000:00) om särskilda inhämtningsåtgärder i de brottsbekämpande myndigheternas verksamhet

Härigenom föreskrivs följande.

1 kap. Lagens tillämpningsområde och syfte

1 § Denna lag innehåller bestämmelser om befogenhet att i brottsbekämpande verksamhet hos Rikspolisstyrelsen, polismyndigheterna, Ekobrottsmyndigheten och Åklagarmyndigheten använda vissa särskilda åtgärder i syfte att hämta in information för att

1. förebygga, förhindra eller upptäcka brottslig verksamhet (under rättelseverksamhet), eller
2. utreda eller beivra brott (förundersökning).

I lagen finns även bestämmelser om befogenheternas tillämplighet för Tullverket, Kustbevakningen och Skatteverket i dessa myndigheters brottsbekämpande verksamhet.

2 § Syftet med denna lag är att reglera vissa särskilda åtgärder som kan utgöra ingrepp i grundläggande fri- och rättigheter enligt 2 kap. regeringsformen eller Europeiska konventionen den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

3 § Denna lag innehåller bestämmelser om

1. ljud- eller bildupptagning samt lokalisering av person (2 kap.)
2. identifiering eller störning av mobil elektronisk kommunikationsutrustning m.m. (3 kap.)

3. tillträde till vissa utrymmen (4 kap.)
4. särskilda provokativa åtgärder (5 kap.)
5. annars brottsliga gärningar (6 kap.)
6. biträde av enskilda (7 kap.)
7. nedläggning av förundersökning (8 kap.)

Lagen innehåller även vissa särskilda bestämmelser för Säkerhetspolisen (9 kap.).

Denna lag omfattar inte åtgärder som enligt annan lag utgör hemliga tvångsmedel.

4 § Tillstånd till åtgärder enligt denna lag får meddelas endast om skälen för åtgärden uppväger det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär för den som åtgärden avser eller för något annat motstående intresse.

2 kap. Ljud- eller bildupptagning samt lokalisering av person

Vad befogenheten avser

1 § I den utsträckning som följer 2–5 §§ får teknisk utrustning användas för att ta upp ljud eller bild eller bestämma lokalisering av person.

Ljudupptagning av samtal

2 § Med ljudupptagning av samtal avses i denna lag användande av tekniskt hjälpmedel för upptagning av ljud, dolt eller genom vilseledande, för att ta upp

1. samtal där företrädare för myndigheten själv deltar, eller
2. sådant som avhandlas vid sammanträde eller sammankomst vartill allmänheten inte har tillträde, om företrädare för myndigheten själv deltar i sammanträdet eller sammankomsten.

Bildupptagning av hem eller korrespondens

3 § Med bildupptagning av hem eller korrespondens avses i denna lag användande av teknisk utrustning för upptagning av bild, dolt eller genom vilseledande, för att ta upp

1. bild i bostad, annat hus eller rum som inte är tillgängligt för allmänheten,
2. sådan bild som avses i 1 genom särskilt inriktad bildupptagning som sker från annan plats, eller
3. bild av korrespondens genom särskilt inriktad bildupptagning.

Lokalisering av person

4 § Med lokalisering av person avses i denna lag användande av teknisk utrustning som placeras på eller i föremål för att bestämma var en person befinner sig.

Särskilt ingripande åtgärder

5 § Om åtgärd som avses i 2–4 §§ kan antas bli av särskilt ingripande slag ska frågan om tillstånd till åtgärden prövas i den ordning som föreskrivs i 8 § respektive 11 §. Vid lokalisering av person gäller detsamma om den tekniska utrustningen placeras på eller i föremål som personen kan antas bära på sig eller ha med sig.

Förundersökning

6 § I förundersökning får åtgärd enligt 2–5 §§ vidtas om åtgärden kan antas vara av särskild betydelse för utredning av brott för vilket är föreskrivet fängelse i ett år eller däröver.

7 § I förundersökning prövas frågor om tillstånd till åtgärder enligt 2–4 §§ av undersökningsledaren eller åklagaren. En polisman får besluta om åtgärden, om det är fara i dröjsmål.

8 § I förundersökning prövas frågor om tillstånd till åtgärder enligt 5 § av rätten på ansökan av åklagaren.

Kan det befaras att inhämtande av rättens tillstånd till åtgärden skulle medföra sådan fördröjning eller annan olägenhet, som är av väsentlig betydelse för utredningen, får tillstånd, i avvaktan på rättens beslut, ges av åklagaren, eller, om åklagarens beslut inte kan avvaktas, av polisman.

Har åklagaren eller polisman gett ett sådant interimistiskt tillstånd ska åklagaren genast göra en skriftlig anmälan om åtgärden till

rätten. I anmälan ska skälen för åtgärden anges. Rätten ska skyndsamt pröva ärendet. En sådan prövning ska ske även om åtgärden till fullo har verkställts. Finner rätten att det inte finns skäl för åtgärden ska den upphäva beslutet.

Underrättelseverksamhet

9 § I en undersökning för att förebygga, förhindra eller upptäcka sådan brottslig verksamhet som innefattar brott för vilket är föreskrivet fängelse i ett år eller däröver, får åtgärd enligt 2–5 §§ vidtas om det finns särskild anledning att anta att åtgärden kan bidra till att förebygga, förhindra eller upptäcka den brottsliga verksamheten.

10 § I verksamhet enligt 9 § prövas frågor om tillstånd till åtgärder enligt 2–4 §§ av chefen för polismyndigheten. Myndighetschefen får delegera beslutanderätten. En polisman får besluta om åtgärden, om det är fara i dröjsmål.

11 § I verksamhet enligt 9 § prövas frågor om tillstånd till åtgärder enligt 5 § av Nämnden.

Kan det befaras att inhämtande av Nämndens tillstånd till åtgärden skulle medföra sådan fördröjning eller annan olägenhet, som är av väsentlig betydelse för utredningen, får tillstånd, i avvaktan på Nämndens beslut, ges av chefen för polismyndigheten. Myndighetschefen får delegera beslutanderätten. Om inte heller myndighetschefens beslut kan avvaktas får tillstånd, i avvaktan på Nämndens beslut, ges av polisman.

Har chefen för polismyndigheten eller polisman gett ett interimistiskt tillstånd ska polismyndigheten genast göra en skriftlig anmälan om åtgärden till Nämnden. I anmälan ska skälen för åtgärden anges. Nämnden ska skyndsamt pröva ärendet. En sådan prövning ska ske även om åtgärden till fullo har verkställts. Finner Nämnden att det inte finns skäl för åtgärden ska den upphäva beslutet.

Gemensamma bestämmelser

12 § Tiden för tillstånd får inte bestämmas längre än nödvändigt och får inte överstiga tre månader från dagen för beslutet. Ett tillstånd ska förenas med de villkor som behövs för att tillgodose intresset av att enskildas personliga integritet inte i onödan kränks.

13 § Om det inte längre finns skäl för åtgärden ska beslutet omedelbart hävas. Har beslutet fattats av rätten får det hävas även av åklagaren. Har beslutet fattats av Nämnden får det hävas även av polismyndigheten.

3 kap. Identifiering eller störning av mobil elektronisk kommunikationsutrustning m.m.*Vad befogenheten avser*

1 § I den utsträckning som följer av 2–4 §§ får tekniska hjälpmedel användas för att identifiera mobil elektronisk kommunikationsutrustning eller annan utrustning för radiokommunikation, eller för att störa kommunikation med sådan utrustning.

Identifiering

2 § Med identifiering av mobil elektronisk kommunikationsutrustning eller annan utrustning för radiokommunikation avses i denna lag användande av tekniska hjälpmedel för sändning eller mottagning av radiovågor för att identifiera vilken mobil elektronisk kommunikationsutrustning eller annan utrustning för radiokommunikation som befinner sig inom ett visst geografiskt område.

Störning

3 § Med störning av kommunikation med mobil elektronisk kommunikationsutrustning eller annan utrustning för radiokommunikation avses i denna lag användande av tekniska hjälpmedel för sändning eller mottagning av radiovågor för att störa kommunikation med mobil elektronisk kommunikationsutrustning eller annan utrustning för radiokommunikation inom ett visst geografiskt område.

Särskilt ingripande åtgärder

4 § Om åtgärd som avses i 2 eller 3 § kan antas bli av särskilt ingripande slag ska åtgärden beslutas i den ordning som föreskrivs i 7 § respektive 10 §.

Förundersökning

5 § I förundersökning får åtgärd enligt 2–4 §§ vidtas om åtgärden kan antas vara av särskild betydelse för utredning av brott för vilket är föreskrivet fängelse i ett år eller däröver.

6 § I förundersökning prövas frågor om tillstånd till åtgärder enligt 2 eller 3 § av undersökningsledaren eller åklagaren. En polisman får besluta om åtgärden, om det är fara i dröjsmål.

7 § I förundersökning prövas frågor om tillstånd till åtgärder enligt 4 § av rätten på ansökan av åklagaren.

Kan det befaras att inhämtande av rättens tillstånd till åtgärden skulle medföra sådan fördröjning eller annan olägenhet, som är av väsentlig betydelse för utredningen, får tillstånd, i avvaktan på rättens beslut, ges av åklagaren, eller, om åklagarens beslut inte kan avvaktas, av polisman.

Har åklagaren eller polisman gett ett sådant interimistiskt tillstånd ska åklagaren genast göra en skriftlig anmälan om åtgärden till rätten. I anmälan ska skälen för åtgärden anges. Rätten ska skyndsamt pröva ärendet. En sådan prövning ska ske även om åtgärden till fullo har verkställts. Finner rätten att det inte finns skäl för åtgärden ska den upphäva beslutet.

Underrättelseverksamhet

8 § I en undersökning för att förebygga, förhindra eller upptäcka sådan brottslig verksamhet som innefattar brott för vilket är föreskrivet fängelse i ett år eller däröver, får åtgärd enligt 2–4 §§ vidtas om det finns särskild anledning att anta att åtgärden kan bidra till att förebygga, förhindra eller upptäcka den brottsliga verksamheten.

9 § I verksamhet enligt 8 § prövas frågor om tillstånd till åtgärder enligt 2 eller 3 § av chefen för polismyndigheten. Myndighetschefen får delegera beslutanderätten. En polisman får besluta om åtgärden, om det är fara i dröjsmål.

10 § I verksamhet enligt 8 § prövas frågor om tillstånd till åtgärder enligt 4 § av Nämnden på ansökan av polismyndigheten.

Kan det befaras att inhämtande av Nämndens tillstånd till åtgärden skulle medföra sådan fördröjning eller annan olägenhet, som är av väsentlig betydelse för utredningen, får tillstånd, i avvaktan på Nämndens beslut, ges av chefen för polismyndigheten. Myndighetschefen får delegera beslutanderätten. Om inte heller myndighetschefens beslut kan avvaktas får tillstånd, i avvaktan på Nämndens beslut, ges av polisman.

Har chefen för polismyndigheten eller polisman gett ett interimistiskt tillstånd ska polismyndigheten genast göra en skriftlig anmälan om åtgärden till Nämnden. I anmälan ska skälen för åtgärden anges. Nämnden ska skyndsamt pröva ärendet. En sådan prövning ska ske även om åtgärden till fullo har verkställts. Finner Nämnden att det inte finns skäl för åtgärden ska den upphäva beslutet.

Gemensamma bestämmelser

11 § I ett beslut om identifiering eller störning enligt detta kapitel ska det anges vilken tid beslutet avser samt vilken teleadress, vilken person eller vilket avgränsat geografiskt område beslutet avser.

12 § Tiden för tillstånd får inte bestämmas längre än nödvändigt och får inte överstiga tre månader från dagen för beslutet. Ett tillstånd ska förenas med de villkor som behövs för att tillgodose intresset av att enskildas personliga integritet inte i onödan kränks.

13 § Om det inte längre finns skäl för åtgärden ska beslutet omedelbart hävas. Har beslutet fattats av rätten får det hävas även av åklagaren. Har beslutet fattats av Nämnden får det hävas även av polismyndigheten.

4 kap. Tillträde till utrymmen i vissa fall

Infiltrationsverksamhet

Vad befogenheten avser

1 § I infiltrationsverksamhet får polisen, efter särskilt tillstånd, genom vilseledande åtgärder bereda sig tillträde till bostad, annat hus, rum eller ställe som inte är tillgängligt för allmänheten.

2 § Bestämmelser om användningen av teknisk utrustning för ljud- eller bildupptagning finns i 2 kap.

Förundersökning

3 § I förundersökning prövas frågor om tillstånd till tillträde enligt 1 § av undersökningsledaren eller åklagaren. Vid fara i dröjsmål får polisman, utan särskilt tillstånd, bereda sig sådant tillträde.

Underrättelseverksamhet

4 § I en undersökning för att förebygga, förhindra eller upptäcka brottslig verksamhet prövas frågor om tillstånd till tillträde enligt 1 § av polismyndigheten. Vid fara i dröjsmål får polisman, utan särskilt tillstånd, bereda sig sådant tillträde.

Gemensamma bestämmelser

5 § Tiden för tillstånd får inte bestämmas längre än nödvändigt och får inte överstiga tre månader från dagen för beslutet. Ett tillstånd ska förenas med de villkor som behövs för att tillgodose intresset av att enskildas personliga integritet inte i onödan kränks.

6 § Om det inte längre finns skäl för åtgärden ska beslutet omedelbart hävas.

Installation av lokaliseringsutrustning

Vad befogenheten avser

7 § För att installera, underhålla eller avlägsna teknisk utrustning för lokalisering får polisen i hemlighet

1. bereda sig tillträde till en plats som annars skyddas mot intrång,
2. tillfälligt flytta det föremål på eller i vilket utrustningen ska placeras eller finns placerad, samt
3. vidta de andra åtgärder som behövs för att utrustningen ska fungera effektivt.

Förundersökning

8 § I förundersökning prövas frågor om tillstånd till åtgärder som avses i 7 § av undersökningsledaren eller åklagaren. En polisman får besluta om åtgärden, om det är fara i dröjsmål.

Om åtgärd enligt 7 § avser lokalisering av person av särskilt ingripande slag enligt 2 kap. 5 §, ska vad som sägs i 2 kap. 8 § gälla även för prövning av åtgärden enligt 7 §.

Underrättelseverksamhet

9 § I en undersökning för att förebygga, förhindra eller upptäcka brottslig verksamhet prövas frågor om tillstånd till åtgärder som avses i 7 § av chefen för polismyndigheten. Myndighetschefen får delegera beslutanderätten. En polisman får besluta om åtgärden, om det är fara i dröjsmål.

Om åtgärd enligt 7 § avser lokalisering av person av särskilt ingripande slag enligt 2 kap. 5 §, ska vad som sägs i 2 kap. 11 § gälla även för prövning av åtgärden enligt 7 §.

Gemensamma bestämmelser

10 § Tiden för tillstånd får inte bestämmas längre än nödvändigt och får inte överstiga tre månader från dagen för beslutet. Ett tillstånd ska förenas med de villkor som behövs för att tillgodose intresset av att enskildas personliga integritet inte i onödan kränks.

11 § Om det inte längre finns skäl för åtgärden ska beslutet omedelbart hävas. Har beslutet fattats av rätten får det hävas även av åklagaren. Har beslutet fattats av Nämnden får det hävas även av polismyndigheten.

12 § Teknisk utrustning för lokalisering ska återtas eller göras obrukbar så snart som möjligt efter det att tiden för tillståndet har gått ut eller tillståndet hävts.

5 kap. Särskilda provokativa åtgärder

1 § Vid förundersökning får polisen, för att få fram bevisning om redan begångna brott, vidta åtgärder som kan leda till att någon förmås att begå en brottslig gärning (särskilda provokativa åtgärder).

Provokativa åtgärder enligt första stycket får vidtas endast om

1. det föreligger stark misstanke om allvarlig brottslighet, och
2. åtgärderna är av synnerlig vikt för utredningen.

2 § Frågor om tillstånd till särskilda provokativa åtgärder prövas av åklagaren. Ett tillstånd ska förenas med de villkor som behövs för att tillgodose intresset av att enskildas personliga integritet inte i onödan kränks.

3 § Om det inte längre finns skäl för de provokativa åtgärderna ska beslutet omedelbart hävas.

4 § För brott som någon har förmåtts att begå genom särskilda provokativa åtgärder får inte dömas till påföljd.

6 kap. Annars brottsliga gärningar

Vad befogenheten avser

1 § Vid förundersökning om allvarlig brottslighet eller undersökning för att förebygga, förhindra eller upptäcka sådan brottslighet får polisen, efter särskilt tillstånd, utföra en straffbelagd gärning, om det är nödvändigt för att kunna genomföra eller fullfölja en infiltrationsoperation.

Ett sådant tillstånd får endast avse

1. sådana gärningar som inte kan antas föranleda annan påföljd än böter eller,

2. gärningar som, om de bedöms enligt reglerna om medverkan till brott, skulle utgöra medverkan i mindre mån enligt 23 kap. 5 § brottsbalken.

Avser tillståndet en undersökning för att förebygga, förhindra eller upptäcka allvarlig brottslighet får ett tillstånd endast avse gärningar enligt andra stycket 1.

2 § Gärning som avses i 1 § får vidtas endast om infiltrationsoperationen är av synnerlig vikt för utredningen eller undersökningen och skälen för att i samband med infiltrationsoperationen utföra en straffbelagd gärning uppenbart uppväger det men som den kan innebära för allmänna eller enskilda intressen.

Förundersökning

3 § I förundersökning prövas frågor om tillstånd till utförande av straffbelagda gärningar av rätten på ansökan av åklagaren.

Underrättelseverksamhet

4 § I en undersökning för att förebygga, förhindra eller upptäcka brottslig verksamhet prövas frågor om tillstånd till utförande av straffbelagda gärningar av Nämnden på ansökan av polismyndigheten.

Gemensamma bestämmelser

5 § Ett tillstånd ska innehålla uppgifter om vilken infiltrationsoperation tillståndet avser, under vilken tid tillståndet ska gälla och vilka gärningar som tillståndet avser. Ett tillstånd ska vidare förenas med de villkor som behövs för att tillgodose att enskildas personliga integritet eller allmänna eller enskilda intressen i övrigt inte i onödan kränks.

Tiden för ett tillstånd får inte bestämmas längre än nödvändigt och inte heller överstiga tre månader från dagen för beslutet.

6 § Om det inte längre finns skäl för utförandet av en straffbelagd gärning ska beslutet omedelbart hävas. Har beslutet fattats av rätten får det hävas även av åklagaren. Har beslutet fattats av Nämnden får det hävas även av polismyndigheten.

7 § En gärning som vidtas inom ramen för en sådan infiltrationsoperation för vilken ett tillstånd enligt 1 § har meddelats, utgör inte brott under förutsättning att gärningen

1. är direkt jämförbar med någon av de gärningar som avses i tillståndet, och

2. uppfyller de allmänna krav som följer av 1 och 2 §§.

8 § Vad som i detta kapitel föreskrivs om utförande av en straffbelagd gärning ska tillämpas även på en gärning som kan föranleda sanktionsavgift.

7 kap. Biträde av enskilda

1 § Vid åtgärder enligt 2 eller 4 kap. får polisen, om det finns särskilda skäl, ta biträde av enskilda. Detsamma gäller vid infiltrationsverksamhet och andra provokativa åtgärder än de som avses i 5 kap.

2 § Vad som föreskrivs i 2 kap. 2 § om företrädare för myndigheten ska, när en enskild lämnar biträde enligt 1 §, i stället gälla den enskilde.

3 § Vid åtgärder enligt 5 eller 6 kap. samt 9 kap. 1 § får polisen, om det finns synnerliga skäl, ta biträde av enskilda. Sådant biträde får endast avse åtgärder som syftar till att en polisman ska kunna genomföra de åtgärder som avses i tillståndet.

4 § Frågor om biträde av enskilda prövas av den beslutsinstans eller beslutsfattare som enligt 2, 4–6 eller 9 kap. har att besluta om åtgärden.

8 kap. Nedläggning av förundersökning

1 § Förundersökning får läggas ned om det finns anledning att anta att det genom förundersökningens fortsatta bedrivande eller genom lagföring av brottet skulle uppstå en påtaglig risk för att avslöja,

eller på annat sätt äventyra syftet med, en infiltrationsoperation. Om brottet kan antas medföra strängare straff än böter krävs dock att det är uppenbart att

1. brottet avser sådan gärning som, om den bedöms enligt regleringen om medverkan till brott, skulle utgöra medverkan i mindre mån enligt 23 kap. 5 § brottsbalken, eller

2. brottet har ett avsevärt lägre straffvärde än det brott eller den brottsliga verksamhet som infiltrationsoperationen riktar sig mot.

Om förutsättningar för att lägga ned en förundersökning enligt första stycket föreligger redan innan en sådan har inletts, får det beslutas att förundersökning inte ska inledas.

Beslut enligt denna bestämmelse meddelas av åklagaren. Beslut får meddelas endast under förutsättning att något väsentligt allmänt eller enskilt intresse inte åsidosätts.

9 kap. Särskilda bestämmelser för Säkerhetspolisen

Särskilda provokativa åtgärder i underrättelseverksamhet

1 § Säkerhetspolisen får, utöver vad som framgår av 5 kap. 1 §, vidta åtgärder som kan förmå en person som omfattas av en undersökning för att förebygga, förhindra eller upptäcka allvarlig brottslighet, att begå en brottslig gärning. Åtgärderna får vidtas endast om det behövs för att få fram uppgifter som det finns särskild anledning att anta kan bidra till att förebygga, förhindra eller upptäcka den allvarliga brottsliga verksamheten.

Åtgärderna får vidtas endast om det är av synnerlig vikt för undersökningen.

2 § Frågor om tillstånd till särskilda provokativa åtgärder i underrättelseverksamhet prövas av Nämnden efter ansökan av Säkerhetspolisen.

3 § Om det inte längre finns skäl för de provokativa åtgärderna ska beslutet omedelbart hävas.

4 § Bestämmelsen i 5 kap. 4 § ska tillämpas också på åtgärder enligt 1 §.

Biträde av enskilda

5 § Säkerhetspolisen får i fall som avses i 7 kap. 3 §, om det finns synnerliga skäl, ta biträde av enskilda även avseende andra åtgärder än sådana som syftar till att en polisman ska kunna genomföra de åtgärder som avses i tillståndet.

10 kap. Dokumentation och granskning

1 § Åtgärder enligt denna lag ska dokumenteras. Av dokumentationen ska det framgå

1. vem som har fattat beslutet om åtgärden,
2. grunden för beslutet och tidpunkten när det har fattats,
3. vem eller vilka som har deltagit i åtgärden,
4. vem eller vilka som åtgärden har riktat sig mot,
5. tiden för åtgärden, samt
6. vad som i övrigt har förekommit vid åtgärden.

2 § En upptagning eller uppteckning som har gjorts vid en åtgärd enligt denna lag ska granskas snarast möjligt.

Upptagningar eller uppteckningar ska, i de delar de är av betydelse från brottsutredningssynpunkt, bevaras till dess förundersökningen har lagts ned eller avslutats eller, om åtal väckts, målet har avgjorts slutligt. I de delar upptagningarna och uppteckningarna är av betydelse för att förebygga, förhindra eller upptäcka brottslig verksamhet ska de bevaras så länge det behövs för detta ändamål. De ska därefter förstöras.

Trots vad som sägs i andra stycket får uppgifter från upptagningar och uppteckningar behandlas i enlighet med vad som är särskilt föreskrivet i lag.

11 kap. Överklagande m.m.

Gemensamma bestämmelser

1 § Beslut enligt denna lag får verkställas omedelbart.

Förundersökning

2 § Har i förundersökning beslut om åtgärd enligt denna lag fattats av annan än rätten ska beslutet prövas av rätten, om den som är föremål för åtgärden begär det. Begäran om sådan prövning ska göras skriftligen eller muntligen hos åklagaren eller undersökningsledaren. Åklagaren eller undersökningsledaren ska utan dröjsmål överlämna ärendet till rätten.

3 § I fråga om överklagande av rättens beslut enligt denna lag tillämpas bestämmelserna i rättegångsbalken om överklagande av rättens beslut i brottmål i fråga om en åtgärd som avses i 25–28 kap. samma balk.

4 § Den som i förundersökning har varit utsatt för en åtgärd enligt 2 kap. 5 § ska underrättas som åtgärden.

I fråga om sådan underrättelse, tidpunkten för underrättelsen och undantag från underrättelseskyldigheten tillämpas 27 kap. 31 § andra och tredje styckena, 32 och 33 §§ rättegångsbalken. Underrättelsen ska även innehålla uppgift om platsen för åtgärden.

Underrättelseverksamhet

5 § Har i underrättelseverksamhet beslut om åtgärd enligt denna lag fattats av annan än Nämnden ska beslutet prövas av Nämnden, om den som är föremål för åtgärden begär det. Begäran om sådan prövning ska göras skriftligen eller muntligen hos polismyndigheten. Polismyndigheten ska utan dröjsmål överlämna ärendet till Nämnden.

Nämndens beslut får inte överklagas.

12 kap. Tillsyn

1 § I lagen (2007:980) om tillsyn över viss brottsbekämpande verksamhet finns bestämmelser om Säkerhets- och integritetsskyddsnämndens tillsyn på eget initiativ och på begäran av enskild.

13 kap. Tillämplighet för andra brottsbekämpande myndigheter

1 § Följande bestämmelser gäller även i brottsbekämpande verksamhet hos Tullverket.

1. Ljudupptagning av samtal, bildupptagning av hem eller korrespondens samt lokalisering av person (2 kap. 2–5 §§)
2. Identifiering eller störning av mobil elektronisk kommunikationsutrustning m.m. (3 kap 2–4 §§)
3. Installation av lokaliseringsutrustning (4 kap. 7 §)
4. Särskilda provokativa åtgärder (5 kap. 1 §)
5. Biträde av enskilda (7 kap. 1 och 3 §§)

Vad som i denna lag är föreskrivet om polismyndighet eller polisman ska vid utövande av befogenhet enligt första stycket även gälla Tullverket respektive tjänsteman vid Tullverket.

2 § Följande bestämmelser gäller även i brottsbekämpande verksamhet hos Kustbevakningen.

1. Bildupptagning av hem eller korrespondens samt lokalisering av person (2 kap. 3–5 §§)
2. Installation av lokaliseringsutrustning (4 kap. 7 §)
3. Biträde av enskilda (7 kap. 1 §)

Vad som i denna lag är föreskrivet om polismyndighet eller polisman ska vid utövande av befogenhet enligt första stycket även gälla Kustbevakningen respektive tjänsteman vid Kustbevakningen.

3 § Bestämmelserna om bildupptagning av hem eller korrespondens i 2 kap 3 och 5 §§ gäller även i brottsbekämpande verksamhet hos Skatteverket.

Vad som i denna lag är föreskrivet om polismyndighet eller polisman ska vid utövande av befogenhet enligt första stycket även gälla Skatteverket respektive tjänsteman vid Skatteverket.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2012. Om en åtgärd som regleras i denna lag har beslutats innan lagen träder i kraft och verkställighet av åtgärden har påbörjats före ikraftträdandet, får verkställighet av åtgärden fortgå utan tillämpning av denna lag, dock längst till och med den 30 september 2012.

1.2 Förslag till lag om ändring i rättegångsbalken

Härigenom föreskrivs att 27 kap. 11 § rättegångsbalken ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

27 kap.

11 §¹

Om den från vilken beslag sker, inte är närvarande vid beslaget, *skall* han *utan dröjsmål* underrättas om det och om vad som har skett med det beslagtagna. *Om* en försändelse hos ett befordringsföretag *har* tagits i beslag, *skall, så snart det kan ske utan men för utredningen, mottagaren underrättas och, om avsändaren är känd, även denne.*

Om den från vilken beslag sker inte är närvarande vid beslaget, *ska* han *eller hon så snart det kan ske utan men för utredningen* underrättas om det och om vad som har skett med det beslagtagna. *Har* en försändelse hos ett befordringsföretag tagits i beslag, *ska underrättelsen lämnas till mottagaren och även till avsändaren, om denne är känd.*

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2012.

¹ Senaste lydelse 1993:602.

1.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:980) om tillsyn över viss brottsbekämpande verksamhet

Härigenom föreskrivs att 1 § lagen (2007:980) om tillsyn över viss brottsbekämpande verksamhet ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 §²

Säkerhets- och integritets-
skyddsnämnden (nämnden) ska
utöva tillsyn över brotts-
bekämpande myndigheters an-
vändning av hemliga tvångs-
medel och kvalificerade skydds-
identiteter och därmed samman-
hängande verksamhet.

Säkerhets- och integritets-
skyddsnämnden (nämnden) ska
utöva tillsyn över brotts-
bekämpande myndigheters an-
vändning av hemliga tvångs-
medel och kvalificerade skydds-
identiteter och därmed samman-
hängande verksamhet. *Nämnden
ska också utöva tillsyn över brotts-
bekämpande myndigheters an-
vändning av åtgärder enligt 2–7
och 9 kap. lagen (0000:00) om
särskilda inhämtningsåtgärder i
de brottsbekämpande myndighet-
ernas verksamhet.*

Nämnden ska även utöva tillsyn över polisens behandling av personuppgifter enligt polisdatalagen (2010:361) och lagen (2010:362) om polisens allmänna spaningsregister. Tillsynen ska särskilt avse sådan behandling som avses i 2 kap. 10 § polisdatalagen och 12 § lagen om polisens allmänna spaningsregister.

Tillsynen ska särskilt syfta till att säkerställa att verksamhet enligt första och andra styckena bedrivs i enlighet med lag eller annan författning.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2012.

² Senaste lydelse 2010:367.

1.4 Förslag till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

Härigenom föreskrivs att 18 kap. 19 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

18 kap.

19 §

Den tystnadsplikt som följer av 5–13 §§ inskränker rätten enligt 1 kap. 1 § tryckfrihetsförordningen och 1 kap. 1 och 2 §§ yttrandefrihetsgrundlagen att meddela och offentliggöra uppgifter.

Den tystnadsplikt som följer av 1–3 §§ inskränker rätten att meddela och offentliggöra uppgifter, när det är fråga om uppgift om kvarhållande av försändelse på befordringsföretag, hemlig teleavlyssning, hemlig teleövervakning, hemlig kameraövervakning eller hemlig rumsavlyssning på grund av beslut av domstol, undersökningsledare eller åklagare.

Den tystnadsplikt som följer av 1–3 §§ inskränker rätten att meddela och offentliggöra uppgifter, när det är fråga om uppgift om kvarhållande av försändelse på befordringsföretag, hemlig teleavlyssning, hemlig teleövervakning, hemlig kameraövervakning eller hemlig rumsavlyssning på grund av beslut av domstol, undersökningsledare eller åklagare. *Detsamma gäller för uppgift om ljud- eller bildupptagning, lokalisering av person, identifiering eller störning av mobil elektronisk kommunikationsutrustning eller annan utrustning för radiokommunikation, tillträde till vissa utrymmen, särskilda provokativa åtgärder, annars brottsliga gärningar och biträde av enskilda enligt lagen (0000:000) om särskilda inhämtningsåtgärder i de brottsbekämpande myndigheternas verksamhet.*

Den tystnadsplikt som följer av 17 § inskränker rätten att meddela och offentliggöra uppgifter, när det är fråga om uppgift om

kvarhållande av försändelse på befordringsföretag, hemlig teleavlyssning, hemlig teleövervakning eller hemlig kameraövervakning på grund av beslut av domstol eller åklagare.

Att den tystnadsplikt som följer av 1–3 §§ i vissa fall inskränker rätten att meddela och offentliggöra uppgifter utöver vad som anges i andra stycket följer av 7 kap. 3 § första stycket 1, 4 § 1–8 och 5 § 3 tryckfrihetsförordningen samt 5 kap. 1 § första stycket och 3 § första stycket 1 yttrandefrihetsgrundlagen.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2012.

1.5 Förslag till förordning om ändring i förundersöknings- kungörelsen (1947:948)

Härigenom föreskrivs att 13 b § förundersökningskungörelsen (1947:948) ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

Målsäganden *skall* tillfrågas om han eller hon vill bli underrettad om beslut om att förundersökning inte *skall* inledas eller att en inledd förundersökning *skall* läggas ned, beslut om att åtal inte *skall* väckas, tidpunkt för huvudförhandling i målet samt dom i målet.

13 b §³

Målsäganden *ska* tillfrågas om han eller hon vill bli underrettad om beslut om att förundersökning inte *ska* inledas eller att en inledd förundersökning *ska* läggas ned, beslut om att åtal inte *ska* väckas, tidpunkt för huvudförhandling i målet samt dom i målet.

Första stycket ska inte tillämpas om beslut har fattats att förundersökning ska läggas ned eller inte inledas enligt 8 kap. 1 § lagen (0000:00) om särskilda inhämtningsåtgärder i de brottsbekämpande myndigheternas verksamhet.

Denna förordning träder i kraft den 1 juli 2012.

³ Senaste lydelse 1994:429.

1.6 Förslag till förordning om ändring i förordningen (2003:396) om elektronisk kommunikation

Härigenom föreskrivs att 14 § förordningen (2003:396) om elektronisk kommunikation ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

14 §⁴

Förbud gäller mot att inneha elektriska eller elektroniska anläggningar som, utan att vara radioanläggningar, är avsedda att sända radiovågor i annat syfte än som avses i 3 kap. 14 § första stycket lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.

Detta förbud gäller inte sådana anläggningar som behövs i verksamhet som bedrivs av Försvarsmakten, Försvarets radioanstalt eller Försvarets materielverk.

Post- och telestyrelsen får efter ansökan av Kriminalvården besluta att förbudet inte *skall* gälla viss sådan anläggning som behövs i en anstalt eller ett häkte inom kriminalvården för att hindra otillåten mobiltelefonkommunikation, om anläggningen kan användas utan att skadlig störning uppstår utanför anstalten eller häktet.

Detta förbud gäller inte sådana anläggningar som behövs i verksamhet som bedrivs av *Rikspolisstyrelsen, polismyndigheterna, Tullverket*, Försvarsmakten, Försvarets radioanstalt eller Försvarets materielverk.

Post- och telestyrelsen får efter ansökan av Kriminalvården besluta att förbudet inte *ska* gälla viss sådan anläggning som behövs i en anstalt eller ett häkte inom kriminalvården för att hindra otillåten mobiltelefonkommunikation, om anläggningen kan användas utan att skadlig störning uppstår utanför anstalten eller häktet.

Denna förordning träder i kraft den 1 juli 2012.

⁴ Senaste lydelse 2005:1028.

1.7 Förslag till förordning om ändring i offentlighets- och sekretessförordningen (2009:641)

Härigenom föreskrivs att 3 § offentlighets- och sekretessförordningen (2009:641) ska ha följande lydelse

Nuvarande lydelse

3 §⁵

Följande myndigheter ska i den utsträckning som framgår nedan inte tillämpa 5 kap. 2 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Myndigheter	Register
åklagarmyndigheter	diarier över ärenden om kvarhållande av försändelse på befordringsanstalt och om hemlig teleavlyssning, hemlig teleövervakning, hemlig kameraövervakning och hemlig rumsavlyssning <i>samt</i> diarier över förundersökningar som rör brott mot rikets säkerhet

Föreslagen lydelse

3 §

Följande myndigheter ska i den utsträckning som framgår nedan inte tillämpa 5 kap. 2 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Myndigheter	Register
åklagarmyndigheter	diarier över ärenden om kvarhållande av försändelse på befordringsanstalt och om hemlig teleavlyssning, hemlig teleöver-

⁵ Senaste lydelse 2009:1025.

vakning, hemlig kameraövervakning och hemlig rumsavlyssning, diarium över förundersökningar som rör brott mot rikets säkerhet, samt diarium över förundersökningar där en fråga om att lägga ned eller inte inleda en förundersökning enligt 8 kap. 1 § lag (0000:00) om särskilda inhämtningsåtgärder i de brottsbekämpande myndigheternas verksamhet prövats.

Denna förordning träder i kraft den 1 juli 2012.

2 Utredningens uppdrag och arbete

2.1 Utredningens uppdrag

Utredningens uppdrag enligt huvuddirektiven (Dir. 2007:185, se bilaga 1) innebär att utredningen ska överväga vissa straffprocessuella och polisrättsliga frågor angående de brottsbekämpande myndigheternas dolda spanings- och utredningsverksamhet. I uppdraget ingår bl.a. att

1. överväga i vilken utsträckning tjänstemän vid de brottsbekämpande myndigheterna bör ha möjlighet att i samband med s.k. infiltrationsoperationer ta del i planering och annan förberedelse eller utförande av vissa brott, när detta är nödvändigt för att förhindra eller avslöja allvarlig brottslighet,
2. överväga i vilken utsträckning polisens och tullens rapporterings-, anmälnings- och ingripandeskyldighet samt åklagarnas åtalsplikt bör gälla i fråga om brott som kommer till myndigheternas kännedom i samband med infiltrationsoperationer,
3. överväga i vilken utsträckning de brottsbekämpande myndigheterna bör kunna använda sig av olika slag av provokativa åtgärder för att förmå en gärningsman att röja sig,
4. överväga förutsättningarna för att i samband med infiltrationsoperationer gå in i annans bostad eller vidta andra åtgärder som i polisens eller tullens vanliga verksamhet hade krävt beslut om tvångsmedel,
5. överväga en ändamålsenlig författningsreglering av sådan användning av tekniska spaningsmetoder som utgör ett intrång i enskildas integritet eller av andra skäl bör lagregleras,

6. i ett delbetänkande överväga behovet av mer ändamålsenliga regler om inhämtningen av uppgifter om telededdelanden, abonnemang eller mobiltelefoner inom polisens och tullens underrättelseverksamhet och under förundersökningar innan det finns någon skäligen misstänkt person, och att
7. utifrån övervägandena lägga fram de förslag till lagändringar som utredningen finner lämpliga.

2.2 Delbetänkandet

Utredningen överlämnade i januari 2009 delbetänkandet En mer rättssäker inhämtning av elektronisk kommunikation i brottsbekämpningen (SOU 2009:1).

I delbetänkandet övervägde utredningen vissa frågor om inhämtning av uppgifter om elektronisk kommunikation inom brottsbekämpande myndigheters underrättelseverksamhet och under förundersökning innan det finns någon skäligen misstänkt gärningsman.

Utredningen föreslog bl.a. att det i förundersökningar endast ska kunna inhämtas uppgifter om elektronisk kommunikation från leverantörerna efter beslut om hemlig teleövervakning. Utredningen föreslog vidare att det för underrättelseverksamheten ska införas bestämmelser om befogenhet att inhämta uppgifter från leverantörerna i en ny lag om tillgång till uppgifter om viss elektronisk kommunikation i de brottsbekämpande myndigheternas underrättelseverksamhet.

2.3 Utredningens arbete

Utredningen har haft sammanträden och mer informella kontakter med experterna.

Utredningen har också haft särskilda samråd med företrädare för Rikskriminalpolisen, polisens länskriminalavdelningar i Stockholm, Västra Götaland och Skåne, Säkerhetspolisen, Säkerhets- och integritetsskyddsnämnden samt Tullverket. Vissa kontakter har även förekommit med Kustbevakningen och Skatteverket.

Det har vidare förekommit kontakter mellan utredningen och företrädare för Insynsutredningen (Ju 2007:13), Utredningen om underrättelseinhämtning för vissa polisiära behov (Ju 2008:14), Utredningen om utvärdering av vissa hemliga tvångsmedel (Ju 2009:01),

Utredningen om internationellt polisiärt samarbete (Ju 2009:06), Förundersökningsutredningen (Ju 2009:07) och Utredningen om hemliga tvångsmedel för särskilt allvarlig eller annars samhällsfarlig brottslighet (Ju 2010:08).

När det gäller utländska kontakter har företrädare för utredningen besökt finska centralkriminalpolisen (CKP), norska polisens nationella enhet för bekämpande av organiserad och annan allvarlig kriminalitet (Kripos) och norska polisens säkerhetstjänst (PST). Utredningen har vidare träffat företrädare för tyska federala kriminalpolisen (Bundeskriminalamt, BKA) och har även ordnat ett seminarium för experterna med deltagare från Förenta staternas justitiedepartement (US Department of Justice) och federala polismyndighet (Federal Bureau of Investigation, FBI).

2.4 Vissa avgränsningar av utredningens arbete

Det finns inledningsvis anledning att beröra några avgränsningar av utredningens arbete.

Det har från de brottsbekämpande myndigheterna vid flera tillfällen påpekats att svårigheterna att skydda informatörers identitet i samband med avancerade infiltrationsoperationer eller provokativa åtgärder är en av de främsta orsakerna till att dessa metoder under senare år har använts i förhållandevis liten utsträckning (se t.ex. avsnitt 5.1.3 nedan). Frågan om ett ökat skydd för informatörer har nyligen varit föremål för utredning av Insynsutredningen.

I betänkandet Partsinsyn enligt rättegångsbalken (se SOU 2010:14 s. 159 ff.) gör Insynsutredningen bedömningen att det genom de generella förslag som utredningen presenterar om misstänkta insyn i förundersökningar, ges möjligheter att hemlighålla uppgifter som kan röja informatörer och andra uppgiftskällor genom att uppgifterna ingår i förundersökningens sidomaterial. Detta förutsatt att uppgifterna saknar betydelse som underlag för ställningstagandet i åtalsfrågan eller för den misstänktes försvar.

Insynsutredningen föreslår dessutom ett förstärkt skydd för informatörer och andra uppgiftskällor mot att bli röjda vid vittnesförhör i domstol. Förslaget innebär införande av ett frågeförbud i 36 kap. RB avseende sekretesskyddade uppgifter som kan röja en informatör eller annan uppgiftslämnarens identitet. Av rättssäkerhetsskäl förses dock regleringen med vissa undantag från frågeförbudet. Ett undantag är att frågeförbudet inte ska gälla beträffande uppgifts-

lämnare vars uppgifter åberopas till stöd för åtalet, t.ex. genom andrandsuppgifter från ett polisvittne. Ett annat undantag är en ventil som innebär att det i det enskilda fallet och utifrån de särskilda förutsättningarna i ett mål ska kunna göras en avvägning mellan å ena sidan den tilltalades behov av att få fram uppgiften för att kunna försvara sig på ett adekvat sätt och, å andra sidan, behovet av att uppgiften om identiteten inte röjs.

Insynsutredningens förslag, som varit på remiss, är föremål för beredning i Regeringskansliet och några slutliga ställningstaganden till förslagen har inte gjorts. Mot denna bakgrund och eftersom frågan om informatörer varken direkt eller indirekt berörs i direktiven, har utredningen inte funnit tillräckliga skäl att på nytt överväga hur skyddet av informatörer bör utformas.

Utredningen har också avgränsat området när det gäller myndigheternas möjligheter att inhämta uppgifter om kommunikation som sker via trådlös radio. I utredningens direktiv anges att utredningen ska överväga polisens och tullens möjligheter att inhämta uppgifter om elektronisk kommunikation med egna tekniska hjälpmedel i syfte att identifiera viss teknisk utrustning, t.ex. en mobiltelefon. Sådana förslag lämnas i betänkandet. Utredningen har däremot inte övervägt möjligheten att inhämta ytterligare uppgifter om kommunikation som sker med hjälp av trådlös radio, eftersom det inte på den tid som stått till förfogande har funnits möjlighet att överväga de komplexa frågeställningarna med den precisering och det djup som i så fall skulle krävas.

Den av utredningen föreslagna regleringen innebär att flera åtgärder som tidigare inte varit föremål för lagstiftning blir lagreglerade. Det kan argumenteras för att en följd av detta är att åtgärderna därmed behöver stöd i regleringen i lagen (2000:562) om internationell rättslig hjälp i brottmål (LIRB) för att de ska kunna vidtas på begäran av främmande stat. Enligt den lagen kan Sverige inom ramen för en förundersökning bistå andra stater med dels de åtgärder som räknas upp i 1 kap. 2 § första stycket LIRB (bl.a. förhör, kvarstad, husrannsakan, hemlig teleavlyssning och hemlig rumsavlyssning), dels andra åtgärder om det kan ske utan tvångsmedel eller annan tvångsåtgärd (detta följer av bestämmelsens andra stycke). Innebörden av regleringen i andra stycket har tolkats så att Sverige kan lämna bistånd med åtgärder som inte regleras i nyss nämnda lag under förutsättning att åtgärden inte fordrar lagstöd. Samtidigt framgår inte annat av 1 kap. 2 § andra stycket LIRB än att det för att åtgärderna ska få vidtas, utan särskilt stöd i lagen, att det inte är fråga

om sådana åtgärder som bedöms utgöra tvångsmedel eller annan tvångsåtgärd. Vad som närmare ska förstås med begreppet ”annan tvångsåtgärd” har inte närmare utvecklats varken i förarbetena eller i den rättsvetenskapliga litteraturen (se angående denna osäkerhet Lindell, Eklund, Asp och Andersson, *Straffprocessen*, Uppsala 2005, s. 136 not 7). Som framhålls på flera ställen i betänkandet gör utredningen emellertid bedömningen att de särskilda inhämtningsåtgärder som föreslås bli reglerade inte utgör tvångsmedel. Det kan knappast heller hävdas att de skulle utgöra någon annan form av tvångsåtgärd, i vart fall inte i denna benämningens innebörd enligt en tolkning som är i överensstämmelse med ordalydelsen. Utredningen bedömer därför att det inte finns något uttryckligt krav på att den nya regleringen måste föras in i LIRB för att åtgärderna ska få vidtas även på begäran av främmande stat.

Samtidigt kan det av flera skäl vara till fördel att tydliggöra rättsläget och uttryckligt föreskriva att särskilda inhämtningsåtgärder enligt förslaget får vidtas även på begäran av annan stat, antingen genom att åtgärderna förs in i 1 kap. 2 § första stycket LIRB med ev. kompletterande bestämmelser i 4 kap. samma lag om t.ex. vem som handlägger en specifik ansökan eller, beträffande vissa åtgärder, att regleringen i lagen (2003:1174) om vissa former av internationellt samarbete i brottsutredningar kompletteras. Det har emellertid inte inom ramen för detta utredningsuppdrag funnits tidsmässig möjlighet att föreslå ett färdigt och tillräckligt genomarbetat förslag till reglering också i dessa delar. Frågan får därför behandlas i den fortsatta beredningen.

3 Rättslig bakgrund och allmänna utgångspunkter

3.1 Den rättsliga bakgrunden

3.1.1 Regeringsformen

Grundlagarna innehåller inte någon rättsligt bindande regel som innebär ett allmänt integritetsskydd. Däremot finns det ett målsättningsstadgande i 1 kap. 2 § fjärde stycket RF som anger att det allmänna ska verka för att demokratins idéer blir vägledande inom samhällets alla områden samt värna den enskildes privatliv och familjeliv. Ett uttalat mål för den samhällseliga verksamheten är således att värna den enskildes privatliv. Förhållandet mellan målsättningsstadgandet och de rättsligt bindande fri- och rättigheterna i 2 kap. RF kan beskrivas så att det förstnämnda ger den enskilde ett skydd med hjälp av det allmänna, medan fri- och rättigheterna garanterar den enskilde ett skydd mot det allmänna.

Enligt 2 kap. 6 § RF är varje medborgare gentemot det allmänna skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp även i annat fall än som avses i 2 kap. 4 och 5 §§ (förbud mot dödsstraff och mot kroppsstraff samt mot tortyr och medicinsk påverkan i syfte att framtvunga eller hindra yttranden). Varje medborgare är också skyddad mot kroppsvissitation, husrannsakan och liknande intrång samt mot undersökning av brev eller annan förtrolig försändelse och mot hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal eller annat förtroligt meddelande. Gemensamt för rättigheterna enligt 2 kap. 6 § RF är att de kan begränsas endast enligt reglerna i 2 kap. 12 § RF. Skyddet gäller enbart gentemot ”det allmänna” och således inte i förhållandet enskilda emellan.

Uttrycket ”kroppsligt ingrepp” avser främst våld mot människokroppen men också läkarundersökningar, smärre ingrepp som vaccinering och blodprovstagning och andra liknande företeelser som

brukar betecknas med ordet kroppsbesiktning. De åtgärder som betecknas som kroppsvisitation och husrannsakan har karaktären av undersökningar. Uttrycket ”liknande intrång” avser främst intrång som har ett annat syfte, exempelvis polisens intrång i bostad för att avstyra lägenhetsbråk eller exekutiv åtgärd som avser föremål som, enligt vad som är känt, befinner sig i någon viss bostad. Syftet med en kroppsvisitation eller en husrannsakan kan vara att säkerställa t.ex. bevisning i ett ärende hos domstol eller annan myndighet, eller att kontrollera viss verksamhet. Skyddet mot husrannsakan gäller inte bara bostäder, utan också annan undersökning av hus, rum eller slutet förvaringsställe. Därigenom skyddas mer än bara den enskildes hem. Det skydd som 2 kap. 6 § RF avser att säkerställa för förtrolig kommunikation omfattar meddelanden som sänds med posten eller på annat sätt som brev, telegram, bandinspelningar, videogram eller över huvud taget i sådan form att de kan bli föremål för beslag. Bestämmelsen avser endast förtroliga meddelanden, vilket innebär att skyddet inte omfattar exempelvis samtal i en folksamling eller radiosändningar (se avsnitt 3.1.7). Inte heller är reklamblad och vykort skyddade.

I samband med att riksdagen behandlade förslag om hemlig teleavlyssning (se prop. 1975/76:209) väcktes frågan huruvida regeringsformen (i dåvarande lydelse) skyddade, inte bara mot anskaffande utan även mot utnyttjande av upptagning av telefonsamtal. Konstitutionsutskottet anförde (bet. JuU 1976/77:20 s. 24) att, även om grundlagsreglerna inte uppställer ett direkt krav i berört hänseende, det enligt utskottets mening fick anses bäst överensstämma med integritetsskyddet i regeringsformen att grundläggande bestämmelser ges i lag om hur och i vilken omfattning information som erhållits genom teleavlyssning får utnyttjas. En reglering av hur upptagningar eller uppteckningar som gjorts vid hemlig teleavlyssning får utnyttjas finns i bl.a. 27 kap. 24 § RB. Frågan om utnyttjande av s.k. överskottsinformation, dvs. uppgifter om ett annat brott än det som har legat till grund för avlyssningen, finns i bl.a. 27 kap. 23 a § RB (se SOU 2008:3 s. 96–105).

3.1.2 Förstärkning av skyddet i regeringsformen

Riksdagen har nyligen fattat beslut om en reformerad grundlag (prop. 2009/10:80, bet. 2009/10:KU19, 2010/11:KU4, prot. 2009/10:130, rskr. 2010/11:21–22). Ändringarna träder i kraft den 1 januari 2011. En av förändringarna innebär att det i 2 kap. 6 § RF införs ett andra stycke där det anges att var och en, utöver vad som i övrigt gäller enligt paragrafen, gentemot det allmänna är skyddad mot betydande intrång i den personliga integriteten som sker utan samtycke och innebär övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden.

Regeringen hänvisar i motiven till den nya bestämmelsen till Integritetsskyddskommitténs förslag (se vidare avsnitt 3.1.8) och anger att det finns ett behov av att stärka skyddet för den personliga integriteten i grundlag. Bakgrunden till det är bl.a. att lagstiftningen som innefattar intrång i den enskildes personliga integritet enligt regeringen uppvisar olyckliga brister och att vikten av respekt för individens rätt att förfoga över och ta ställning till det allmännas tillgång till sådan information som rör hans eller hennes privata förhållanden bör betonas på ett tydligare sätt än för närvarande. Som bestämmelsen har utformats kommer den att medföra att lagstiftaren tvingas att tydligt redovisa vilka avvägningar som gjorts vid proportionalitetsbedömningen.

Den nya grundlagsbestämmelsen tar sikte på att skydda information om enskildas personliga förhållanden, vilket i betydande utsträckning förekommer inom den brottsbekämpande verksamheten. Enligt regeringen kan den komma att omfatta vitt skilda slag av information som är knuten till den enskildes person, t.ex. identifikationsuppgifter, adress, familjeförhållanden, vandel, uppgifter om anställning och ekonomi samt fotografisk bild.

Som framgår ovan är det övervakning och kartläggning som omfattas av grundlagsskyddet enligt bestämmelsen. Regeringen betonar att det är åtgärdens effekter som är av avgörande betydelse vid bedömningen av om den ska anses innebära övervakning eller kartläggning och inte det huvudsakliga syftet med åtgärden. Regeringen nämner att uppgiftssamlingar, t.ex. många av de register som används i den brottsbekämpande verksamheten, ska anses innefatta en sådan kartläggning av enskildas personliga förhållanden. När det gäller övervakning träffar det t.ex. hemliga tvångsmedel som teleavlyssning, teleövervakning, kameraövervakning och rumsavlyssning men också teknisk inhämtning genom signalspaning, allmän kamera-

övervakning och övervakning med handmanövrerad kamera. Även övervakning utan att information dokumenteras med hjälp av teknisk utrustning, t.ex. i samband med spaning i den brottsbekämpande verksamheten, kan höra hit.

Grundlagsskyddet omfattar dock enbart betydande integritetsintrång. Den bedömningen ska, enligt propositionen, utgå från de samhällsvärderingar som råder vid varje givet tillfälle. Regeringen menar att det finns svårigheter med att peka ut vilka specifika företeelser som innebär ett betydande intrång i integriteten men anger att åtgärdens omfattning och arten av intrånget kan beaktas liksom åtgärdens ändamål och andra omständigheter.

3.1.3 Begränsning av rättigheterna i regeringsformen

Enligt 2 kap. 12 § första stycket RF får bl.a. de rättigheter som avses i 2 kap. 6 § begränsas genom lag. I 2 kap. 12 § andra stycket RF anges att begränsning som avses i första stycket endast får göras för att tillgodose ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle. Begränsningen får aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den och inte heller sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar. Vidare anges att en begränsning inte får göras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning. Denna allmänna begränsningsram infördes för att understryka kravet på att lagstiftaren noga redovisar sina syften (SOU 1975:75 s. 202, prop. 1975/76:209 s. 153) och gäller alla de begränsningbara fri- och rättigheterna.

I 2 kap. 23 § RF föreskrivs att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av Europakonventionen. Bestämmelsen infördes i samband med att konventionen inkorporerades som svensk lag år 1995. Den syftar till att utgöra ett skydd mot senare lagstiftning i strid med konventionen och riktar sig i första hand till lagstiftaren som har det primära ansvaret för att den inhemska rätten står i överensstämmelse med konventionen. Med stöd av bestämmelsen har domstolar och myndigheter möjlighet att med tillämpning av reglerna om lagprövning i 11 kap. 14 § RF (i ny lydelse fr.o.m. den 1 januari 2011) underlåta att tillämpa en mot konventionen stridande lag eller annan föreskrift. Detta följer av att föreskrifter som meddelas i strid med konven-

tionen samtidigt blir att anse som meddelade i strid med grundlagen (se SOU 2008:3 s. 105–118).

3.1.4 Europakonventionen

I utredningens uppdrag ingår att göra en analys av Europadomstolens praxis såvitt avser de brottsbekämpande myndigheternas användning av teknik för att iaktta och dokumentera. Utredningen har låtit professorn i folkrätt vid Uppsala universitet Iain Cameron göra en sådan praxisgenomgång. Den återfinns i engelsk originalversion i bilaga 3 till betänkandet och översatt till svenska i bilaga 4. Utredningen återkommer till detta i avsnitt 3.3.

Enligt artikel 8.1 i Europakonventionen har var och en rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens. Åtnjutandet av denna rättighet får enligt artikel 8.2 inte inskränkas av offentlig myndighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller andra personers fri- och rättigheter.

Primärt innebär artikel 8 att staten ska avhålla sig från ingrepp i den skyddade rättigheten (Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 261 f.). Artikel 8 innehåller emellertid inget uttryckligt förbud mot en viss typ av ingrepp, men väl en skyldighet att pröva om ett ingrepp från statens sida i den skyddade rättigheten omfattas av undantagsbestämmelsen i artikel 8.2. Om ingreppet inte omfattas av undantagsbestämmelsen strider det mot konventionen.

Artikeln ger skydd för privatliv, familjeliv, hem och korrespondens. Rätten till respekt för familjeliv samt för hem och korrespondens är nära förbundna med rätten till respekt för privatlivet och kan ofta inte särskiljas från denna rättighet (Danelius s. 302). Till begreppet hem i artikeln hör naturligt någons bostad. Europadomstolen har dock utvidgat begreppet till att omfatta ett bolags huvudkontor, avdelningskontor och verksamhetsplats (Danelius s. 351 och praxisgenomgången, bilaga 3–4 avsnitt 5.2.1). Med ”korrespondens” avses i Europakonventionen olika former för överföranden mellan individer. Dit hör brev och andra försändelser samt överföring med hjälp av telefon, telefax, radio och datorer. Skyddet för korrespondens begränsas inte av att det behöver höra till privatlivet

utan även juridiska personer har rätt till respekt för sin korrespondens (Danelius s. 344 och praxisgenomgången, bilaga 3–4 avsnitt 5.2.1). Begreppet privatliv är svårare att definiera än hem och korrespondens. Europadomstolen har uttryckt att det innefattar “activities of a professional or business nature”, “the right to establish and develop relationships with others even in a public context”, “the physical and psychological integrity of a person”, “the right to ... personal development and the right to establish details of their identity as individual human beings” (praxisgenomgången, bilaga 3–4 avsnitt 5.3).

Enligt artikel 8.2 ska ett ingrepp i den skyddade rättigheten vara lagligt. Här ligger inget absolut krav på att regeln i fråga ska ha form av lag, utan även regler på en lägre normnivå kan uppfylla kravet på att ingreppet är lagligt. Det är inte bara skriven lag och föreskrifter på lägre normnivå som innefattas i laglighetskravet utan också etablerad praxis enligt de principer som utvecklas i ett common law-system (Karnov 2006/07 s. 68 f.). Förutom att ingreppet ska ha stöd i inhemsk lag krävs också att lagen uppfyller rimliga anspråk på rättssäkerhet. Den måste ge skydd mot godtycke och den måste vara tillgänglig för allmänheten. Lagen måste också vara utformad med erforderlig precision, så att inskränkningarna i den grundläggande konventionsrättigheten är i rimlig utsträckning förutsebara. En nationell lag, som ger de rättstillämpande organen ett tolkningsutrymme och en rätt till skönsmässig prövning, är emellertid inte i och för sig oförenlig med kravet på förutsebarhet, under förutsättning att gränserna för den skönsmässiga bedömningen är tillräckligt klara för att ge individen skydd mot godtyckliga ingrepp. För att ett ingrepp i den i artikel 8.1 skyddade rättigheten ska vara tillåten krävs vidare att ingreppet ska tillgodose något av de allmänna eller enskilda intressen som räknas upp i artikel 8.2. Ingreppet måste också vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle för att tillgodose detta intresse (se SOU 2007:22, del 2, s. 155 f. och Danelius, s. 305).

3.1.5 De brottsbekämpande myndigheternas rätt att samla information

Allmänt

Varken i rättegångsbalken (RB) eller i annan lagstiftning finns några allmänna regler som beskriver de brottsbekämpande myndigheternas rätt att inhämta information. Mot bakgrund av bestämmelserna om skyddet för den enskildes integritet i regeringsformen och Europakonventionen finns däremot bestämmelser som i vissa särskilda fall reglerar en sådan rätt. Som exempel kan nämnas bestämmelserna om de straffprocessuella tvångsmedlen i 27 och 28 kap. RB (t.ex. hemlig teleavlyssning och hemlig kameraövervakning) samt lagen (2007:987) om hemlig rumsavlyssning. Dessa bestämmelser är begränsade till att användas under förundersökning. För tiden innan förundersökning har inletts finns möjlighet att använda vissa tvångsmedel enligt lagen (2007:979) om åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott.

Bestämmelsen i 8 § polislagen m.m.

En polisman som har att verkställa en tjänsteuppgift ska enligt 8 § första stycket polislagen under iakttagande av vad som föreskrivs i lag eller annan författning ingripa på ett sätt som är försvarligt med hänsyn till åtgärdens syfte och övriga omständigheter. Måste tvång tillgripas, ska detta ske endast i den form och den utsträckning som behövs för att det avsedda resultatet ska uppnås. I 8 § andra stycket föreskrivs att ett ingripande som begränsar någon av de grundläggande fri- och rättigheter som avses i 2 kap. RF inte får grundas enbart på bestämmelserna i första stycket. De principer som anges i 8 § polislagen har generell betydelse för polisarbetet. Principerna får bl.a. betydelse när polisen ska ta ställning till val av spaningsmetod. Paragrafen kan ses som ett allmänt bemyndigande för polisen att vidta de åtgärder som är försvarliga för att fullgöra dess uppgifter, så länge det inte är fråga om att begränsa en grundlagsskyddad rättighet eller att vidta åtgärder som står i strid mot någon specialreglering.

Frågan om polisens spaningsmetoder behandlades av riksdagen under år 1982. Justitieutskottet uttalade (JuU 1981/82:38) att det arbete som hade bedrivits med att utveckla spaningsmetoderna mot kriminalitet av särskilt allvarlig art hade ett värde. Samtidigt borde det stå klart att det i vissa avseenden var fråga om polisiära arbets-

metoder som från allmänna synpunkter inbjöd till diskussion. Det gällde enligt utskottet ett område där några absolut fasta rättsregler inte fanns och enligt sakens natur svårligen kunde ställas upp. Å andra sidan kunde den omständigheten att ett särskilt slags spaningsmetoder inte var uttryckligen förbjudna aldrig i sig utgöra tillräckliga skäl för att utan vidare utgå från att de också bör bli tillämpade här i landet. Utskottet framhöll att vad saken gällde ytterst var en fråga om inriktningen av polisens arbete där intresset av effektivitet samt rättssäkerhets- och integritetskraven bryts mot varandra. Det gällde alltså här avvägningsspörsmål av delvis grannliga natur som var en angelägenhet inte enbart för polisen själv utan i första hand för statsmakterna och de medborgarstyrelser som är verksamma på olika nivåer.

I betänkandet Polislag (SOU 1982:63) gjorde 1981 års polisberedning en ingående analys av frågan om polisens spaningsmetoder från rättsliga och andra utgångspunkter (s. 125–143). Beredningen föreslog att vissa principer skulle läggas fast på området. För det första borde gälla att polisen *aldrig får begå en kriminaliserad handling för att kunna efterforska eller avslöja ett brott*. Beredningen framhöll dock att ett visst utrymme för vissa annars otillåtna handlingar förelåg enligt den allmänna bestämmelsen om nödhandlingar i 24 kap. 4 § BrB och enligt vissa speciella föreskrifter. En annan princip som borde slås fast var att polisen *aldrig får provocera eller annars förmå någon att inleda en brottslig aktivitet*. En tredje utgångspunkt vid bedömningen av vilka spaningsmetoder som kunde anses tillåtna borde enligt beredningen vara att polisen *aldrig av spaningskäl får underlåta att vidta föreskrivna åtgärder mot brott eller mot en för brott misstänkt person*. Slutligen underströk beredningen att beslut om sådana spanings- eller förundersökningsmetoder som avsågs alltid borde fattas av åklagare eller polisman i polischefsbeftattning liksom att stränga krav på dokumentation måste upprätthållas. De principer som nu redovisats gav enligt beredningen dock inte tillräcklig ledning för att man skulle kunna bedöma om en särskild spaningsmetod skulle anses godtagbar eller inte. Här måste dessutom som vid andra former av polisingripanden alltid en allmän bedömning göras av om metoden är försvarlig med hänsyn till åtgärdens syfte och övriga omständigheter. Därvid måste en avvägning göras mellan å ena sidan den skada och det intrång som metoden medför eller riskerar att medföra och å andra sidan brottets svårhetsgrad och de fördelar från bevissynpunkt som står att vinna. Förslaget till 8 § i den nuvarande polislagen inrymde enligt beredningen

de principer som nu redovisats när det gällde spaningsmetoderna. Någon ytterligare reglering i lag var enligt beredningen varken nödvändig eller lämplig. En annan sak var att vissa föreskrifter, bl.a. om beslutsnivåer, kan behöva meddelas i annan form än lag.

I proposition 1983/84:111 med förslag till en ny polislag anförde föredragande statsrådet (s. 48 f.) att han kunde ställa sig bakom de principer för bruket av spaningsmetoder som polisberedningen hade föreslagit. Dessa principer, sammanställda med den analys av rättsläget på området som beredningen hade gjort, borde kunna vara till god hjälp vid det praktiska handhavandet av uppgiften att avgöra om man i ett enskilt fall borde tillgripa en spaningsmetod. Att dessa principer på sätt beredningen uttalat inryms i en allmän regel som gav uttryck åt de s.k. legalitets-, behovs- och proportionalitetsprinciperna fann föredragande statsrådet också klart (se SOU 2007:22, del 2, s. 153–155).

3.1.6 De brottsbekämpande myndigheternas behandling av personuppgifter

Inledning

Digital behandling av bild och ljud anses utgöra automatiserad behandling i den mening som begreppet har i 5 § personuppgiftslagen (1998:204). Personuppgiftslagen blir därmed tillämplig på digital behandling av bild, vilket kan skapa svårigheter i olika hänseenden (SOU 2001:92 s. 116 och 157 ff.).

Polisen

Polisdatalagen (1998:622) bygger på personuppgiftslagen och innehåller endast de särregler som ansetts nödvändiga i polisens verksamhet. Lagen innehåller allmänna regler om behandling av personuppgifter i polisens arbete som avser både manuell behandling och automatiserad behandling av personuppgifter (1–9 §§). I lagen finns också regler som enbart tar sikte på automatiserad behandling (10–36 §§). De gäller uppgifter om kvarstående misstankar och kriminalunderrättelseverksamhet samt vissa datoriserade register som förs hos polisen, nämligen kriminalunderrättsregister, DNA-register, fingeravtrycks- och signalementsregister och SÄPO-registret. Lagen gäller vid behandling av personuppgifter i polisens verksamhet för

att förebygga brott och andra störningar av den allmänna ordningen och säkerheten, övervaka den allmänna ordningen och säkerheten, hindra störningar därav samt ingripa när något sådant inträffat eller bedriva spaning och utredning i fråga om brott som hör under allmänt åtal (1 §).

Uppgifter om en person får inte behandlas enbart på grund av vad som är känt om personens ras eller etniska ursprung, politiska åsikter, religiösa eller filosofiska övertygelse, medlemskap i fackförening, hälsa eller sexuella läggning (5 §). Om uppgifter om en person behandlas på annan grund får uppgifterna kompletteras med nämnda typer av uppgifter. En sådan komplettering får dock bara ske om det är oundgängligen nödvändigt för syftet med behandlingen. Bestämmelsen innebär ett undantag från det principiella förbudet mot att behandla känsliga personuppgifter som finns i personuppgiftslagen.

Polisdatalagen skiljer på behandling av personuppgifter i kriminalunderrättelseverksamhet och personuppgifter i kriminalunderrättelseregister.

Kriminalunderrättelseverksamhet består i att samla, bearbeta och analysera information för att klarlägga om brottslig verksamhet har utövats eller kan komma att utövas, allt i den mån verksamheten inte utgör förundersökning. Av lagen framgår att automatiserad behandling av personuppgifter i kriminalunderrättelseverksamhet får ske först efter att polismyndighet eller Rikspolisstyrelsen har fattat beslut om att en särskild undersökning ska inledas (14 och 15 §§). Det ska också finnas anledning att anta att allvarlig brottslighet har utövats eller kan komma att utövas. Med allvarlig brottslighet avses brott för vilket det är föreskrivet minst två års fängelse (3 §). Om behandlingen avser uppgifter om enskilda som inte är misstänkta för något brott ska en upplysning finnas om detta förhållande. Ändamålet med behandlingen och de villkor i övrigt som behövs för att förebygga otillbörligt intrång i de registrerades personliga integritet ska anges i beslutet om att särskild undersökning ska inledas. Uppgifter som behandlas i en särskild undersökning ska gallras senast ett år efter att beslutet om behandlingen fattades (16 §). Behandling får dock ske under längre tid om det är av särskild betydelse för att den särskilda undersökningen ska kunna avslutas. Rikspolisstyrelsen ska föra en särskild förteckning över samtliga beslut om behandling av personuppgifter i kriminalunderrättelseverksamhet.

I kriminalunderrättelseregister samlas och systematiseras information som polisen får genom t.ex. tips, iakttagelser eller upp-

lysningar som ger anledning att misstänka att det förekommer brottslig verksamhet. Datoriserade kriminalunderrättelseregister får endast föras för att ge underlag för beslut om särskilda undersökningar avseende allvarlig brottslighet eller underlätta tillgången till allmänna uppgifter med anknytning till underrättelseverksamhet (17 §). Polisdatalagen innehåller särskilda bestämmelser om vad ett kriminalunderrättelseregister får innehålla när det gäller uppgifter som kan hänföras till enskilda personer (18 §). Sådana uppgifter får föras in i registret endast om uppgiften ger anledning att anta att allvarlig brottslighet utövats eller kan komma att utövas och om den som avses med uppgifterna skäligen kan misstänkas för att ha utövat eller komma att utöva den allvarliga brottsliga verksamheten. Uppgifter om transportmedel eller varor som kan antas ha samband med allvarlig brottslighet får registreras även om uppgifterna kan hänföras till en person som inte är misstänkt för brott. Det samma gäller hjälpmedel som kan antas ha använts i sådan verksamhet. En upplysning om att uppgiften avser en icke misstänkt person ska lämnas. Lagen innehåller också en uttömmande uppräknings av vilken typ av uppgifter som ett kriminalunderrättelseregister får innehålla (20 §). Uppgifter i kriminalunderrättelseregister får bevaras under längre tid än vad som gäller för särskilda undersökningar. Gallring ska sålunda ske senast tre år efter det att uppgifter om den misstänkte i fråga senast fördes in (21 §). Om en särskild undersökning beträffande denne person har inletts, får dock uppgifterna stå kvar till dess undersökningen avslutats (se SOU 2007:22, del 2 s. 174–177).

Polisdatautredningen

Polisdatautredningen redovisade i sitt betänkande *Behandling av personuppgifter i polisens verksamhet* (SOU 2001:92) något om de tillämpningssvårigheter som hade uppkommit i takt med att inhämtning av bild- och ljuduppgifter om personer med digital i stället för analog teknik ökade. Utredningen belyste det med att redogöra för ett tillsynsärende hos Datainspektionen (s. 158). Inspektionen hade i det aktuella fallet öppnat ett tillsynsärende mot Polismyndigheten i Skåne med anledning av en tidningsartikel i *Expressen* den 12 juli 2001. I artikeln uppgavs att polisen i Skåne använde digitala kameror för att ”hålla koll” på ungdomsgång på festivaler och andra platser där det finns risk för att ungdomar ska hamna i bråk eller begå brott.

Enligt artikeln fotograferades ungdomar bl.a. under de s.k. Kristianstadsdagarna. Datainspektionen fann att användningen av digitala kameror under Kristianstadsdagarna i flera fall hade skett i kriminalunderrättelseverksamhet enligt definitionen i 3 § polisdatalagen. För att användningen av digitala kameror ska vara tillåten i kriminalunderrättelseverksamhet krävs som inspektionen påpekade i beslutet att användningen sker inom ramen för en särskild undersökning eller i ett kriminalunderrättelseregister. Datainspektionen anförde att inspektionen förutsatte att den fortsatta användningen av digitala kameror i kriminalunderrättelseverksamhet skulle ske under de förutsättningar som ställs upp i polisdatalagen. Datainspektionen fann mot den bakgrunden inte skäl att företa några ytterligare åtgärder utan avskrev ärendet.

Polisdatautredningen lämnade ett förslag till ny polisdatalag med en reglering som bl.a. innebär att lagen inte skulle gälla vid insamling av personuppgifter genom upptagning av bilder och ljud.

Den nya polisdatalagen

Riksdagen har beslutat att en ny polisdatalag ska träda i kraft den 1 mars 2012 (prop. 2009/2010:85, bet. 2009/10:JuU19, rskr. 2009/10:255). Syftet med lagen är att ge polisen möjlighet att behandla personuppgifter på ett ändamålsenligt sätt i sin brottsbekämpande verksamhet och att skydda människor mot att deras personliga integritet kränks vid sådan behandling. Genom den nya lagen kommer man att komma till rätta med olika problem som den nuvarande regleringen har visat sig ge upphov till, bl.a. när det gäller möjligheten att behandla personuppgifter för att förebygga, förhindra och upptäcka brottslig verksamhet.

Polisen ska få behandla personuppgifter om det behövs för att förebygga, förhindra eller upptäcka brottslig verksamhet, utreda eller beivra brott eller fullgöra de förpliktelser som följer av internationella åtaganden (2 kap. 7 §). Vissa bestämmelser i personuppgiftslagen gäller vid behandlingen, t.ex. 9 § om att uppgifter bara får behandlas om det är lagligt, om det sker på ett korrekt sätt och fler uppgifter får inte samlas in än vad som är nödvändigt med behandlingen (2 kap. 2 §). Vid insamling av uppgifter genom bilder eller ljud gäller inte 23 § personuppgiftslagen om att information i vissa fall självmant ska lämnas till den enskilde (2 kap. 2 §). Däremot gäller 26 § personuppgiftslagen om att information ska lämnas på begäran

av den registrerade. Det rör bl.a. vilka uppgifter som behandlas, varifrån uppgifterna har hämtats och ändamålen med behandlingen. Enligt 27 § personuppgiftslagen gäller dock inte rätten till information förhållanden för vilka det gäller sekretess.

Tullverket

För behandling av uppgifter i Tullverkets brottsbekämpande verksamhet gäller särskilda regler i lagen (2005:787) om behandling av uppgifter i Tullverkets brottsbekämpande verksamhet. Uppgifter får behandlas om det behövs för att förhindra eller upptäcka allvarlig brottslighet, utreda eller beivra visst brott, eller fullgöra det arbete som Tullverket är skyldigt att utföra enligt lagen (2000:1219) om internationellt tullsamarbete (7 §). Uppgifter får också, om det är nödvändigt, tillhandahållas Rikspolisstyrelsen, polismyndigheter, Ekobrottsmyndigheten, Åklagarmyndigheten, Skatteverket och Kustbevakningen i deras brottsbekämpande verksamhet (8 §). Känsliga personuppgifter får, om det är absolut nödvändigt, behandlas som komplement till uppgifter som behandlas på annan grund (11 §). Känsliga personuppgifter får också behandlas om de förekommer i en handling som kommit in till Tullverket i ett ärende. Vidare sägs att uppgifter som beskriver en persons utseende alltid ska utformas på ett objektivt sätt med respekt för människovärdet.

I lagen görs skillnad på när personuppgifter får behandlas för att å ena sidan förhindra eller upptäcka brottslig verksamhet och å andra sidan utreda eller beivra visst brott. Enligt 12 § får sålunda personuppgifter behandlas om dessa ger anledning anta att viss allvarlig brottslighet, avseende brott för vilket är stadgat minst två års fängelse, eller som innefattar annan brottslig verksamhet som sker systematiskt, har utövats eller kan komma att utövas. Därutöver förutsätts att personen i fråga är skäligen misstänkt för att ha utövat, eller kan komma att utöva, den brottsliga verksamheten eller kan antas ha ett samband med denna. Det sistnämnda kan alltså gälla också icke misstänkta personer. I sådant fall krävs att det är fråga om en viss preciserad brottslig verksamhet. Bestämmelsen medger att personuppgifter kan behandlas i underrättelseverksamhet i större utsträckning än vad som är fallet enligt polisdatalagen, eftersom även systematisk brottslig verksamhet omfattas oaktat att brottsligheten i det enskilda fallet inte bedöms som allvarlig. Också uppgifter som indirekt kan hänföras till en person, dvs. uppgifter om

transportmedel, varor eller hjälpmedel, och som kan antas ha samband med den brottsliga verksamheten får behandlas. Uppgifter om den som skäligen kan misstänkas för ett brott och om andra personer får behandlas för att utreda eller beivra brottet (14 §). Det enda krav som uppställs är att uppgifterna behövs i brottsutredningen. För att inte en sammanblandning av misstänkta och icke misstänkta personer ska ske, föreskrivs i 16 § att den sistnämnda kategorin ska försees med en särskild upplysning om detta förhållande. Vidare gäller att uppgifter om en person som kan antas ha samband med brottslig verksamhet ska försees med upplysning om uppgiftslämnarens trovärdighet och uppgifternas riktighet i sak. Det finns även regler om i vilka fall uppgifter om kvarstående misstänkta får behandlas (17 och 18 §§). Bestämmelserna överensstämmer i huvudsak med vad som gäller enligt polisdatalagen. Gallring av uppgifter ska ske senast ett år efter det att ärendet i fråga avslutats (27 §). För uppgifter som inte ingår i ett ärende ska gallringen ske senast ett år efter det att de behandlades första gången. För tullbrottsdatabasen gäller dock en gallringstid om tre år. Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer kan meddela föreskrifter om att uppgifter får bevaras under längre tid (se SOU 2007:22, del 2, s. 224–230).

Kustbevakningen

Behandling av personuppgifter i Kustbevakningens verksamhet regleras i förordningen (2003:188) om behandling av personuppgifter inom Kustbevakningen. Förordningen gäller utöver personuppgiftslagens bestämmelser. Personuppgifter får behandlas i Kustbevakningens brottsbekämpande verksamhet, om det är nödvändigt för att förhindra eller upptäcka brottslig verksamhet som innefattar brott som Kustbevakningen ska ingripa mot (4 §).

Känsliga personuppgifter, i den meningen som avses i 13 § personuppgiftslagen, får behandlas i Kustbevakningens brottsbekämpande verksamhet samt i kontroll- och tillsynsverksamheten (9 §). Som förutsättning gäller att det är oundgängligen nödvändigt att uppgifterna behandlas som ett komplement till uppgifter som behandlas på annan grund. Beträffanden ärenden om vattenföroreningsavgift hänvisas i förordningen till personuppgiftslagens bestämmelser om behandling av känsliga uppgifter, vilket innebär att det i princip är förbjudet att behandla känsliga uppgifter i dessa ärenden.

I förordningen finns särskilda regler om behandling av uppgifter för att förhindra eller upptäcka brottslig verksamhet beträffande personer som inte är misstänkta för brott (10 §). Sådana uppgifter får behandlas om det nödvändigt för att förhindra eller upptäcka allvarlig brottslighet, dvs. som innefattar brott för vilket är föreskrivet fängelse i två år eller mer. Behandlingen får bara ske om den inte leder till otillbörligt integritetsintrång. Om en uppgift avser en icke misstänkt person ska en särskild upplysning lämnas om detta förhållande. Dessutom ska uppgifterna förses med en bedömning av uppgiftslämnarens trovärdighet och uppgifternas riktighet i sak. Personuppgifter ska gallras när de inte längre behövs med hänsyn till ändamålen med behandlingen (24 §). Uppgifter om personer i underrättelseverksamheten som det inte finns någon misstanke om brott mot ska dock gallras senast ett år efter det att behandlingen inleddes (se SOU 2007:22, del 2, s. 231–234).

Skattebrottsenheterna

Skattebrottsenheternas behandling av personuppgifter regleras av lagen (1999:90) om behandling av personuppgifter vid Skatteverkets medverkan i brottsutredningar och av förordningen (1999:105) med samma namn. Lagen gäller utöver personuppgiftslagen och är tillämplig vid behandling av personuppgifter i Skatteverkets verksamhet för att bedriva spaning och utredning i fråga om vissa angivna skatte-relaterade brott och folkbokföringsbrott samt för att förebygga sådana brott. Även för skattebrottsenheterna finns det begränsande regler när det gäller att behandla känsliga personuppgifter (4 §). För att personuppgifter ska få behandlas i underrättelseverksamhet föreskrivs att en särskild undersökning avseende skatte- eller folkbokföringsbrott ska ha inletts och att det finns anledning att anta att allvarlig brottslig verksamhet har utövats eller kan komma att utövas. Med det avses brott på vilket fängelse två år eller mer kan följa (2 och 11 §§).

3.1.7 Principen om att etern är fri

Som nämndes ovan omfattar skyddet för förtroliga meddelanden i 2 kap. 6 § RF inte exempelvis radiosändningar (prop. 1975/76:209 s. 147). Det kan konstateras att det har utbildats en praxis som

innebär att avlyssning av etern har ansetts fri, oavsett om den bedrivs av enskilda eller av myndigheter (SOU 2007:22, del 1 s. 256). I 6 kap. 17 § första stycket lag (2003:389) om elektronisk kommunikation (LEK) finns den grundläggande bestämmelsen till skydd för hemligheten för elektroniska meddelanden. Den innebär att det inte är tillåtet för någon annan än berörda användare att ta del av eller på annat sätt behandla uppgifter i ett sådant meddelande. Från den regeln finns undantag i bl.a. andra stycket. I punkten tre klargörs principen om att etern är fri och att var och en, således även en myndighet, i princip fritt kan lyssna till radiobefordrade meddelanden i en radiomottagare (prop. 2002/03:110 s. 395 f., se även t.ex. prop. 1988/89:124 s. 39 och 1992/93:200 vol. 1 s. 166). Enligt regeln om tystnadsplikt i 6 kap. 23 § LEK gäller dock att den som i radiomottagare har avlyssnat ett radiobefordrat telemeddelande som inte är avsett för den personen eller för allmänheten inte obehörigen får föra det vidare.

Lagrådet har i yttrande över förslaget till lagen (2008:717) om signalspaning i försvarsunderrättelseverksamhet uttryckt att principen om eternas frihet har ifrågasatts och torde allt mer kunna ifrågasättas när en allt större del av vår privata kommunikation blir eterburen. Lagrådet framhöll att bestämmelserna om hemlig teleavlyssning och hemlig teleövervakning i 27 kap. RB inte gör någon skillnad mellan fast telefoni och mobil trådlös telefoni samt att Europadomstolen i sin praxis har ställt samma krav på villkoren för avlyssning av trådlös kommunikation som i fråga om annan telekommunikation (Weber och Saravia mot Tyskland, mål nr 54934/00, se även praxisgenomgången bilaga 3–4 avsnitt 5.2.4). Lagrådet pekade även på att det globala nätet är uppbyggt på ett sådant sätt att det kan bero på slumpartade förhållanden om en viss kommunikation förmedlas delvis i tråd, delvis trådlöst (se Lagrådets yttrande i prop. 2006/07:63 s. 170 ff.).

3.1.8 Integritetsskyddskommittén

I betänkandet Skyddet för den personliga integriteten (SOU 2007:22, del 1, s. 200–204) behandlade Integritetsskyddskommittén frågorna om eventuell reglering av användning av handmanövrerad kamera, dold kroppsmikrofon, inspelning av telefonsamtal och positionsbestämning. Kommittén konstaterade att sådana spaningsmetoder

innefattar intrång i den enskildes integritet i varierande grad beroende på hur den enskilda åtgärden genomförs.

Integritetsskyddskommittén anförde att metoderna anses i princip tillåtna och att Europakonventionens bestämmelser inte anses innefatta något generellt förbud för metoderna. Gällande rättsläge innebär, angav kommittén, att det i det enskilda fallet är polis eller åklagare som ska avgöra om en sådan åtgärd, eller någon annan integritetskänslig spaningsmetod, är förenlig med artikel 8 i Europakonventionen. Det kan, enligt kommittén, inte anses tillfredsställande att det har uppstått en tveksamhet kring huruvida svensk rätt i detta avseende uppfyller kraven i artikel 8 i Europakonventionen. Genom en reglering kan det, menade kommittén, klargöras vilka metoder, eller vilka komponenter i en metod, som är särskilt känsliga från integritetsskyddssynpunkt. Särskilda skyddsregler kan därmed uppställas för sådana åtgärder och det kan avgöras huruvida en viss metod kan få användas också beträffande icke misstänkta personer. Kommittén skrev även att en uttrycklig reglering innebär att det klargörs vem som är behörig att fatta beslut om åtgärden och i vilken utsträckning dokumentation ska ske. Utifrån ett hänsynstagande till skyddet för den enskildes personliga integritet finns det, framhöll kommittén, starka skäl att förorda att integritetskänsliga spaningsmetoder blir föremål för en reglering.

Integritetsskyddskommittén behandlade också frågan hur en lagreglering bör utformas och pekade då på några aspekter från integritetsskyddssynpunkt som det är viktigt att beakta vid en översyn som tar sikte på att en reglering ska införas. Enligt kommittén kan en reglering inte syfta till att reglera alla spaningsmetoder som polisen använder sig av utan i stället till att skilja ut de metoder som är särskilt känsliga från bl.a. integritetsskyddssynpunkt och där särskilt stränga krav bör gälla. I första hand bör enligt kommittén en reglering ta sikte på de metoder som innebär att information hämtas in genom någon form av hemlig avlyssning eller övervakning. När det gäller övervakning är det, menade kommittén, inte givet att enbart åtgärder som utförs i hemlighet bör omfattas av en reglering, eftersom även en ”öppen” övervakning, som har ett inslag av tvång eller som bedrivs under lång tid, kan vara särskilt integritetskänslig. En reglering bör vidare, enligt kommittén, vara så teknikneutral som möjligt och undvika att söka uttömmande ange vilka metoder som avses. Genom en reglering kan det också, ansåg kommittén, klargöras att vissa former av spaningsmetoder är så ingripande att de inte ska vara tillåtna utanför en förundersökning. Ett exempel på en

spaningsåtgärd som kan anses särskilt ingripande från integritets-skyddssynpunkt menade kommittén är positionsbestämning genom att sändare fästs på en person eller på ett föremål som en person bär med sig liksom positionsbestämning som förutsätter att ett in-trång i egendom görs. Kommittén framhöll också att en reglering innebär att man behöver ta ställning till vilka brottsbekämpande myndigheter som ska ha rätt att använda sig av metoderna och att kommittén inte ansåg sig behöva ta ställning till på vilken normnivå en reglering ska ske.

I den sammanfattande analysen rörande polisens spaningsmetoder (SOU 2007:22, del 1, s. 472) konstaterade Integritetsskyddskommittén att för att kunna fullgöra sina uppgifter är polisen beroende av spaningsmetoder som innebär någon form av avlyssning eller övervakning och som många gånger sker i hemlighet. Vissa metoder förutsätter att tekniska hjälpmedel används, såsom handmanövrerad kamera, dold kroppsmikrofon, inspelningsapparat och pejlings-utrustning. Metoderna ger enligt kommittén i stor utsträckning upphov till inskränkningar av enskildas personliga integritet. Även om lagenligheten av en del av dessa metoder genom åren har ifrågasatts från olika håll, menade kommittén att bedömningen inte kan göras att polisen bör avstå från att i nuvarande omfattning använda de aktuella metoderna på grund av att de alltför mycket inkräktar på den personliga integriteten. Däremot är det enligt kommittén från integritetsskyddssynpunkt och från verksamhetssynpunkt önskvärt att integritetskänsliga spaningsmetoder blir föremål för reglering. Kommittén ansåg att det oreglerade tillstånd som nu råder synes medföra betydande risker för att det lokalt eller på individnivå beslutas spaningsmetoder som inte tillräckligt beaktar integritets-skyddsintresset och att det först genom en reglering blir möjligt att generellt dra rågången mellan tillåtna och icke tillåtna metoder samt att ta ställning till andra frågor av betydelse för integritets-skyddet, såsom vem som ska ha behörighet att besluta om teknisk spaning och vilka kompensatoriska skyddsåtgärder som behövs.

Integritetsskyddskommittén uttalade sig också om den praxis som utvecklats kring principen om eterns frihet och anförde att den in-ger betänkligheter från integritetsskyddssynpunkt (SOU 2007:22 del 1, s. 256, se även SOU 2008:3 s. 262).

3.2 Några tidigare utredningsarbeten

Frågan om de brottsbekämpande myndigheternas användning av sådana spaningsmetoder som utredningens uppdrag rör har på olika sätt behandlats i ett flertal sammanhang, t.ex. i den s.k. SPANARK-gruppens rapport Narkotikaspaning och underrättelseförfarande (1980-06-12), Narkotikakommissionens promemoria Polisens insatser mot narkotikan (PM nr 5 s. 76 f. och 112), propositionen 1988/89:124 om vissa tvångsmedelsfrågor (s. 57), SÄPO-kommitténs betänkande SÄPO – Säkerhetspolisens arbetsmetoder, personalkontroll och meddelarfrihet (SOU 1990:51 s. 107), Rikspolisstyrelsens rapport 1994:3 Promemoria angående kontrollerade leveranser av narkotika m.m., Rikspolisstyrelsens rapport 1994:9 Återköp och betalning för information (s. 82 f.), Polisrättsutredningens slutbetänkande Tvångsmedel enligt 27 och 28 kap. RB samt polislagen (SOU 1995:47), Rikspolisstyrelsens rapport 1996:4 Teknikbundna spaningsmetoder, Buggningsutredningens betänkande Buggning och andra hemliga tvångsmedel (SOU 1998:46 s. 349 ff.), 11 september-utredningens betänkande Vår beredskap efter den 11 september (SOU 2003:32) och i betänkandena Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen (SOU 2003:74) och Tillgång till elektronisk kommunikation i brottsutredningar m.m. (SOU 2005:38 s. 208–216) från Beredningen för rättsväsendets utveckling (BRU).

3.3 Några allmänna utgångspunkter för utredningen

3.3.1 Inledning

Utredningens uppdrag innebär bl.a. att det ska övervägas om olika särskilda spaningsmetoder ska regleras i lag och i så fall på vilket sätt, främst utifrån de krav som artikel 8 i Europakonventionen ställer upp och vad det föreslagna förstärkta integritetsskyddet i 2 kap. 6 § andra stycket RF föreskriver när det gäller lagstöd.

För att få ett mera fullständigt underlag för bedömningarna i denna del har utredningen låtit professorn Iain Cameron, Uppsala universitet, självständigt från utredningens övriga arbete göra en genomgång av och analysera vilka slutsatser som kan dras från Europadomstolens praxis på detta område (se praxisgenomgången, bilaga 3–4). Uppdraget har tagit särskilt sikte på tekniska spanings-

metoder och närliggande frågor i anslutning till infiltrationsoperationer, medan frågan om provokativa åtgärder främst har behandlats mera indirekt.

Med nämnda praxisgenomgång som startpunkt och i ljuset av det förstärkta integritetsskyddet i 2 kap. 6 § andra stycket RF har utredningen sedermera bedömt i vilket hänseende uttryckligt lagstöd bör krävas när det gäller de särskilda spaningsmetoder som utredningen haft att bedöma och även utifrån dessa utgångspunkter bestämt på vilken nivå som beslut om olika åtgärder bör fattas.

3.3.2 Några grundläggande principer

Som framgått har utredningen haft skyddet för hemmet, privatlivet och korrespondensen i artikel 8 Europakonventionen samt det förstärkta integritetsskyddet i grundlagen närmast som ett raster vid analysen och bedömningen av hur regelverket närmare bör vara utformat gällande olika särskilda spaningsmetoder.

En följd av detta är att *integritetsskyddsaspekten* får ett betydande genomslag som en gränsbestämmande faktor mellan å ena sidan åtgärder som bör ha ett uttryckligt lagstöd och å andra sidan åtgärder där den nuvarande regleringen bedöms som tillräcklig.

Det måste emellertid betonas att många av åtgärderna vidtas redan i dag med stöd av den allmänna befogenhetsbestämmelsen i 8 § polislagen och ses som vedertagna metoder inom ramen för brottsbekämpande myndigheters insatser mot brott. En viktig utgångspunkt för utredningens bedömning måste därför vara att ta tillräcklig hänsyn till att det rör sig om pågående verksamhet där arbetsmetoderna kontinuerligt används redan i dag. Utredningen har därför också haft vad som skulle kunna beskrivas som en *kontinuitetsprincip* som en av de bärande principerna för bedömningen.

En annan faktor som måste tillåtas få genomslag är anpassningen till det svenska rättssystemet. Europakonventionen och Europadomstolens praxis bygger på att det går att finna gemensamma allmänna principer som alla medlemsländer genom sitt tillträde till konventionen har ställt upp på, men vid bedömningen av vilka följer ett visst avgörande eller en viss tolkning av konventionen bör medföra för det egna landets regelsystem måste det i hög grad kunna ske en anpassning till hur det egna regelsystemet ser ut och hur det är uppbyggt. En *anpassningsprincip* får därför också betydelse för regelverkets utformning. I det sammanhanget måste också fram-

hållas att Sverige inte i rättslig mening är bundet av andra avgöranden än sådana där man intar partsställning, även om utgångspunkten också måste vara att så långt det är möjligt utifrån mera specifika svenska förhållanden lojalt följa även andra avgöranden.

Utredningen har inte funnit att dagens regelverk vare sig när det gäller infiltrationsoperationer eller tekniska spaningsmetoder står i direkt strid med kraven enligt artikel 8 och därför inte skulle vara tillåtna. Emellertid bör, enligt utredningen, lagstiftaren eftersträva att vid utformning av regelverket uppfylla Europakonventionens krav med viss marginal så att det för framtiden inte kommer att råda någon som helst tvekan om att regelverket uppfyller dessa krav, även om Europadomstolens praxis skulle fortsätta utvecklas i den riktning mot allt större krav på uttryckligt lagstöd och integritetsskydd som hittills har varit fallet. I det sammanhanget går det inte heller att bortse från att det förstärkta integritetsskyddet i vår grundlag medför att det framöver också kommer att finnas ett ökat krav på uttryckligt lagstöd för integritetskänsliga spaningsmetoder.

I likhet med vad utredningen fann i sitt delbetänkande (SOU 2009:1) görs dessutom en åtskillnad mellan underrättelseverksamhet och förundersökning utifrån att den förra måste ses ur ett mera renodlat medborgarperspektiv, medan den senare främst måste ses utifrån ett parts- och lagföringsperspektiv med de mera specifika rättssäkerhetskrav och rätt till insyn i materialet, åtminstone så långt som detta kan användas till nackdel för parten, som därmed måste gälla.

En annan iakttagelse som även Integritetsskyddskommittén varit inne på i sina överväganden är att dagens oreglerade område många gånger skapar osäkerhet på fältet kring vilka gränser som gäller för användningen av olika särskilda spaningsmetoder och därmed kan vara en hämsko för att fullt ut använda den potential för det brottsbekämpande arbetet som spaningsmetoderna utgör. En ökad precision och tydlighet i regelsystemet kan därför också medföra en ökad användning av såväl infiltrationsoperationer som tekniska spaningsmetoder samtidigt som detta enligt utredningens bedömning i så fall kommer att ske inom ramen för ett betydligt mera rättssäkert och transparent regelverk.

3.3.3 Utgångspunkter för utformningen av ett nytt regelverk

Praxisgenomgången visar att Europadomstolen i sina avgöranden i allt högre grad lägger vikt vid vilken typ av information som i realiteten kan erhållas genom olika inhämtningsmetoder och hur denna sedermera tas om hand av de brottsbekämpande myndigheterna, framför själva inhämtningsmetoderna som sådana (se praxisgenomgången, bilaga 3–4 avsnitt 6.5). I det sammanhanget görs alltså ingen egentlig skillnad i integritetshänseende mellan den information som erhålls genom en hemlig teleavlyssning och den information som kan erhållas genom användande av en dold kroppsmikrofon, eftersom båda metoderna medför att det går att spela in innehållet i ett samtal utan den övervakade personens vetskap. Utifrån ett mera strikt europarättsligt synsätt skulle således inhämtning av ljud med en dold kroppsmikrofon likställas med hemlig teleavlyssning och hemlig rumsavlyssning, inhämtning av bild med hjälp av en infiltratör som utger sig för att vara någon annan än den han är likställas med hemlig kameraövervakning och användande av en s.k. IMSI-catcher för att fånga upp teledresser inom ett visst geografiskt område med hemlig teleövervakning.

Mot detta måste emellertid ställas att metoderna för inhämtning många gånger helt lagligt får användas av envar. Det står således en enskild medborgare fritt att själv spela in ett samtal som han själv deltar i och att fritt ta bilder av andras hem, om bildupptagningen sker från en plats som inte omfattas av skyddet för hemfriden.

Vid den avvägning av motstående intressen som måste ske har därför utredningen stannat för att lagreglera inspelning av ljud, bildupptagning av hem och korrespondens, lokalisering av person och användande av teknisk utrustning för att fånga upp teledresser inom ett visst geografiskt område som särskilda spaningsmetoder för inhämtning av information på en nivå som kan sägas ligga i gränslandet mellan de hemliga tvångsmedlen och mera ordinära polisiära arbetsmetoder som även framöver kommer att regleras genom de allmänna befogenheterna i polislagen. Dessa överväganden har fått återverkningar också när det gäller vilka beslutsorgan och vilka beslutsnivåer som bör finnas.

Det saknas utifrån utredningens utgångspunkter skäl att reglera infiltrationsoperationer som arbetsmetod i sig. Detta är en vedertagen arbetsmetod inom brottsbekämpningen i alla västerländska demokratier, som främst används för att kunna få information om och kunna beivra organiserad brottslighet. Först i de fall där åtgärder

inom ramen för en sådan operation riskerar att närma sig eller överträda den gräns som artikel 8 i Europakonventionen eller den nya grundlagsbestämmelsen sätter, ställer sig saken annorlunda. Det kan då röra sig om användande av de inhämtningsåtgärder som berörts ovan, t.ex. inspelning av ljud eller upptagning av bild eller lokalisering av person med hjälp av tekniska hjälpmedel, men även andra tvångsmedelsliknande situationer som tillträde till någons bostad (jfr husrannsakan) eller möjligheter att undersöka föremål (jfr beslag) kan bli aktuella. Särskilda frågor om tillskapande av möjligheter till deltagande i annars brottsliga gärningar eller ökade möjligheter att underlåta åtal för vissa brott som kommer fram under en infiltrationsoperation kräver därtill självklart uttryckligt lagstöd, om de ska kunna genomföras.

När det gäller provokativa åtgärder har utredningen närmast angripit detta problemkomplex utifrån ett klarläggande av rättsläget och i vissa hänseenden en kodifiering av gällande rätt samtidigt som det vid övervägande kring ett nytt regelsystem alltid måste bedömas om det finns skäl att göra förändringar som bidrar till att systemet blir mer logiskt och konsistent.

Vid utformningen av det nya regelsystemet har utredningen tagit sitt avstamp i de principer som har utmejslats i Europadomstolens praxis när det gäller kravet på att intrånget i den skyddade rättigheten ska ske med stöd av lag ("in accordance with the law"). Som framgår av praxisgenomgången är vad som krävs för att intrånget i den skyddade rättigheten i detta hänseende ska kunna tillåtas inte enbart formell, utan tar sikte på regelsystemets kvalitet, varvid frågan om beslutsnivå, beslutsinstansens oberoende prövning och tillskapande av olika särskilda skyddsåtgärder ("safeguards") är betydelsefulla (se bilaga 3–4 avsnitt 6).

Utgångspunkten kan här sammanfattas i att medborgarna genom regleringen måste få en rimligt förutsebar uppfattning om de närmare villkoren för prövningen, prövningen måste både vara och framstå som reell. Vidare måste det vid en helhetsbedömning, där olika komponenter som krav gällande straffskalor, beslutsinstans och kontrollorgan ses som kommunicerande kärl, finnas tillräckligt med skyddande åtgärder som motverkar missbruk av de maktbefogenheter som de särskilda spaningsmetoderna kan medföra för de brottsbekämpande myndigheterna.

Utredningens förslag ska ses i ljuset av dessa förutsättningar och de principer som tidigare berörts.

4 Infiltrationsoperationer

4.1 Uppdraget

I arbetet med att upptäcka och beivra brott är det ibland nödvändigt att använda straffprocessuella tvångsmedel eller andra särskilda arbetsmetoder. Sådana metoder kan ibland innebära påtagliga ingrepp i enskildas personliga sfär. Av rättssäkerhets- och integritets-skyddsskäl är det av största vikt att metoder av detta slag ges en ändamålsenlig utformning och att regelverket kring metoderna utformas så att den enskildes rättssäkerhet kan tryggas och riskerna för missbruk minimeras. När det övervägs om det är lämpligt att införa nya sådana metoder eller att utvidga tillämpningsområdet för befintliga metoder ska den s.k. proportionalitetsprincipen beaktas. Det innebär att behovet alltid måste vägas mot det integritetsintrång som användandet av metoden kan innebära för den enskilde. Dessutom måste det säkerställas att den enskildes rättssäkerhet kan upprätthållas och att eventuellt missbruk eller annan felaktig användning av metoderna kan upptäckas och beivras samt att den enskilde har rimliga möjligheter att utnyttja den rätt till ersättning som kan föreligga. Detta gäller även vid överväganden om behovet av att i lag eller annan författning ange närmare förutsättningar för i viss mån redan använda arbetsmetoder.

En arbetsmetod som aktualiserar frågor av detta slag är s.k. infiltration av kriminella grupper och nätverk. Infiltrationsoperationer av både enklare och mer kvalificerat slag har under senare år fått ökad betydelse, i synnerhet i det internationella samarbetet mot gränsöverskridande och organiserad brottslighet som också svensk polis och tull deltar i. I operationerna deltar poliser och andra tjänstemän som uppträder under fiktiva identiteter och antagna roller (undercover operations). Sedan den 1 oktober 2006 kan svenska poliser på ansökan av anställningsmyndigheten tilldelas s.k. kvalificerade skyddsidentiteter. I Sverige saknas emellertid för-

fattningsbestämmelser om hur infiltrationsoperationer ska gå till. Det är därför inte alltid tydligt exempelvis vad en polisman, som har infiltrerat en kriminell grupp, får göra i samband med infiltrationsoperationen. I flera andra länder finns det däremot sådana bestämmelser. Det förekommer att bestämmelser av detta slag ger en polisman befogenhet att under infiltration handla på sätt som, om befogenheten inte hade funnits, hade utgjort brott.

Åtgärder som företas inom ramen för dold spanings- och utredningsverksamhet, däribland infiltrationsoperationer och olika slag av tekniska spaningsmetoder, kan innebära ingrepp i enskildas personliga sfär. Åtgärderna genomförs i hemlighet eller på så sätt att de som utsätts för åtgärderna vilseleds om åtgärdernas verkliga innebörd. De som utsätts för åtgärderna har således inte möjlighet att, såsom vid öppen tvångsmedelsanvändning, få åtgärderna prövade av domstol eller på annat sätt. Inte minst infiltrationsoperationer kan i vissa fall ge upphov till sådana rättssäkerhets- och integritets-skyddsfrågor att starka skäl kan sägas tala för en lagreglering för sådana fall. En sådan lagreglering skulle också ligga i linje med Europarådets ministerkommittés rekommendation (Rec [2005] 10) om användandet av särskilda undersökningsmetoder i fråga om allvarlig brottslighet inbegripet terroristhandlingar. Medlemsländerna rekommenderas där att med lagstiftning och tillhandahållande av resurser möjliggöra användningen av särskilda undersökningsmetoder men även att säkerställa judiciell eller annan oberoende kontroll av användningen av dessa metoder.

Utredningen ska därför

- inhämta information om förekommande lagreglering och praxis i de övriga nordiska länderna och de ytterligare länder som bedöms vara relevanta för utredningsuppdraget,
- överväga i vilken utsträckning tjänstemän vid de brottsbekämpande myndigheterna i samband med kriminalunderrättelseverksamhet eller under förundersökningar bör kunna infiltrera kriminella grupperingar och därvid delta i planering, annan förberedelse eller utförande av brott,
- överväga i vilken utsträckning tjänstemän vid de brottsbekämpande myndigheterna vid infiltrationsoperationer bör kunna ta hjälp av enskilda privatpersoner, också när dessa förutsätts ta del i brottslig verksamhet,

- överväga om det finns anledning att begränsa polisens och tullens rapporterings-, anmälnings- och ingripandeskyldighet samt åklagarnas åtalsplikt avseende brott som uppmärksammas i samband med infiltrationsoperationer i den utsträckning det behövs för att angelägen brottsbekämpande verksamhet inte ska skadas,
- överväga rättssäkerhets- och integritetsskyddsfrågor, bl.a. huruvida tillstånd till mera långtgående infiltrationsoperationer bör krävas i förhand och om särskild intern eller extern kontroll över åtgärderna kan behövas i efterhand, samt
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

4.2 De brottsbekämpande myndigheternas användning av infiltrationsoperationer

4.2.1 Allmänt om de brottsbekämpande myndigheternas uppgifter

Till polisens uppgifter hör att förebygga brott och att bedriva spaning och utredning i fråga om brott som hör under allmänt åtal.

Förfarandet vid den utredning som föregår ett beslut om åtal, förundersökningen, är reglerat i bl.a. rättegångsbalken och förundersökningskungörelsen (1947:948). Enligt 23 kap. 1 och 3 §§ RB ska polismyndighet eller åklagare fatta beslut om förundersökning så snart det på grund av angivelse eller av annat skäl finns anledning att anta att ett brott som hör under allmänt åtal har förövats. Om en förundersökning har inletts av polismyndighet och saken inte är av enkel beskaffenhet, ska ledningen av förundersökningen övertas av åklagare så snart någon skäligen kan misstänkas för brottet. Åklagare ska också i annat fall överta ledningen när det är nödvändigt av särskilda skäl. Motsvarande ordning finns på bl.a. Tullverkets område enligt 19 § lagen (2000:1225) om straff för smuggling.

Förundersökningen har flera syften. Ett syfte är att utröna om brott föreligger, vem som skäligen kan misstänkas för brottet och att skaffa tillräckligt material för bedömning av frågan om åtal ska väckas. Ett annat syfte är att bereda målet så att bevisningen kan läggas fram i ett sammanhang vid huvudförhandlingen. Ett tredje syfte är att ge den misstänkte kunskap om utredningsmaterialet och möjliggöra för honom eller henne att få detta justerat och be-

rikat. Ytterligare ett syfte är att utreda om det finns något enskilt anspråk och vilka omständigheter det i så fall grundas på.

4.2.2 Brottsbekämpande myndigheters underrättelseverksamhet

Polisen, Säkerhetspolisen, Ekobrottsmyndigheten, Kustbevakningen, Tullverket och Skatteverket bedriver även olika former av underrättelseverksamhet. Denna verksamhet är i huvudsak inriktad på att avslöja om en viss, inte närmare specificerad brottslighet har ägt rum, pågår eller kan antas komma att begås.

Ett övergripande mål med underrättelseverksamheten är att förse de brottsbekämpande myndigheterna med kunskap som kan omsättas i operativ verksamhet. T.ex. ska polisens kriminalunderrättelse-tjänst vara delaktig i strategisk och operativ verksamhetsplanering och utgöra ett direkt stöd för operativ polisverksamhet, ge underlag till ledningsverksamheten på olika nivåer inom polisen samt medverka när effekterna av genomförda insatser analyseras.

I underrättelseverksamheten samlar myndigheterna in, bearbetar eller analyserar uppgifter som senare kan ha betydelse för att utreda, förebygga och förhindra brott.

Inhämtningen kan ske från olika källor. Det kan ske genom rutinmässig rapportering, spaning eller användning av överskotts-information från hemliga tvångsmedel men även genom nationell och internationell samverkan samt information från tipsare och informatörer. En annan viktig bas för inhämtning är information som är allmänt tillgänglig, s.k. öppna källor.

När informationen inhämtats sker en bearbetning genom att informationen struktureras, systematiseras och värderas, t.ex. genom jämförelser med sedan tidigare tillgängliga uppgifter. Därefter vidtar den avgörande fasen i underrättelseprocessen – analysen. Genom analysen tydliggörs sammanhang och den bearbetade informationen tillförs mervärden. Det kan handla om hot- och riskanalys, analys av brottsmönster samt kartläggning av mer eller mindre löst samman-satta kriminella nätverk och grupperingar.

Efter inhämtning, bearbetning och analys delges informationen lämpliga mottagare. Det framtagna underrättelsematerialet kan läggas till grund för t.ex. beslut om att inleda förundersökning eller beslut om att vidta särskilda åtgärder för att förebygga, förhindra eller upptäcka brott. Det kan alltså handla om allt från en redovisning

till berörda chefer till att gå ut i media för att förebygga ett visst brottsligt tillvägagångssätt. En annan form av förebyggande verksamhet är att de berörda personerna kontaktas och därigenom blir medvetna om den brottsbekämpande myndighetens intresse, vilket många gånger leder till att den brottsliga verksamhet som var i görningen aldrig kommer till stånd.

Genom att slutligen utvärdera resultatet av vidtagna åtgärder och underrättelsernas betydelse i sammanhanget kan verksamheten tillföras ny kunskap för det fortsatta arbetet.

4.2.3 Särskilt om Säkerhetspolisens verksamhet

Säkerhetspolisens är Sveriges civila säkerhetstjänst. Myndighetens uppdrag är att bedriva personskyddsverksamhet, förebygga och avslöja brott mot rikets säkerhet samt bedriva terrorismbekämpning. Tyngdpunkten i uppdraget är att förebygga brott. Uppdraget kräver att Säkerhetspolisen kan inhämta uppgifter på ett tidigt stadium, innan en person eller gruppering har konkreta planer eller vidtagit åtgärder för att begå brott.

Säkerhetspolisens uppdrag återspeglas i myndighetens verksamhetsidé och organisering av arbetet. Verksamheten bedrivs således med syfte att bedöma och reducera sådana hot och sårbarheter som är kopplade till myndighetens uppdrag. Vidare är verksamheten organiserad bl.a. i en avdelning för underrättelseverksamhet – säkerhetsunderrättelseverksamhet – och en avdelning för de hot och sårbarhetsreducerande åtgärder som myndigheten vidtar. Det kan exempelvis vara fråga om åtgärder inom personskyddet. Även förundersökningar ses dock som brottsförebyggande åtgärder och avdelningen har ett metodansvar för den verksamheten. De båda avdelningarnas verksamhet inriktas av en operativ ledningsgrupp som har till uppgift att prioritera verksamheten och att skapa balans i arbetet med att å ena sidan bedöma och å andra sidan reducera hot och sårbarheter.

Eftersom Säkerhetspolisens verksamhet primärt syftar till att förebygga och inte att utreda brott kan Säkerhetspolisen inte bedriva verksamheten utifrån brottsanmälningar. Myndigheten måste i stället själv ha förmåga att identifiera aktörer som har avsikt att begå aktuella brott för att bedöma vilka förutsättningar dessa har att sätta sina planer i verket. Det brottsförebyggande arbetet grundas därför i stor utsträckning på uppgifter som inhämtas i Säkerhets-

polisens säkerhetsunderrättelseverksamhet. Denna verksamhet bedrivs i ett skede innan det finns tillräckliga skäl för att inleda förundersökning. Säkerhetspolisens verksamhet är således beroende av att myndigheterna kan inhämta relevant och tillräckligt omfattande information i ett skede då vanliga straffprocessuella tvångsmedel inte är möjliga att använda.

I lagen om åtgärder för att förhindra särskilt allvarliga brott finns bestämmelser om straffprocessuella tvångsmedel som kan användas i brottsförebyggande syfte. I betänkandet *Utvärdering av buggning och preventiva tvångsmedel* (SOU 2009:70) konstateras dock att lagen inte tillgodoser de brottsbekämpande myndigheternas behov. Säkerhetspolisen har också för utredningen bekräftat att den tvångsmedelsanvändning som lagen ger utrymme för inte tillgodoser behovet av att inhämta uppgifter i myndighetens brottsförebyggande arbete. Enligt Säkerhetspolisen har tvångsmedlen däremot betydelse för att i en förutredning ta fram underlag för bedömningen om en förundersökning ska inledas.

Den reella avsaknaden av straffprocessuella tvångsmedel i under rättelseverksamheten gör att myndigheten är hänvisad till inhämtningsmetoder som grundas på polislagens allmänna bestämmelser om polismans befogenheter. Det kan exempelvis vara fråga om s.k. källdrivning eller fysisk spaning som ibland sker med stöd av tekniska hjälpmedel.

4.2.4 Polisens användning av infiltrationsoperationer

Svensk polis har sedan slutet av 1980-talet allt mer kommit att intressera sig för olika former av infiltrationsverksamhet och annat arbete under täckmantel. I Sverige har ett antal poliser från olika delar av landet testats och fått en avancerad utbildning i arbetsmetoden. Metoden har visat sig mycket effektiv bl.a. eftersom den ger informationer om den grova organiserade brottsligheten som knappast kan hämtas in genom andra spaningsmetoder. Den har främst använts i ärenden som har gällt grova narkotikabrott men även i ärenden om grova rån, människorov, grov förfälskning samt grova stölder och hälerier av exempelvis kulturföremål och vapen.

Denna verksamhet utgör även ett betydelsefullt inslag i det internationella polissamarbetet. En del av det samarbetet innebär i vissa länder att utländska polismän med skyddsidentitet bistår under en

brottsutredning, framför allt vid utredningar av organiserad eller annan grov brottslighet.

Polisens användning av polisutbildade infiltratörer sker med medverkan av Rikskriminalpolisen. En särskild koordinator utses att ta fram en operationsplan. Av operationsplanen ska framgå bl.a. bakgrund, hotbild och budget för operationen. Först om operationen godkänns på chefsnivå kan infiltrationsoperationen påbörjas.

En infiltrationsoperation kan se ut på många olika sätt. Detta är viktigt inte minst för att minska riskerna för avslöjande. Generellt gäller dock att en operation ofta har som mål att en polis som arbetar under täckmantel (uc-operatör) ska bli bekant med personer som sitter inne med intressant information om kriminella nätverk och organiserad brottslighet. För att kunna uppnå det måste normalt polisen utrustas med en kvalificerad skyddsidentitet och ges möjlighet att vistas i den kriminella miljön under lång tid.

En infiltrationsoperation riktar sig som sagt normalt mot organiserad eller annan grov brottslighet. Det har i Sverige framför allt handlat om grov narkotikabrottslighet, men även avancerad rånbrottslighet och trafficking är brottstyper där infiltrationsoperationer har utgjort ett viktigt verktyg för polisen. Ytterligare användningsområden där metoden bedöms vara till nytta är att avslöja t.ex. s.k. grooming eller annan brottslighet via Internet eller för att lösa redan begångna brott, t.ex. mord.

4.2.5 Säkerhetspolisens användning av infiltrationsoperationer

Säkerhetspolisens informationsinhämtning i nu aktuella avseenden skiljer sig väsentligt från den öppna polisens, både när det gäller metoder och terminologi.

Säkerhetspolisens användning av poliser eller andra anställda som arbetar under täckmantel i infiltrationsoperationer är betydligt mer begränsad än den öppna polisens, även om det förekommer i viss utsträckning. Detta beror framför allt på att de aktörer som kan tänkas begå den brottslighet som Säkerhetspolisen arbetar mot antingen är sammanbundna av nätverk som bygger på personliga relationer, bakgrund från ett visst geografiskt område etc. eller också är statsunderstödda och har en omfattande utbildning i att inhämta uppgifter utan att avslöja verksamheten för säkerhetstjänsten i det land de verkar. Det är därför ytterst sällan möjligt att använda

personal anställd av Säkerhetspolisen för att inhämta uppgifter på detta sätt.

Det som är grunden i Säkerhetspolisens arbete med informationsinhämtning från fysiska personer är i stället inhämtning från enskilda personer som redan befinner sig i den miljö där aktuell brottslighet förekommer, s.k. källor. Säkerhetspolisen har anfört att den höga säkerhetsmedvetenheten bland de aktörer som myndigheten riktar sitt intresse mot gör att straffprocessuella tvångsmedel – om det skulle vara möjligt att använda sådana – oftast inte är tillräckliga. Informationen från källorna är också helt överlägsen i så motto att Säkerhetspolisen kan få uppgifterna i en kontext där olika uppgifter kan nyanseras genom källans personliga kunskap om den som fällt ett visst yttrande. Den information som en källa kan lämna är många gånger avgörande för Säkerhetspolisens arbete.

Utredningen återkommer till viss användning av enskilda personer i kapitel 8.3.3.

4.2.6 Tullverkets användning av infiltrationsoperationer

Tullverkets brottsbekämpning har som högsta prioritering att inom ansvarsområdet bekämpa organiserad brottslighet. Brottslighetens art, främst smuggling av narkotika, cigaretter och alkohol, innebär att verksamheten normalt inte bedrivs utifrån brottsanmälningar.

Inom Tullverkets verksamhetsområde förekommer i dag inte att tulltjänstemän arbetar i infiltrationsoperationer genom arbete under täckmantel. Främsta anledningen till detta är att tulltjänstemän, och främst då de som har uppdrag som informatörshanterare, inte omfattas av lagen (2006:939) om kvalificerade skyddsidentiteter. Däremot används informatörer som en viktig del av verksamheten för att kunna få information om den grova organiserade brottslighet som många gånger ligger bakom de allvarligaste smugglingsbrotten. Tullverkets informatörer riktas aktivt mot att tillfredsställa informationsbehovet i pågående ärenden och projekt.

För att möjliggöra rättslig hjälp med sådana så kallade hemliga utredningar (covert investigations) inom ramen för internationell tullsamarverkan finns bestämmelser i 1997 års tullsamarbetskonvention (artikel 23). I samband med Sveriges tillträde till konventionen konstaterade regeringen bl.a. att metoden är oreglerad och att den inte används i Tullverkets brottsbekämpande verksamhet (se prop. 1999/2000:122 s. 24). Sverige har därför valt att utnyttja möjlig-

heten att genom förklaring reservera sig mot tillämpningen av dessa bestämmelser i konventionen. Det konstaterades dock att en sådan förklaring senare när som helst kan återkallas.

4.2.7 Ekobrottsmyndighetens användning av infiltrationsoperationer

Inom Ekobrottsmyndighetens verksamhetsområde förekommer inte arbete under täckmantel i infiltrationsoperationer. Ekobrottsmyndigheten har egna informatörer men hanterar inte dem formellt själva. Det finns dock ett visst behov att i framtiden också kunna iscensätta infiltrationsoperationer med poliser som arbetar under täckmantel för att t.ex. kunna avslöja insiderbrott och annan mycket svårutredd ekonomisk brottslighet.

4.3 Tidigare uttalanden angående användningen av infiltration som arbetsmetod

4.3.1 Förarbetena till polislagen

Polisens användning av dolda spaningsmetoder togs upp till behandling i förarbetena till polislagen. I betänkandet Polislagen (SOU 1982:63) konstaterade 1981 års polisberedning att det måste ligga i spaningens natur att den till betydande del sker dolt då verksamheten annars skulle sakna mening. Lika klart var det enligt beredningen att dold spaning är en nödvändig metod för att vissa former av grov brottslighet ska kunna bekämpas med tillräcklig effektivitet. Detta hade, påpekade beredningen, varit känt så länge som modern polisverksamhet har bedrivits. Beredningen ställde sig vidare frågan om oriktiga uppgifter eller ett vilseledande beteende från myndigheternas sida i sig alltid skulle anses representera en otillbörlig metod. Enligt beredningen torde ingen tvekan råda om att svaret måste bli nekande. Ingen torde, menade beredningen, på allvar vilja hävda att en polisiär åtgärd skulle vara otillbörlig endast på grund av att åtgärden från den brottsliges utgångspunkter är i hög grad vilseledande (se betänkandet s. 139).

I den åtföljande propositionen ställde regeringen sig bakom de principer för bruket av s.k. okonventionella spaningsmetoder som beredningen hade föreslagit (se prop. 1983/84:111 s. 46 f.). Riks-

dagen instämde i de överväganden som i denna del hade redovisats i propositionen (bet. 1983/84:Ju27 s. 21).

De grundläggande principer som gäller för användningen av dolda spaningsmetoder är en konsekvens av vad som föreskrivs i polislagen och annan lag. Tre grundläggande principer brukar framhållas (se även avsnitt 3.1.5). Den första principen är att polisen aldrig själv får begå en kriminaliserad handling för att efterforska eller avslöja ett brott. En andra princip är att polisen aldrig får provocera eller i övrigt förmå någon att inleda en brottslig aktivitet. En tredje princip är att polisen aldrig av spaningsskäl får låta bli att vidta föreskrivna åtgärder mot brott eller en för brott misstänkt person. Därtill gäller de ovan nämnda behovs- och proportionalitetsprinciperna; en åtgärd måste alltså även vara nödvändig i förhållande till sitt syfte och den får inte vidtas om de skador och olägenheter som den kan medföra står i missförhållande till syftet.

En infiltration som endast avser att skaffa fram upplysningar om ett brott och inte att provocera fram brott, torde alltid vara tillåten under en förundersökning (se Fitger, Rättegångsbalken s. 23:25).

Polisberedningen (SOU 1982:63 s. 143) sade sig dock knappast kunna acceptera att polismän under falsk identitet under lång tid skulle placeras på exempelvis narkotikamarknaden, inte med uppgift att uppdaga brott utan för att fortlöpande skaffa allmänna informationer om förhållandena och vidarebefordra dessa till polisen (s.k. fria spanare). Polisberedningen framhöll också att stor försiktighet måste iaktas när det gäller spaningsmetoder som kan medföra risk för att polisens trovärdighet äventyras och att rykten kommer i omlopp som sätter polismän i samband med kriminella intressen.

4.3.2 11 september-utredningen

I betänkandet Vår beredskap efter den 11 september (SOU 2003:32 s. 279) konstaterade 11 september-utredningen följande.

Infiltration förekommer redan nu som spaningsmetod särskilt i narkotikasammanhang. Det skulle uppenbarligen inte vara välbetänkt att övergå till en ordning enligt vilken metoden får användas först när förundersökning har inletts. Naturligtvis är det dock nödvändigt att metoden används med urskillning och omdöme.

Utredningen hänvisade till uttalandena av 1981 års polisberedning (se ovan) och tillade.

Dessa uttalanden torde fortfarande äga giltighet, låt vara att de inte avsetts ta sikte på och heller inte i alla delar kan appliceras på Säkerhetstjänsten. Utredningen vill hänvisa till att Säkerhetstjänstkommissionen funnit att säkerhetspolisen använder infiltratörer i mycket begränsad utsträckning och då endast i sådana sammanhang där man på goda grunder befarar att allvarlig brottslighet är för handen och – även om olika omständigheter talar för en viss återhållsamhet – inte kan undvara denna inhämtningsmetod (SOU 2002:87 s. 372).

4.3.3 Lagen om kvalificerade skyddsidentiteter

Med stöd av lagen om kvalificerade skyddsidentiteter är det numera möjligt att tilldela poliser kvalificerade skyddsidentiteter, dvs. skyddsidentiteter som kommer till uttryck i körkort, pass eller andra identitetshandlingar eller i folkbokföringen.

Den kvalificerade skyddsidentiteten består av andra personuppgifter än de verkliga och används när det behövs för att inte röja åtgärder inom polisens verksamhet och det finns en påtaglig risk för att ett sådant röjande allvarligt skulle motverka verksamheten eller utsätta någon som berörs av denna för allvarlig fara. Syftet med användningen av kvalificerade skyddsidentiteter är framför allt att förhindra att dolt spaningsarbete eller annat dolt uppträdande avslöjas. Ett sådant avslöjande skulle kunna innebära att en hel spaningsoperation omintetgörs. Det kan också innebära stora risker för de tjänstemän som deltar i operationen, för tjänstemännens anhöriga och för andra som berörs av operationen, t.ex. informatörer.

Enligt lagen om kvalificerade skyddsidentiteter kan sådana identiteter tilldelas polismän som har till uppgift att delta i spaning eller utredning som gäller allvarlig brottslighet eller i verksamhet för att förebygga sådan brottslighet. Kvalificerade skyddsidentiteter kan också tilldelas andra tjänstemän än poliser, som har motsvarande uppgifter vid Säkerhetspolisen.

Som exempel på verksamheter där den kvalificerade skyddsidentiteten kan komma till användning angavs i propositionen (se prop. 2005/06:149 s. 82) följande.

Den förebyggande verksamheten kan vara av många olika slag. Det kan vara fråga om infiltration av kriminella grupperingar eller om vittnes-skyddsverksamhet eller annan personskyddsverksamhet. Det kan också

vara fråga om upprätthållandet av kontakter med informatörer eller andra källor inom kriminalunderrättelseverksamheten.

Beslut om kvalificerad skyddsidentitet meddelas av Skyddsregistreringsdelegationen, ett särskilt beslutsorgan inom Säkerhets- och integritetsskyddsnämnden. Ansökan om en kvalificerad skyddsidentitet ska göras av den myndighet där den berörde tjänstemannen är anställd. Ett beslut om kvalificerad skyddsidentitet gäller för viss i beslutet angiven tid, dock högst två år. Beslutet kan vid behov förlängas med upp till två år i taget.

Säkerhets- och integritetsskyddsnämnden utövar, enligt 1 § första stycket lag (2007:980) om tillsyn över viss brottsbekämpande verksamhet, tillsyn över de brottsbekämpande myndigheternas användning av bl.a. kvalificerade skyddsidentiteter och därmed sammanhängande verksamhet.

4.4 Internationell utblick

4.4.1 Danmark

Användningen av infiltration är inte lagreglerad i Danmark. Det finns däremot en reglering av användningen av provokativa åtgärder (s.k. agentverksamhet) i retsplejelovens § 754 a–e. För användande av infiltration som ett led i en brottsutredning kan reglerna om provokationer i retsplejeloven många gånger tillämpas analogt. Det har inte uppställts några särskilda villkor för att använda infiltration i syfte att förebygga brottslighet.

Infiltrationsoperationer inom den öppna polisens område vidtas enbart med polismän. Detta kan härledas till en analog tillämpning av regelverket avseende provokationer. Inom danska säkerhetspolisens (PET:s) område anlitas däremot privatpersoner.

4.4.2 Finland

Regleringen av infiltrationsoperationer, s.k. täckoperationer, återfinns huvudsakligen i polislagen som reglerar allmän spaning och underrättelseverksamhet. När det gäller det för brottsutredningar tillämpliga regelverket finns i 6 kap. 7 § tvångsmedelslagen en hänvisning till reglerna om infiltration i polislagen.

Polislagens 3 kap. 28 § innehåller en definition av begreppet täckoperation. En täckoperation innebär fortlöpande eller upprepat inhämtande av information om en person eller persongrupp, eller om personens eller gruppens verksamhet, genom infiltration.

Av 31 a § i samma kapitel framgår att en täckoperation får företas om det är nödvändigt för att förhindra, avslöja eller utreda viss brottslig verksamhet eller om det är nödvändigt för att förhindra, avslöja eller utreda ett brott eller ett straffbart försök till vissa brott, och det på grund av den persons uppträdande som är föremål för inhämtande av uppgifter eller annars finns grundad anledning att misstänka att han eller hon gör eller har gjort sig skyldig till ett sådant brott.

4.4.3 Norge

I Norge har det ansetts att infiltration är en polisiär arbetsmetod som inte kräver särskilt lagstöd. De allmänna polisrättsliga bestämmelser som gäller för alla polisiära åtgärder gäller även för infiltrationer. Det uppställs inte några specifika misstankekrav för att en infiltrationsoperation ska få inledas. Dock har det ansetts att det ska finnas en brottsmisstanke som uppgår till rimlig misstanke (motsvarar ung. skäligen misstänkt), se NOU 2004:6 s. 82. Vidare krävs det att åtgärderna står i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen som framgår av 6 § polislagen.

Politimetodeutvalget fann att befogenheten att utföra infiltrationsoperationer borde lagregleras (se NOU 2004:6 s. 197). Politimetodeutvalget ansåg att infiltration visserligen inte utan vidare kunde anses strida mot Europakonventionens artikel 8, men att infiltrationsoperationer kunde komma att genomföras på sådant sätt att kravet på lagreglering enligt vad som föreskrivs i nämnda artikel aktualiserades. Det som Politimetodeutvalget i första hand framhöll som förhållanden som skulle kunna aktualisera ett krav på lagreglering var när polisen i samband med infiltration får tillträde till privata hem och kan ta del av andras privata samtal. Vidare framhölls att en infiltrationsoperation, om den var intensiv och i stor utsträckning kartlade personers privatliv, också skulle kunna komma i konflikt med artikel 8.

Politimetodeutvalget föreslog att det av lag skulle framgå att polisen fick använda infiltration när det rörde sig om misstanke om brott som kan medföra ett strängare straff än sex månaders

fängelse. När det gällde infiltration i sådan förebyggande verksamhet som bedrivs av Polisens säkerhetstjänst (PST) uttalade Politi-
metodeutvalget att metoden skulle få användas om det kunde påräk-
nas att den skulle leda till upplysningar för att förebygga brotts-
lighet, en avgränsning som skulle stämma överens med vad som
redan tillämpades av PST. Beslut om att tillåta infiltrationsopera-
tioner skulle enligt förslaget få fattas av polismästare samt av chefen
för PST.

Förslaget har inte lett till lagstiftning.

4.4.4 Nederländerna

I Nederländerna har antagits en lag om speciella utredningsmetoder
(Special Investigative Powers) som reglerar infiltration, pseudoköp
och användning av täckidentiteter hos poliser. En åklagare kan
besluta om polisiär infiltration (artiklarna 126 h–j) av en grupp
människor som är misstänkta för eller planerar att begå grova brott.
Detta beslut kan även gälla en grupp som själv inte är involverad
eller planerar brott, men umgås med den misstänkte och då i syfte
att systematiskt samla information eller bevis kring denne. En polis
har i dessa fall rätt att använda en alternativ identitet för att inte
avslöjas och kan efter beslut av domare vittna i domstol under
denna identitet. En utländsk polis som är tränad att arbeta under
täckmantel har efter beslut av åklagare rätt att arbeta och vittna
under samma förutsättningar som en inhemsk polis.

4.4.5 Storbritannien

Den brittiska polisen använder sedan många år infiltration som
arbetsmetod. Bestämmelserna, vilka är omfattande och detaljerade,
finns i Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA). I
del 2 av nämnda regelverk behandlas alla former av dolda spanings-
metoder, vilket inkluderar reglering av informatörs- och täckidenti-
tetsverksamhet. En polis har rätt att agera i alternativ identitet och
har även möjlighet att vittna i denna identitet.

4.4.6 Tyskland

I Tyskland finns bestämmelser om infiltrationsoperationer i 110a–c §§ Strafprozessordnung. Det krävs enligt lagen att det ska finnas grundad anledning att misstänka att ett brott med mycket allvarliga följder kommer att begås och att utredningen gäller en viss typ av brottslighet. Till sådan brottslighet hör narkotikabrottslighet. Ett alternativt kriterium för att få använda sådana metoder är att det är fråga om återfall i ett allvarligt brott och det skulle vara mycket svårt att utreda brottet med andra medel.

Den åklagare som ansvarar för undersökningen beslutar om tillämpningen av infiltrationsoperationer. Om tillståndet dröjer och detta medför risker har polisen rätt att inleda en sådan operation omedelbart. Tillstånd måste dock i efterhand hämtas in hos åklagare utan dröjsmål. Om en åklagare inte beviljar tillstånd inom tre dagar ska operationen avblåsas.

I Tyskland kan man bygga upp en tillfällig eller permanent täckmantel för en anställd hos polisen, t.ex. en ny identitet. Den som deltar i infiltrationsoperationen har rättskapacitet också i täckidentiteten. Oberoende av täckidentiteten kan han uppträda i domstol som käre och svarande samt företa rättshandlingar. Officiella dokument får upprättas eller ändras om detta är nödvändigt för att skapa eller vidmakthålla en täckidentitet. Information som hämtas in i samband med infiltrationsoperationer får användas som bevis i andra mål än det som gäller det undersökta brottet, endast om det andra målet avser ett brott som uppfyller de tidigare nämnda förutsättningarna för beslut om infiltrationsoperationer i Strafprozessordnung.

Polisens täckidentitet kan vid behov hållas hemlig också efter operationen. En åklagare eller domare har dock rätt att kräva att den rätta identiteten avslöjas. Vid straffprocesser får en täckidentitet hemlighållas framför allt om ett avslöjande äventyrar avsikten med undersökningen, den allmänna säkerheten, liv eller hälsa eller framtida möjligheter att sätta in polismannen i liknande operationer.

4.4.7 Förenta staterna

Den federala polisens (Federal Bureau of Investigations [FBI]) användning av metoden styrs av särskilda riktlinjer från justitiedepartementet (Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of

Investigation Undercover Operations). Användningen av infiltrationsoperationer bedöms enligt riktlinjerna vara av avgörande betydelse för att kunna upptäcka, förebygga och lagföra brott som rör t.ex. korruption, terrorism, organiserad brottslighet och narkotikabrottslighet.

Infiltrationsåtgärder (Undercover Activities) är undersökande åtgärder som innefattar användning av ett fiktivt namn eller en skyddsidentitet av en anställd vid FBI eller någon annan brottsbekämpande myndighet. För att bedömas vara en infiltrationsoperation (Undercover Operation) krävs det att det förekommer minst tre substantiella kontakter mellan en polis under täckmantel och en målperson.

Infiltrationsåtgärder och infiltrationsoperationer får användas i underrättelseverksamheten, i förutredning och i förundersökning.

I riktlinjerna återfinns vissa allmänna bestämmelser för infiltrationsoperationer. Av dessa framgår att en avvägning mellan risker och möjligheter alltid ska göras. Vid denna avvägning ska särskilt bedömas risken för person- eller egendomsskador, skadeståndsansvar för staten, integritetsintrång, potentiella rättighetskränkningar, risken för att behöva begå gärningar som annars hade varit brottsliga, samt lämpligheten av att staten deltar i den aktuella verksamheten.

Vissa infiltrationsoperationer ska godkännas av FBI centralt. Det rör sådana operationer som innefattar t.ex. ekonomiska konsekvenser som köp eller hyra av egendom, byggnader eller anläggningar m.m. eller förskottsbetalning för mer än en månads hyra. Det kan också gälla när operationen rör känsliga omständigheter som

- utredningar som rör misstänkt brottslighet av politiker m.fl.,
- utredning om misstänkt systematisk korruption bland offentligt anställda,
- utredning om misstänkt brottslighet av utländsk representant eller myndighet, religiösa eller politiska sammanslutningar eller nyhetsmedia,
- om operationen har betydande effekt på, eller utgör betydande intrång i, myndighets verksamhet,
- om operationen innefattar drivande av näringsverksamhet,

- om operationen innefattar tillhandahållande av varor eller tjänster av betydelse för brottsligheten som normalt bara staten kan tillhandahålla,
- om polis under täckmantel agerar på ett sätt som annars är att bedöma som ett allvarigare brott (felony), dock inte köp av stulet eller insmuglat gods, kontrollerad leverans m.m.,
- om det finns betydande risk att deltagare i operationen anhålls eller lämnar falskt vittnesmål eller falska dokument i en rättslig process.
- om polisen tar del av kommunikation mellan misstänkt och försvarare,
- om det finns betydande risk för att tredje man ska hamna i en förtrolig relation med polis under täckmantel som agerar advokat, läkare, präst eller journalist,
- om sekretessbelagd information begärs från ovannämnda yrkeskategorier,
- om operationen innebär deltagande i sammanslutning som utreds för terrorbrott eller anlitande av medlem i sådan grupp som informatör,
- om det föreligger betydande risk för våld eller fysisk skada på person eller betydande risk för ekonomisk förlust,
- om det föreligger reell risk för betydande skadeståndsanspråk mot staten, eller
- om det utfästs osanna garantier/utsagor rörande tredje person utan dennes vetskap.

Operationer som inte omfattar ovanstående moment kan beslutas på lägre nivå av en s.k. Special Agent in Charge (SAC) eller assisterande SAC på ett lokalt kontor (Field Office). Kopia av beslutet ska skickas till FBI centralt.

För operationer som är känsliga finns även en särskild kommitté, Undercover Review Committee, som består av anställda på FBI och departementstjänstemän. Kommittén ska, när det är fråga om godkännande av känsliga operationer, lämna en rekommendation till beslutsfattaren om operationen bör godkännas eller avslås.

En infiltrationsoperation som godkänts av FBI centralt får inte vara längre än nödvändigt för att uppnå målen med operationen och under alla förhållanden inte längre än sex månader utan omprövning. En infiltrationsoperation godkänd av en SAC ska omprövas av biträdande FBI-chef, om den varar längre än 12 månader eller medför utgifter som överstiger en viss summa.

4.5 Överväganden

4.5.1 Begreppet infiltration

Allmänt

En infiltrationsoperation handlar normalt sett om informationsinhämtning. Någon legal definition av infiltrationsbegreppet finns inte och det är enligt utredningens uppfattning varken enkelt eller nödvändigt att göra en sådan definition. Inte desto mindre är det ändå viktigt att något beröra frågan om begreppets innebörd.

Till viss del kan det vara relevant att göra en uppdelning av polisiära arbetsmetoder baserat på i vilken utsträckning metoden är öppen eller dold, om det förekommer interaktion eller inte samt om metoden innefattar moment av vilseledande eller inte.

Inledningsvis kan en avgränsning göras på så sätt att öppna undersökningsmetoder får anses falla utanför utredningens uppdrag. Detta gäller oavsett om den öppna metoden skulle innefatta användande av vilseledande eller inte. Exempel på sådana fall, som alltså inte kan anses falla in under infiltrationsbegreppet, är om en polis under ett förhör lämnar vilseledande information till en förhörsperson eller om en polis genomsöker ett fordon under förespegling att det rör sig om en trafikkontroll när det i själva verket handlar om en genomsökning på grund av misstanke om annan brottslighet. En utgångspunkt är alltså att det måste handla om dolda undersökningsmetoder.

Interaktion och vilseledande

Även bland de dolda undersökningsmetoderna måste avgränsningar självfallet göras. Metoder där det handlar om interaktion men inte vilseledande, t.ex. vid inhämtande av information genom informanter som inte aktivt styrs av polisen, ett sådant förfaringsätt kan

inte anses utgöra infiltration. Inte heller metoder där det inte förekommer någon form av interaktion kan anses utgöra infiltration, oavsett om det förekommer vilseledande eller inte. Exempel på sådana metoder kan vara hemlig rums- eller teleavlyssning (varken vilseledande eller interaktion) och situationer där det gillras fällor eller används lockbeten, där det alltså förekommer vilseledanden men inte någon interaktion.

För att över huvud taget komma i fråga att falla in under infiltrationsbegreppet krävs således att det rör sig om en dold undersökning, att det förkommer interaktion och att det förekommer vilseledande.

Aktivitet

Det bör dock uppställas ytterligare avgränsningar. Det bör t.ex. inte vara tillräckligt att vilseledandet enbart sker genom passivitet. T.ex. kan det inte anses som en infiltrationsoperation att en polis eller tulltjänsteman utan tidigare vilseledande tar plats bakom ratten i en bil lastad med smuggelgods för att genomföra en kontrollerad leverans, dvs. att köra bilen till en i förväg bestämd plats. Att enbart befinna sig på en viss plats eller förflytta sig en viss sträcka bör inte anses utgöra ett sådant vilseledande som krävs. Inte heller kan det anses som en infiltrationsoperation om en polis i eller utanför tjänsten går på en pub och utan att tala om sitt yrke eller syfte inlåter sig i konversation med ur polisiär synvinkel intressanta personer. Motsvarande gäller självfallet också beträffande kontakter via datornätverk. Det måste krävas ett aktivt vilseledande för att det ska kunna vara tal om en infiltrationsoperation.

Varaktighet

Likaså måste det krävas en viss varaktighet över tiden. Ett helt kortvarigt förlopp där det förekommer moment av vilseledande och interaktivitet har ett så pass obetydligt moment av vilseledande interaktion att utredningen inte kan se några vägande skäl till att innefatta sådana situationer inom ramen för begreppet infiltrationsoperation.

Avgrensning mot informatörer

Från infiltration måste även skiljas sådana fall där informatörer, som själva har insyn i för polisen intressant verksamhet, lämnar information till polisen. Här uppkommer dock svåra gränsfall. Som exempel kan nämnas att en etablerad informatör på uppmaning av polisen är mer aktiv för att skaffa information om en kriminell verksamhet eller efter sådan uppmaning närmar sig en ny kriminell gruppering, i syfte att kunna lämna information till polisen. Dessa situationer bör bedömas utgöra infiltrationsoperationer, om det kan antas att den huvudsakliga anledningen till handlandet är polisens uppmaning och riktade informationsbehov. Å andra sidan kan informatörer många gånger själva ge sig in i infiltrationsliknande situationer utan att ha blivit uppmanade därtill av polisen. En sådan informatör kan däremot inte sägas utföra en infiltrationsoperation i den mening som utredningen har att överväga. Avgörande för gränsdragningen mellan informatörer och infiltratörer bör alltså vara i vilken utsträckning agerandet sker på polisens mera aktiva och riktade uppmaning att göra något visst eller på den enskildes eget initiativ.

Slutsatser

I utredningens fortsatta överväganden används således begreppet infiltrationsoperation för att beteckna dolda undersökningar där interaktion med målpersonerna bedrivs med hjälp av aktivt vilseledande och där det är fråga om vilseledande som har en viss varaktighet över tiden.

4.5.2 Polisens användning av infiltration

Det finns ett antal brottsområden där utredningen bedömer att polisen använder och har behov av att använda infiltration som arbetsmetod. Det handlar framför allt om grov narkotikabrottslighet eller andra former av organiserad brottslighet som t.ex. grov rånbrottslighet eller människohandel, men även brott inom Säkerhetspolisens område såsom terroristbrott och spionage tillhör dessa brottsområden. Infiltration kan också vara ett effektivt sätt att skaffa kunskap om och utreda IT-relaterad brottslighet som t.ex. sprid-

ande av barnpornografi eller illegal handel med narkotika eller läkemedel via Internet.

Grov organiserad brottslighet

Uttrycket organiserad brottslighet används ofta i den allmänna debatten. Någon allmänt vedertagen definition av vad som avses med organiserad brottslighet synes dock inte föreligga.

Enligt en ofta, bl.a. inom EU, använd modell för att definiera begreppet kännetecknas organiserad brottslighet av att:

- fler än två personer samarbetar,
- under lång eller obegränsad tid,
- i strävan efter vinning eller makt,
- i en verksamhet som medför att misstankar uppstår om allvarliga kriminella handlingar.

Därutöver måste minst två av följande kriterier vara uppfyllda.

- Egna tilldelade uppgifter åt var och en
- Någon form av disciplin och kontroll
- Verksamhet på internationell nivå
- Användande av våld eller andra metoder för hot
- Användande av kommersiella eller affärsmässiga strukturer
- Deltagande i penningtvätt
- Otillbörlig påverkan på politik, medier, offentlig förvaltning, rättsliga myndigheter eller ekonomin

Brottsförebyggande rådet har utifrån forskning om svenska förhållanden utarbetat en något annorlunda definition där följande tre punkter lyfts fram.

- Det rör sig om nätverksbaserad, vinstinriktad brottslig verksamhet i projektform med vilja och förmåga att skydda och underlätta brottsligheten genom otillåten påverkan (trakasserier, hot, våld och korruption).
- Inom ”projekten”, som avlöser varandra, finns en arbetsordning och flexibilitet som innebär att medarbetare går in och ut ur projekten.

- Verksamheten bedrivs som regel diskret, men kan ibland ta sig uttryck i synliga gäng med ett utmanande beteende, symboler och maktanspråk.

I promemorian Nationell mobilisering mot den grova organiserade brottsligheten – överväganden och förslag (Ds 2008:38, s. 35) beskrivs fenomenet grov organiserad brottslighet så här:

Det finns emellertid en bred samsyn kring att fenomenet består av tre sammankopplade beståndsdelar. För det första syftar den organiserade brottsligheten ytterst till ekonomisk vinning. För det andra har den organiserade brottsligheten en större kapacitet eller förmåga att skada samhället än andra kriminella aktörer, just p.g.a. att den är organiserad. För det tredje ägnar sig aktörer inom den organiserade brottsligheten åt att skydda sin kriminella verksamhet och försöker ofta på ett otillåtet sätt påverka politiker, myndighetsföreträdare och journalister (se exempelvis definitioner av organiserad brottslighet från EU, FN, Brå och tyska Bundeskriminalpolisen).

I Sverige förekommer organiserad brottslighet inom bl.a. brottsområdena narkotikabrott, smuggling av alkohol och tobak, ekonomisk brottslighet, grova tillgreppsbrott, våldsbrott, människosmuggling, trafficking och olaglig vapenhantering.

Infiltration för att bekämpa grov och organiserad brottslighet

En effektiv bekämpning av allvarliga brott förutsätter att polisen har så verkningsfulla metoder som möjligt. Den grova och organiserade brottsligheten har enligt den öppna polisen under senare år blivit allt svårare att bekämpa. Förklaringen till detta står enligt polisen att finna dels i en ökad medvetenhet hos brottslingarna om polisens utredningsmetoder, dels i brottslighetens ökade rörlighet i tid och rum. Planläggningen och genomförandet av grova brott sker under längre tidsperioder och ofta på sätt och på platser där man kan förvissa sig om att polisen inte har möjlighet att följa aktiviteterna.

Dolt uppträdande (arbete under täckmantel) är under de förhållandena i många fall helt nödvändigt för att myndigheterna ska kunna bedriva spaning och utredning särskilt i fråga om grov och organiserad brottslighet. Infiltrationsoperationer erbjuder unika möjligheter att få information om bl.a. brottsplaner, som är omöjlig att inhämta på annat sätt.

Svensk polis deltar i och genomför sedan länge infiltrationsoperationer, både nationellt och internationellt. Metoden är effektiv som ett komplement till andra metoder och används framför allt i kampen mot den grova och organiserade brottsligheten.

Den grova och organiserade brottsligheten är oftast gränsöverskridande. Mot den bakgrunden har det under de senaste decennierna utvecklats ett allt mer omfattande och betydelsefullt internationellt polisiärt samarbete. I sådant samarbete har operationer med infiltration och annat dolt uppträdande fått en alltmer ökande betydelse. Det förekommer exempelvis att, vid en spaningsoperation som är gemensam för två eller flera länder, polis från ett land uppträder i ett annat. Det förekommer också att ett land bistår ett annat land i en spaningsoperation genom att tillhandhålla en tjänsteman som har de egenskaper och den kompetens som behövs, exempelvis med avseende på utseende och språkkunskaper. Internationella erfarenheter visar att en infiltrationsoperation, om den blir framgångsrik, kan ha ett mycket stort värde för brottsbekämpningen.

För den öppna polisens del tog samarbete av det nämnda slaget fart i mitten av 1980-talet. Det skedde mot bakgrund av den då tilltagande organiserade och gränsöverskridande narkotikabrottsligheten. Samarbetet omfattar i dag såväl erfarenhetsutbyte och metodutveckling som konkret operativt samarbete, bland annat i form av gemensamma utredningar och utbyte av operativ personal. Svensk polis deltog i samarbetet från dess start. Vid slutet av 1980-talet formaliserades samarbetet under benämningen International Working Group on Police Undercover Activities (IWG). För närvarande deltar 25 europeiska och andra västländer, däribland USA, i IWG.

Det är dock sällan som polisen i Sverige bedriver djupare och mera långvarig infiltration. Enklare slag av operationer är vanligen mer effektiva och mera förutsägbara till sitt resultat. Infiltrationsoperationer bedrivs av särskilda inom polisen inrättade spaningsorganisationer som finns vid Rikskriminalpolisen och vissa polismyndigheter. Operationerna föregås av noggrann planering som även innefattar bedömningar av rättsliga förhållanden (se bl.a. prop. 2005/06:149 och Europarådets ministerkommittés rekommendationer Rec (2001) 11 och (2005) 10 samt FN:s konvention mot korruption. Jfr prop. 2006/07:74 s. 59 f.).

Infiltration för att lösa ouppklarade fall (s.k. cold cases)

Användning av infiltrationsoperationer för att skaffa information som kan bidra till att klara upp äldre, ouppklarade fall har förekommit i andra länder. Som exempel kan nämnas Kanada, där metoden använts framgångsrikt i ett flertal fall.

I ett aktuellt fall har infiltration använts för att lösa ett äldre, ouppklarat brott. Det rörde sig om en anlagd brand som fick till följd att Centralhotellet i Gävle fick stora brandskador, 200 personer fick evakueras och nio personer fick föras till sjukhus med lättare rökskador.

Inom ramen för en infiltrationsoperation gjorde en polisman under täckidentitet sig till vän med en man som misstänktes för delaktighet i branden utan att uppge sitt verkliga yrke. De båda männen umgicks en tid och polismannen berättade att han kunde hjälpa den misstänkte till ett jobb på ett företag. Mannen kallades därefter till en "anställningsintervju" i Holland. 30-åringen fick där veta att det var viktigt för företaget att deras anställda visade total lojalitet och öppenhet. Det antydde också att företaget arbetade i en gråzon med saker som inte alltid var helt lagliga. Anställningsintervjun hölls i en hotellfoajé av minst två poliser under täckmantel. Mannen fick bland annat frågor om branden och lämnade sådana uppgifter att han småningom kunde frihetsberövas, åtalas och dömas för brottet.

Operationen har blivit föremål för JO:s granskning. När detta betänkande gick i tryck var JO:s ärende inte avslutat.

Utredningen återkommer i avsnitt 4.5.6 med vissa överväganden kring metoden som sådan.

4.5.3 Säkerhetspolisens användning av infiltration

Allmänt

Som framhållits i avsnitt 4.2.5 är Säkerhetspolisens användning av poliser eller andra anställda som arbetar under täckmantel i infiltrationsoperationer betydligt mer begränsad än den öppna polisens, även om det förekommer i viss utsträckning. Detta beror framför allt på att de aktörer som kan tänkas begå den brottslighet som Säkerhetspolisen arbetar mot antingen är sammanbundna av nätverk som bygger på personliga relationer, bakgrund från ett visst geografiskt område etc. eller också är statsunderstödda och har en

omfattande utbildning i att inhämta uppgifter utan att avslöja verksamheten för säkerhetstjänsten i det land de verkar. Det är därför ytterst sällan möjligt att använda personal anställd av Säkerhetspolisen för att inhämta uppgifter på detta sätt.

Det som är grunden i Säkerhetspolisens arbete med informationsinhämtning från fysiska personer är i stället inhämtning från enskilda personer som redan befinner sig i den miljö där aktuell brottslighet förekommer, s.k. källor.

Terroristbrott

De metoder som används vid planläggningen och utförandet av terroristbrottslighet samt för att undgå upptäckt innan sådan brottslighet fullbordas förändras fortlöpande och blir allt mer sofistikerade. Den ökade rörligheten över gränserna och de förbättrade kommunikationerna medför att det blir allt svårare att avslöja planläggningen av terroristhandlingar med internationella inslag. Förutom den avancerade utrustning och andra hjälpmedel som kommer till användning står ofta stora ekonomiska och personella resurser till förfogande för dem som står bakom brotten. En faktor som kan innebära särskilda utmaningar för brottsbekämpande myndigheter är att det inte sällan förekommer att personer som är beredda att utföra terroristdåd kan uppleva sig själva föra en kamp för ideella mål, inte sällan med en närmast religiös övertygelse eller fanatism. De handlingar som utförs för att uppnå målen uppfattas inte som omoraliska. Den starka övertygelsen om att deras handlingar är befogade, gör gärningsmännen mer målmedvetna och hänsynslösa i sin brottsliga gärning (se SOU 1990:51 s. 161 f. och prop. 2005/06:178 s. 30 f.).

Vid misstanke om att ett terroristbrott förbereds kan Säkerhetspolisen i viss utsträckning använda sig av hemliga tvångsmedel. Hemliga tvångsmedel kan under vissa förhållanden också användas preventivt för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott enligt lagen om åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott. De personer som Säkerhetspolisen har intresse för inom kontraterrorismverksamheten är dock ofta mycket uppmärksamma och säkerhetsmedvetna. Enligt Säkerhetspolisen har det i flera fall hänt att misstänkta slutat prata om sin verksamhet i telefon när de av någon anledning har trott sig vara föremål för hemlig teleavlyssning. Tvångsmedel som hemlig teleavlyssning kan därför i en del fall ge en

endast begränsad information om den brottsliga verksamheten. Säkerhetspolisens uppdrag gör emellertid att verksamheten i huvudsak syftar till att förebygga brott. När det gäller användningen av hemliga tvångsmedel i preventivt syfte konstaterade Utredningen om utvärdering av vissa hemliga tvångsmedel (se SOU 2009:70 s. 168 ff.) att ovannämnda lag inte tillgodoser de brottsbekämpande myndigheternas behov och därmed inte fått avsedd effekt.

Säkerhetspolisens erfarenhet är att inhämtning av information genom källor många gånger är helt avgörande när det gäller att avslöja och förhindra terroristbrott. Med hänsyn till verksamhetens känsliga natur är det dock inte möjligt för utredningen att, utan att utsätta inblandade personer för stor fara, ge mera detaljerade exempel på svenska fall där information från aktiv källdrivning haft sådan avgörande betydelse. Sådana exempel finns dock.

Internationellt kan nämnas det s.k. Vollsmosefallet där danska högsta domstolen dömde två personer till tolv års fängelse och en person till fem års fängelse för försök till terroristbrott och förberedelse till framställning av bomber att användas i terrorysyfte. Saken klarades upp och terrordåden avväjdes av den danska säkerhetspolisen (PET) med hjälp av en civil agent. Det finns också andra internationella exempel där förberedelser att utföra allvarliga terrorhandlingar har kunnat avslöjas och utförandet förhindrats med hjälp av information från källor.

Spionage

Spioneribrottslighet består bl.a. i att andra stater verkar för att på olika olagliga sätt skaffa sig information om militära dispositioner i Sverige, det svenska totalförsvarets civila delar, det civila krishanteringssystemet, svensk industri och flyktingar som uppehåller sig här. Metoderna för att hämta in underrättelsematerial varierar. En del av en utländsk underrättelseofficers arbete består i att identifiera och värva personer som har insyn i områden av intresse för den utländska underrättelsetjänsten. Arbetet är mycket långsiktigt och kan pågå ”lågaktivt” under lång tid innan en person är värvad. Det finns också exempel på fall där underrättelseofficerare försökt förmå personer att välja en viss utbildning eller att söka ett visst arbete eftersom det skulle vara till fördel för underrättelseofficerens arbete.

Utredningar avseende denna brottskategori blir ofta resurskrävande genom att brottsligheten är präglad av mycket långvariga och lågfrekventa kontakter mellan uppdragsgivare och uppdragstagare. Eftersom de inblandade personerna är professionella och vana att uppträda försiktigt, ställs särskilda krav på Säkerhetspolisen. Särskilt underrättelseofficerare, men även agenter, är oftast mycket säkerhetsmedvetna och väljer kommunikationssätt som är svåra att avlyssna. För att minimera riskerna för upptäckt används olika metoder för att avslöja svenska myndigheters övervakning. Liksom när det gäller terroristbrottslighet krävs det, för att Säkerhetspolisen ska nå framgång i sin verksamhet, att myndigheterna kan följa den brottsliga verksamheten och hämta in information under lång tid och samtidigt ha möjlighet att sätta in motåtgärder snabbt.

Författningsskydd

Säkerhetspolisen arbetar även med att skydda rikets inre säkerhet. Detta görs genom att förebygga och avslöja verksamhet som med våld, hot eller tvång syftar till att förändra Sveriges statskick, påverka myndigheters eller politiska organs beslutsfattande eller hindra medborgare från att utöva sina grundlagsfästa fri- och rättigheter. Konkret utgörs det som skyddas av förtroendevaldas, myndighetsföreträdarens och journalisters yrkesutövning samt enskilda individers utövande av sina grundlagsfästa rättigheter att delta i den fria debatten.

Otillåten påverkan är ett samlingsnamn för sådant som trakasserier, hot och våld som syftar till att påverka beslutsfattare. Det kan röra sig om allt från förföljelse, förtäckta hot eller skadegörelse till verkligt grova brott som misshandel, sprängattentat eller mordförsök. I Sverige finns flera organisationer och grupper som använder otillåten påverkan för att nå ekonomisk vinning. Många gånger är det den grova organiserade brottsligheten som står bakom. De utsatta är ofta företrädare för rättsväsendet och andra myndigheter men även medierepresentanter och förtroendevalda politiker. I förlängningen kan denna typ av brott urholka de grundläggande principerna för vårt samhälle och vår demokrati.

Säkerhetspolisen förebygger och avslöjar brott mot rikets inre säkerhet. Arbetet handlar främst om att kartlägga de svenska extremistmiljöer som kan utgöra ett hot. Kartläggningen syftar till att få kunskap om miljöernas ideologier, aktörer och tillvägagångssätt. I

dessa miljöer finns grupper, individer och nätverk som är beredda att använda våld, hot eller tvång för att nå politisk vinning eller hindra enskilda individer från att utöva sina grundlagsfästa fri- och rättigheter. Inhämtning genom källor är i dessa fall ofta en förutsättning för att kunna skydda de grundlagsfästa fri- och rättigheterna.

Personskydd

Säkerhetspolisen ansvarar för säkerheten kring den centrala statsledningen samt vid statsbesök och liknande händelser. Man ansvarar även för personskydd som det har fattats särskilt beslut om.

De personer vars säkerhet Säkerhetspolisen ansvarar för benämns skyddspersoner. Hoten mot en skyddsperson bedöms och presenteras i form av en hotbild. Hotbilden är den sammantagna bedömningen av de hot som finns mot en person. Med hotbilden som utgångspunkt bedöms risken, det vill säga hur stor sannolikheten är att ett hot ska realiseras. Vilka konsekvenser det får om hotet realiseras bedöms också.

Hotbilderna bedöms kontinuerligt. Det kan röra sig om konkreta eller latent hot. Det som bedöms är hotutövarens avsikt och förmåga att genomföra ett hot. Hoten kan handla om t.ex. terrorism, inhemsk extremism eller person som har visat ett otillbörligt intresse för en skyddsperson.

Den information som ligger till grund för hotbilsbedömningen inhämtas på flera olika sätt, t.ex. från samarbetspartners som utländska säkerhetstjänster eller polismyndigheter, uppgiftslämnare eller hotbrev. Information från källor bedöms vara en särskilt viktig informationskälla när det gäller terrorism och inhemsk extremism.

4.5.4 Vissa problem med användningen av infiltration

En frågeställning som aktualiseras är om det är försvarbart att staten – under en infiltrationsoperation – vilseleder sina medborgare. Utredningen kommer inte närmare att gå in på de mer filosofiska aspekterna på denna frågeställning utan bara kort konstatera att det visserligen kan argumenteras för att förtroendet för rättsväsendet skulle kunna minska om polisen tilläts att vilseleda medborgarna. Det skulle i det sammanhanget kunna hävdas att rättsväsendet under

inga förhållandet ska få lämna t.ex. vilseledande uppgifter. Utredningen menar dock att infiltration är en vedertagen metod både i Sverige och internationellt och ser därför inte att nämnda frågeställningar skulle utgöra något hinder för metodens användning.

När det gäller metodens påverkan på den personliga integriteten uttalade Integritetsskyddskommittén i delbetänkandet ”Skyddet för den personliga integriteten Kartläggning och analys” att sådana metoder där polisen inhämtar information genom vilseledande eller manipulation väcker frågor som inte i första hand rör den personliga integriteten utan som framför allt är av intresse från rättssäkerhetssynpunkt (se SOU 2007:22 Del 1 s. 194). Integritetsskyddskommittén uttalade vidare att dessa arbetsmetoder inte hade någon omedelbar relevans för kommitténs arbete och behandlade inte dem vidare. Utredningen instämmer i Integritetsskyddskommitténs bedömning och konstaterar således att integritetsintrånget inte kan anses så stort att de brottsbekämpande myndigheterna av den anledningen inte skulle få använda infiltration som spaningsmetod.

Andra problem är de speciella säkerhetsfrågor som kan uppkomma för en infiltratör. Här åligger det dock polisen att vidta sådana åtgärder att riskerna minimeras. I sammanhanget bör t.ex. nämnas möjligheten att använda skyddsidentiteter. Vidare har utredningen erfarit att polisen på olika sätt sörjer för att polismän som arbetat under täckmantel följs upp både under och efter operationen. Vidare kan en infiltrationsoperation medföra risker inte bara för en infiltrerande polis utan även för personer som på olika sätt bidrar till vilseledandet. När det gäller frågan om inte enbart poliser utan även privatpersoner ska kunna anlitas för infiltrationsoperationer, och de risker som hänger samman med det, återkommer utredningen till det i avsnitt 8.

4.5.5 Användningen av infiltration som spaningsmetod och behovet av reglering

Bedömning: Befogenheten att använda infiltration som arbetsmetod följer av de allmänna bestämmelserna i polislagen. Det behöver inte införas någon särskild bestämmelse som ger polisen en allmän befogenhet att använda infiltrationsoperationer.

Det bör däremot införas en lagreglering av de brottsbekämpande myndigheternas användning av vissa särskilda åtgärder under

infiltrationsoperationer. Lagregleringen bör införas i en ny lag om särskilda inhämtningsåtgärder i de brottsbekämpande myndigheternas verksamhet.

Nuvarande ordning

I Sverige finns det förutom de allmänna bestämmelserna i polislagen inte några regler som mer i detalj styr polisens rätt att inhämta information. Däremot har en viss reglering av informationsinhämtningen ansetts nödvändig på grund av att åtgärden annars skulle kunna strida mot 2 kap. 6 § RF eller mot bestämmelser i brottsbalken. Detta gäller t.ex. de straffprocessuella tvångsmedel som regleras i 27 och 28 kap. RB. Utanför förundersökningarnas ram är rättegångsbalkens regler om tvångsmedel inte tillämpliga. Här är det i stället framför allt 8 § polislagen som anger ramarna för polisens handlande. Avgörande för om en spaningsmetod ska anses tillåten kan generellt anges vara att förfarandet inte omfattas av någon straffbestämmelse och att förfarandet inte heller står i strid med reglerna om användandet av tvångsmedel i rättegångsbalken eller andra föreskrifter som uttryckligen tar sikte på förfarandet.

I princip kan sägas att vem som helst får lov att infiltrera en kriminell grupp. Det är inte heller förbjudet att låta bli att tala om att man är polis eller att låta bli att tala om att man har för avsikt att lämna information till polisen.

Som framgått ovan är infiltration en metod som används som ett komplement till andra spaningsmetoder. I vissa sammanhang är den ett oersättligt medel att få information om kriminella grupperingar och organisationer som annars inte är möjlig för polisen att inhämta. Detta är självfallet av mycket stort värde inom brottsbekämpningen.

Enligt svensk rätt gäller att polisen inte behöver något uttryckligt lagstöd för alla åtgärder som vidtas för att kunna utföra polisiära uppgifter. Enligt 8 § första stycket polislagen kan polisen med stöd enbart av den bestämmelsen vidta olika typer av åtgärder under förutsättning att ingripandet är försvarligt med hänsyn till syftet och att ingripandet inte begränsar fri- och rättigheterna enligt regeringsformen.

Polisens s.k. okonventionella spaningsmetoder, av vilka infiltration har ansetts vara en, har hittills inte lagreglerats särskilt utan anses omfattas av de allmänna spaningsbefogenheterna i 2 § polislagen.

Vidare har de principer som lades fast i samband med införandet av den gällande polislagen ansetts styrande (se SOU 1982:63 s. 139 ff. och prop. 1983/84:111 s. 46 ff.). Dessa principer innebär för det första att polisen aldrig får begå en kriminaliserad handling för att kunna efterforska eller avslöja ett brott. För det andra får polisen aldrig provocera eller annars förmå någon att inleda en brottslig aktivitet. För det tredje får polisen aldrig av spaningsskäl underlåta att vidta föreskrivna åtgärder mot brott eller en för brott misstänkt person (jfr dock JK angående polisens underlåtenhet att gripa en i utevaro häktad person p.g.a. att det uppstått nya brottsmisstankar mot personen i fråga, se JK beslut 2008-10-08, dnr 6030-08-21).

Som jämförelse kan nämnas att Polisrättsutredningen år 1993 föreslog att polisens s.k. befallningsrätt uttryckligen skulle lagregleras (se SOU 1993:60 s. 177 ff.). Förslaget ansågs dock innebära en alltför långtgående detaljreglering och ledde inte till lagstiftning (se prop. 1996/97:175 s. 71).

Den internationella aspekten

Betydelsen av infiltration som spaningsmetod framkommer också internationellt. Det handlar t.ex. om att infiltration används som arbetsmetod i samtliga de länder som utredningen närmare studerat. Såvitt känt har samtliga EU-länder, med ett möjligt undantag, godtagit att polisen arbetar under täckmantel och med infiltrationsoperationer.

En annan internationell aspekt på användningen av infiltration är de rekommendationer som antagits av organ som Europarådet samt inom FN och EU. Även av dessa framgår att infiltration är en metod som generellt accepteras som polisiär arbetsmetod.

Som ett exempel kan nämnas att Europarådets ministerkommitté den 20 april 2005 antog en rekommendation (Rec [2005] 10) om användandet av särskilda undersökningsmetoder i fråga om allvarlig brottslighet inbegripet terroristhandlingar. Med särskilda undersökningsmetoder avses inhämtning av information som företas utan att de personer som är föremål för inhämtningen underkäntas om denna. Bland metoderna ingår ”undercover operations”. I rekommendationen framhålls att användningen av särskilda undersökningsmetoder är ett väsentligt redskap i kampen mot de mest allvarliga brottsformerna, inbegripet terroristhandlingar. Medlemsländerna rekommenderas att med lagstiftning och tillhandahållande

av resurser möjliggöra användningen av särskilda undersökningsmetoder, men även att säkerställa judiciell eller annan oberoende kontroll av användningen av dessa metoder (se vidare Terrorism: special investigation techniques, Council of Europe Publishing, 2005).

Användandet av infiltrationsoperationer omfattas numera även av internationella överenskommelser som Sverige har tillträtt. Framför allt finns bestämmelser om s.k. hemliga utredningar i artikel 14 i 2000 års EU-konvention om ömsesidig rättshjälp i brottmål mellan EU:s medlemsstater. Med hemliga utredningar avses brottsutredningar och annat samarbete som genomförs av poliser eller andra tjänstemän med skyddsidentitet. Mot bakgrund av att det redan förekommer ett betydelsefullt internationellt samarbete inom detta område som Sverige deltar i har Sverige inte gjort någon reservation mot artikel 14, vilket annars hade varit möjligt. Konventionen trädde för Sveriges del i kraft den 5 oktober 2005. Inför tillträdet till konventionen togs det i lagen (2003:1174) om vissa former av internationellt samarbete i brottsutredningar in vissa grundläggande förfaranderegler som avser brottsutredningar där skyddsidentiteter används. De nya reglerna ger möjlighet för svenska brottsbekämpande myndigheter att träffa överenskommelser om bistånd i brottsutredningar som genomförs av tjänstemän med skyddsidentitet.

Typ av brottslighet

Infiltrationsoperationer används knappast vid alla typer av brottslighet, något som följer redan av behovs- och proportionalitetskraven i polislagen. Det kan inte anses motiverat att använda infiltration i syfte att utreda mera bagatellartad brottslighet. Precis som vid andra polisingripanden måste åtgärden vara försvarlig med hänsyn till dess syfte och övriga omständigheter. I det sammanhanget får en avvägning göras mellan å ena sidan åtgärdens intrång och risk för skada och å andra sidan den aktuella brottslighetens svårhetsgrad och vad som står att vinna med åtgärden. Var den nedre gränsen för tillåten användning av infiltration bör dras kräver bl.a. sådana taktiska och resursmässiga överväganden som inte utan vidare lämpar sig att göras eller redovisas i detta sammanhang.

Begränsningar av fri- eller rättigheter?

Polisens dolda uppträdande genom täckidentitet m.m. som sådant har i sig inte ansetts utgöra något sådant ingrepp som avses i nu gällande lydelse av 2 kap. 6 § RF. Det kan visserligen i samband med det dolda uppträdandet vidtas åtgärder som utgör ett sådant ingrepp, t.ex. husrannsakan, och dessa åtgärder måste då ha stöd i lag. I normala fall är emellertid det dolda uppträdandet inte förenat med något ingrepp av detta slag och omfattas därför inte av något krav på lagstöd enligt 2 kap. RF.

Enligt 8 § andra stycket polislagen krävs – i överensstämmelse med regeringsformens krav på lagstöd – att det finns direkt lagstöd i de fall ett ingripande skulle begränsa någon av de grundläggande fri- och rättigheter som anges i 2 kap. RF.

Kan då infiltrationsoperationer anses begränsa grundläggande fri- och rättigheter?

Infiltrationsoperationer innehåller alltid ett mer eller mindre uttalat mått av vilseledande. Det handlar företrädesvis om att en eller flera målpersoner och eventuellt andra personer i deras omgivning ska få uppfattningen att infiltratören är en annan person än vad som i verkligheten är fallet. Det kan handla om att infiltratören medvetet lämnar osanna uppgifter om sin person, sin bakgrund eller sina syften. Att bli vilseledd om en persons verkliga identitet eller syften skulle kunna uppfattas som en kränkning av den personliga integriteten. Den integritetskränkning som uppkommer genom vilseledandet i sig kan dock inte anses särskilt stor i förhållande till t.ex. straffprocessuella tvångsmedel i olika former.

Användandet av kvalificerade skyddsidentiteter, som utgör ett centralt moment i en infiltrationsoperation, är reglerat i en särskild lag. Det kan av bl.a. tydlighetsskäl argumenteras för en heltäckande reglering av infiltrationsoperationer. Å andra sidan kan motsatt argument anläggas att det på grund av nuvarande systematik i regleringen av brottsbekämpande verksamhet finns skäl att lämna det som inte är nödvändigt att lagreglera oreglerat.

Bör användningen av infiltrationsoperationer lagregleras?

Utredningen gör sammanfattningsvis bedömningen att någon lagreglering av befogenheten att använda infiltrationsoperationer inte bör föreslås. Detta främst på grund av att varken det svenska sys-

temet eller den internationella aspekten kan anses kräva en sådan lagreglering. Tvärtom skulle det i viss mån strida mot gällande systematik i lagstiftningen när det gäller regleringen av brottsbekämpande myndigheters arbetsmetoder.

En sådan lösning skulle även föra med sig den fördelen ur ett brottsbekämpningsperspektiv att det även i fortsättningen blir upp till de brottsbekämpande myndigheterna att avgöra vilken misstänkt brottslighet som är så allvarlig att en infiltrationsoperation bör inledas. Denna bedömning är också i linje med den som Integritetsskyddskommittén gjort angående infiltrationsoperationernas ringa påverkan på den personliga integriteten.

Vissa åtgärder som vidtas under infiltrationsoperationer

En annan sak är att vissa åtgärder som kan komma att vidtas under en infiltrationsoperation bör regleras särskilt. Det kan under en infiltrationsoperation behöva vidtas åtgärder som utredningen bedömer vara särskilt känsliga från integritetssynpunkt och därför bör lagregleras, eller som av annan anledning bör ha stöd i lag. Det handlar enligt utredningens uppfattning för det första om situationer där infiltratören kan komma att begå gärningar som annars hade varit brottsliga (se avsnitt 6). Det handlar vidare om situationer där infiltratören som ett led i infiltrationen vidtar åtgärder som närmar sig eller kan jämföras med användandet av tvångsmedel (se avsnitt 7). En ytterligare kategori är situationer där privatpersoner används som infiltratörer (se avsnitt 8). Slutligen handlar det om situationer där brottsbekämpande myndigheter ges möjlighet att lägga ned förundersökningar och underlåta att väcka åtal för att inte avslöja en infiltrationsoperation (se avsnitt 9).

När det gäller hur lagregleringen närmare bör utformas gör utredningen följande bedömning. En tänkbar lagstiftningsmodell är att ta in de bestämmelser som rör särskilt känsliga åtgärder i samband med infiltrationsoperationer i anslutning till tvångsmedelsregleringen i rättegångsbalken. Infiltration kan dock inte sägas utgöra ett påtvingat ingrepp i den enskildes personliga sfär och utgör därför inte heller ett tvångsmedel enligt gängse definition av begreppet (se JO:s remissyttrande 2003-12-17 dnr. 4163-2003 avseende provokation m.m. i betänkandet SOU 2003:74). Det får till följd att en reglering av vissa åtgärder i samband med infiltrationsoperationer under förundersökningen närmast skulle höra hemma i

23 kap. RB. För motsvarande åtgärder i underrättelseverksamheten skulle en reglering motsvarande den som utredningen föreslagit i delbetänkandet SOU 2009:1 avseende inhämtning av vissa uppgifter om elektronisk kommunikation kunna övervägas.

En annan lösning är att samla lagregleringen kring infiltrationsoperationer och särskilt känsliga åtgärder under sådana operationer i en och samma lag, oavsett om det avser infiltration vid förundersökning eller i underrättelseverksamhet. En sådan lagreglering skulle med fördel kunna användas även för andra spaningsmetoder som föreslås lagregleras i detta betänkande. En sådan lag skulle kunna benämnas lag om särskilda inhämtningsåtgärder i de brottsbekämpande myndigheternas verksamhet.

4.5.6 Vissa särskilda frågor i anslutning till infiltration

Infiltration av politiska eller religiösa samfund

Ett särskilt problem är infiltrationsoperationer som riskerar att kränka särskilt skyddade friheter, såsom religion eller politiska åsikter. JO uttalade i anslutning till granskningen av den s.k. IB-affären att ”en infiltration [---] i politiska och andra sammanslutningar, som inte är olagliga, framstår alltid som en kränkning av den föreningsfrihet som är tillförsäkrad svenska medborgare (JO 1975/76 s. 167).

JO:s uttalande får dock förstås så att det inte utgör en kränkning av föreningsfriheten om det sker en infiltration av en sammanslutning som i och för sig inte är olaglig om infiltrationen inte är påkallad för att kartlägga föreningen, utan istället för att förebygga, förhindra eller upptäcka brottslig verksamhet. Det kan således inte uppställas något absolut förbud mot att infiltrera t.ex. extrema politiska eller religiösa organisationer. En infiltrationsoperation som tar sikte på allvarlig brottslig verksamhet bör kunna användas även i dessa sammanhang.

Var gränserna för tillåten och otillåten infiltration i detta sammanhang bör dras får avgöras med tillämpning av generella regler om föreningsfrihet och religionsfrihet m.m.

Infiltration i underrättelseverksamheten

En särskild fråga är i vilken utsträckning infiltration bör kunna användas som spaningsmetod i de brottsbekämpande myndigheternas underrättelseverksamhet. Polisberedningen uttalade år 1982 att det knappast kunde accepteras att polismän under falsk identitet under lång tid skulle placeras på exempelvis narkotikamarknaden, se vidare avsnitt 4.3.1. Utredningen menar dock att uttalanden om i vilken utsträckning infiltration bör kunna användas i underrättelse-liknande situationer som gjordes i början av 1980-talet inte längre framstår som helt relevanta. Den grova brottsligheten har numera en helt annan karaktär och omfattning än för 20–30 år sedan. Dessutom har metoden utomlands visat sig vara en av få metoder som är användbar för att avslöja och förebygga viss mycket grov brottslighet. Likaså har de brottsbekämpande myndigheternas arbetsmetoder förändrats påtagligt i riktning mot ett mer kunskapsstyrt och underrättelseorienterat arbetssätt. Detta innebär att de begränsningar som uppställdes på 1980-talet måste anses ha förlorat sin giltighet. Någon författningsreglering av infiltrationsverksamhet i underrättelseverksamheten som sådan är enligt utredningen inte påkallad.

Infiltration i ouppklarade fall (s.k. cold cases)

Utredningen har tidigare konstaterat att infiltration kan användas framgångsrikt för att skaffa information som leder till att ouppklarade fall kan klaras upp.

Den främsta invändningen mot att använda infiltration i sådana sammanhang är enligt utredningen förhållandet mellan sådana infiltrationsoperationer och det regelverk som reglerar förhörssituationer. Det kan hävdas att en infiltration i ett ouppklarat fall med stor sannolikhet riskerar att kränka flera specifika lagregler rörande polisförhör i 23 kap. RB. Det skulle kunna röra sig om förbudet mot användning av medvetet oriktiga uppgifter och förespeglande av särskilda förmåner (12 §), underrättelse om skäligen misstanke (18 §), rätt för skäligen misstänkt att ha försvarare närvarande (10 §) och rätt att granska uppteckning (21 §).

I ett till viss del liknande fall, Allan v. UK, fann Europadomstolen att det skett en kränkning av Allans rätt till en rättvis rättegång. Allan var frihetsberövad misstänkt för mord. I polisförhör

valde Allan att använda sig av sin rätt till tystnad. I syfte att få fram information om Allans delaktighet i mordet valde polisen att låta en informatör dela cell med Allan. Informatören var själv kriminell och åtog sig uppdraget som informatör i utbyte mot möjlighet att släppas fri mot borgen och mot att eventuellt senare dömas till en lindrigare påföljd. Informatörens uppgift var att under den gemensamma vistelsen försöka erhålla så mycket information som möjligt om brottet. Enligt informatören medgav Allan under den gemensamma vistelsen i cellen att han hade befunnit sig på mordplatsen vid tidpunkten för mordet. Allan dömdes till livstids fängelse och till grund för domen låg bl.a. det medgivande som Allan hade gjort inför informatören. Europadomstolen menade att informatörens utfrågning av Allan kunde liknas vid ett polisförhör som användes för att kringgå den rätt att vägra uttala sig som Allan tidigare hade utnyttjat. Det förelåg därför en kränkning av rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i konventionen.

När det gäller vilka situationer som omfattas av reglerna om förhör hänvisar Fitger (Rättegångsbalken En kommentar på Internet, 23 kap. 4 §) till JO-uttalanden om att förhørsreglerna är tillämpliga så snart ett samtal mellan en undersökande polis och en misstänkt enligt planläggning rör den sak som förundersökningen avser (se vidare JO 1975 Bilaga 6 s. 67 f. och JO 2007/08 s. 149 f.).

Någon heltäckande definition av förhörbegreppet är dock inte gjord. Bring/Diesen diskuterar i sin bok Förundersökning (4 uppl. s. 302 ff.), begreppet förhör. Man hänvisar till ett par JO-uttalanden (1975 års fall anmärkt ovan och JO dnr 1500-2002). Bring/Diesen konstaterar att JO:s uttalanden inte ger någon definition av förhörbegreppet och att man därför vid en avgränsning får utgå från bestämmelsen i 23 kap. 6 § RB. Dock konstateras att det vore en alltför vid definition att kalla alla situationer där någon lämnar upplysningar för förhör. Slutsatsen som Bring/Diesen drar är att det är svårt att göra en klar avgränsning av begreppet förhör och att det med den vaga definitionen inte ställs några formella krav för att ett förhör ska vara inlett. (Motsvarande argumentation och slutsatser finns i Förhör av Bring, Diesen och Wahren, 3 uppl. 2008 s. 19 ff.) Sett enbart ur denna vinkel talar mycket för att en situation som den i Gävle är att bedöma som ett förhör.

Å andra sidan är infiltrationsoperationer en accepterad och vedertagen arbetsmetod för polisen. Acceptans för att vidta infiltrationsoperationer finns inte bara i nationell rätt utan även i Europadomstolens praxis. En infiltrationsoperation riktas normalt mot en mål-

person som misstänks för viss allvarlig brottslighet. Under infiltrationsoperationen söker polisens uc-operatör normalt få kontakt med målpersonen. Det är oundvikligt att samtal mellan en målperson och en uc-operatör kommer att röra den sak som förundersökningen avser. Tvärtom är detta eftersträvansvärt och kan vara hela syftet med en infiltrationsoperation.

En strikt tillämpning av förhørsreglerna enligt ovan skulle i princip omöjliggöra genomförandet av infiltrationsoperationer och för övrigt även andra liknande former av interaktion mellan en polisspanare och en misstänkt person. Denna effekt kan knappast ha varit avsedd och framstår enligt utredningen inte som rimlig.

Att dra en gräns så att vissa samtal under en infiltration, beroende på i vilken utsträckning syftet med samtalet var att samla information till en brottsutredning, skulle vara att bedöma som förhör framstår som svårhanterbart. Detta gäller framförallt med hänsyn till att de flesta samtal syftar till att samla information relevant för en brottsutredning.

Hovrätten (Hovrätten för Nedre Norrland, dom 2010-08-27 i mål B 644-10) konstaterade i sin lagakraftvunna dom i Gävlemålet att det i en viss mening kan sägas att användandet av den särskilda spaningsmetoden har inneburit ett kringgående av bestämmelserna i rättegångsbalken i ett läge när en person var skäligen misstänkt för att ha anlagt mordbranden. Å andra sidan konstaterade hovrätten att regeringen och riksdagen har ställt sig bakom bruket av okonventionella spaningsmetoder i enlighet med vissa principer när det gäller allvarligare brottslighet. Hovrätten hänvisade vidare till den fria bevisprövningens princip och fortsatte.

Även om polisens spaningsmetod vid den fingerade anställningsintervjun med RM inte stått i överensstämmelse med rättegångsbalkens regler om hur en förundersökning ska bedrivas är hovrätten alltså oförhindrad att pröva bevisningen och eventuellt också lägga den till grund för en fällande dom mot de tilltalade i målet.

Hovrätten kom i den delen fram till att åtalet inte skulle ogillas på grund av att det skett en kränkning av den misstänktes rättigheter enligt 23 kap. RB.

Hovrätten konstaterade också att förfarandet inte oåterkalleligen undergrävt den misstänktes rätt till en rättvis rättegång enligt Europakonventionens artikel 6.

Utredningen ser sammanfattningsvis inte att några hinder föreligger för polisen att använda infiltrationsoperationer för att skaffa

information som bidrar till att klara upp annars ouppklarade fall. Situationen är inte sådan att den i sig kräver författningsreglering. En annan sak är att metoden inte bör användas i syfte att kringgå en misstänkts processuella rättigheter. Avgränsningen mellan förhör och infiltration får enligt utredningen göras i varje enskild situation.

5 Provokativa åtgärder

5.1 Bakgrund

5.1.1 Uppdraget

Svensk polis och tull har möjlighet att vidta s.k. provokativa åtgärder. Åtgärderna måste dock utformas så att de inte kommer i konflikt med någon straffbestämmelse eller andra författningar. Bland annat får en provokativ åtgärd inte innebära anstiftan till brott. Någon författningsreglering om vad som utgör en tillåten respektive otillåten provokation i brottsbekämpande syfte finns dock inte.

Inte minst erfarenheterna från andra länder visar att provokativa åtgärder, också av ett mer kvalificerat slag, kan vara en värdefull metod för att avslöja svårutredd och allvarlig brottslighet. Det förhållandet att de straffrättsliga förutsättningarna för provokativa åtgärder inte är fastslagna i lag minskar dock metodens användbarhet för svenskt vidkommande. Detta medför också risker från rättssäkerhetssynpunkt, såväl för brottsmisstänkta som för polismän och andra tjänstemän inom den brottsbekämpande verksamheten.

Det finns enligt direktiven anledning att överväga införandet av en lagreglering som tydliggör i vilken utsträckning de brottsbekämpande myndigheterna ska ha möjlighet att företa provokativa åtgärder. Enligt direktiven bör övervägandena även innefatta frågan om det bör få förekomma provokation som framkallar ett brott som, om provokationen inte hade förekommit, aldrig hade begåtts. Övervägandena ska enligt direktiven föregås av en analys av provokativa åtgärders lämplighet i bl.a. ett rättssäkerhets- och integritetsskyddsperspektiv samt en bedömning av åtgärdernas effektivitet för brottsbekämpningen.

Utredningen ska därför

- inhämta information om rättsläget i de övriga nordiska länderna samt övriga länder som bedöms vara relevanta för utredningsuppdraget,
- analysera Europadomstolens praxis i denna fråga, särskilt vad avser rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen,
- mot bakgrund av hur provokativa åtgärder används i andra länder, det internationella samarbetet och Europakonventionens krav överväga i vilken utsträckning de svenska brottsbekämpande myndigheterna bör kunna använda provokativa åtgärder,
- särskilt överväga i vad mån det bör få förekomma sådan provokation som i dag inte är lovlig och som kan leda till att den provocerade personen begår ett brott som, provokationen förutan, inte hade begåtts,
- överväga hur ett framprovocerat brott bör bedömas straffrättsligt och i vad mån det bör omfattas av polisens och tullens rapporterings-, anmälnings- och ingripandeskyldighet och åklagarens åtalsplikt,
- överväga rätts säkerhets- och integritetsskyddsfrågor, bl.a. i vilken utsträckning det bör krävas förhandstillstånd till mer kvalificerade provokationsåtgärder och om särskild intern eller extern kontroll kan behövas i efterhand, och
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

5.1.2 Vad är en provokativ åtgärd?

Begreppet provokativa åtgärder har inte någon entydig juridisk innebörd. Det har traditionellt i Sverige delats upp i bevisprovokation och brottsprovokation. Bevisprovokationer syftar till att skaffa bevisning om ett redan begånget brott medan brottsprovokationer har som syfte att framkalla ett brott (se JO 1997/98 s. 128 och JO 2000/01 s. 132).

Provokativa åtgärder har i flera sammanhang beskrivits som åtgärder där polisen lockar eller utmanar en person till en handling eller ett uttalande som kan vara besvärande eller på annat sätt ha en negativ innebörd för personen eller någon i dennes närhet. Dock har framhållits att som provokation inte ska betraktas en åtgärd som utgör

endast ett neutralt svar på en gärningsmans egna initiativ (se t.ex. SOU 2003:74 s. 113, SOU 1982:63 s. 129, prop. 1983/84:111 s. 45, JO 2000/01 s. 132 och Fitger, Rättegångsbalken 2 s. 23:22). Ett exempel på det sistnämnda är att det inte bör bedömas vara en provokativ åtgärd att i en utpressningssituation lägga ut ett kuvert eller en väska fylld med pengar även om syftet är att locka fram utpressaren och gripa denne (se Axberger, Brottsprovokation s. 59).

Det kan också nämnas att det enligt Axbergers uppfattning finns en tendens att begreppet provokation får innefatta allehanda slags kontakter mellan polis och misstänkta under spaningsstadiet och att jurister i sin användning av ordet provokation bara övertar grundbetydelsen "förmå", men tappar bort de kvalificerande omständigheter av framför allt psykologisk art som man i vanligt språkbruk lägger in i "den sanne" provokatörens handling (se Axberger a.a., s. 7 och 59).

BRU framhöll i sitt betänkande Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen (SOU 2003:74 s. 145) att en definition av provokativa åtgärder skulle vara mycket svår att ange i författningstext. Definitionen skulle i sådant fall av nödvändighet bli så vid att den innefattade en mängd åtgärder som de brottsutredande myndigheterna genomför när man av olika skäl föranleder någon att vidta en handling under en brottsutredning. T.ex. skulle ett genomfört förhör där förhørsledaren får fram ett erkännande kunna komma att omfattas av tvångsmedlet.

Med hänsyn bl.a. till att det inte finns någon tydlig gräns mellan brottsprovokation och bevisprovokation, ansåg BRU att det var olämpligt att i lagstiftning lägga dessa begrepp till grund för utformningen av författningstexten. Enligt BRU:s uppfattning fanns det inte heller något behov av det. I förslaget till lagreglering använde BRU i stället det mycket mer neutrala begreppet åtgärd.

BRU fann att det mest ändamålsenliga var att låta regleringen ta sikte på åtgärder som riskerar att föranleda någon att begå brott och att det var just vid sådana provokativa åtgärder som lagstiftningsbehovet fanns. I detta ligger att åtgärderna ska ha en innebörd av frestelse, initiativ, uppmuntran eller annan starkare påverkan (jfr Axberger, Brottsprovokation, s. 58 f.). I annat fall kan åtgärderna inte anses omfattas av regleringen.

Åklagarmyndigheten har beslutat vissa riktlinjer beträffande handläggningen av provokativa åtgärder (RÅR 2007:1) och även gett ut Åklagarmyndighetens rättspromemoria om provokativa åtgärder (RättsPM 2007:4, uppdaterad i mars 2008) i syfte att skapa klara

och tydliga rutiner för att främja en enhetlig, förutsebar och rätts-säker tillämpning. I dessa framhålls att de enbart tar sikte på sådana provokativa åtgärder som riskerar att föranleda någon att begå brott. Det framhålls vidare att den tidigare definitionen av provokativa åtgärder inte är användbar när det gäller sådana provokativa åtgärder som promemorian behandlar. Definitionen är nämligen allt för vid och omfattar en mängd åtgärder som de brottsutredande myndigheterna genomför när de av olika skäl föranleder någon att vidta en handling under en brottsutredning. T.ex. skulle definitionen kunna omfatta ett förhör där förhørsledaren får fram ett erkännande.

Uppdelningen i bevis- och brottsprovokation har även kritiserats, eftersom en och samma provokativa åtgärd kan innefatta – eller komma att visa sig innehålla – såväl bevis- som brottsprovokation (se Axberger a.a. och Brottsprovokation – en uppdatering, i Festskrift till Nils Jareborg, liksom Asp, Straffansvar vid brottsprovokation, s. 205 ff. och Fitger, Rättegångsbalken En kommentar på Internet, 23 kap. 4 §).

5.1.3 Användningen av provokativa åtgärder inom brottsbekämpande myndigheter

Användningen av provokativa åtgärder är inte lagreglerad i Sverige. Enstaka provokativa åtgärder inom ramen för polisarbetet har sannolikt förekommit sedan länge. Det finns rättsfall från Högsta domstolen där frågor om provokation varit uppe så tidigt som på 1930-talet. Användningen av provokativa åtgärder som en arbetsmetod får dock sägas ha blivit mer vanlig de senaste 30 åren, framför allt efter den rapport som presenterades av Rikspolisstyrelsens SPANARK-grupp år 1980 och 1981 års polisberednings betänkande Polislag (SOU 1982:63) med efterföljande proposition med förslag till polislag (prop. 1983/84:111). I dessa dokument drogs riktlinjer upp för användning av vissa s.k. okonventionella spaningsmetoder, varav provokativa åtgärder ansågs vara en.

Provokativa åtgärder som vidtas av polisen

När polisen får ett uppslag om en situation där en provokativ åtgärd skulle vara en möjlig utredningsväg görs en helhetsbedömning av fallet. Det upprättas en operationsplan som följs av insatser från poli-

sens operatörer. Operationen leds av en hanterare eller koordinator. Det sker en löpande kontakt med åklagaren under hela operationen. Det kan även hända att en provokativ åtgärd förbereds genom påbörjandet av en infiltrationsoperation men att operationen avbryts när det t.ex. visar sig att det inte finns något befintligt narkotika-innehav. Det är enligt polisen bara en mindre andel av alla uppslag som resulterar i faktiskt vidtagna provokativa åtgärder.

I Åklagarmyndighetens rättspromemoria om provokativa åtgärder (RättsPM 2007:4, uppdaterad i mars 2008) framhålls att åtgärder som enbart innebär att ingripandet senareläggs, t.ex. ”rena” kontrollerade leveranser eller att polisen, som misstänker att stöldgods finns hos en viss person, avvaktar med ingripande för att se om personen överlämnar godset till någon annan, inte bedöms vara provokativa åtgärder. I många av de ovanstående situationerna hanteras dock åtgärden administrativt som en provokativ åtgärd. Även många andra åtgärder som innefattar rena bevisprovokationer, t.ex. när någon förmåts att visa upp eller på annat sätt avslöja ett innehav av vapen, narkotika eller hälerigods, eller muntligt avslöja sin tidigare brottslighet, riskerar typiskt sett inte heller att föranleda någon att begå ett nytt brott och är därför inte att betrakta som en provokativ åtgärd enligt Riksåklagarens riktlinjer om handläggning av provokativa åtgärder (RÅR 2007:1).

Provokativa åtgärder har framför allt använts vid misstanke om grova narkotikabrott eller grov narkotikasmuggling och riktat sig mot den grova organiserade brottsligheten. Just när det gäller grov narkotikabrottslighet har provokativa åtgärder i många fall lett till stora beslag och förhindrat betydande mängder narkotika från att komma ut på marknaden. Andra situationer där det har förekommit provokativa åtgärder är i samband med tillgrepp av värdefulla konstverk, t.ex. vid rånet mot Nationalmuseum år 2000 där Renoir- och Rembrandtmålningar tillgreps. De provokativa åtgärderna har i detta fall lett till att målningar värda flera hundra miljoner kr har kunnat återbördas till Nationalmuseum.

Provokativa åtgärder har även vidtagits i utredningar som rör grova hälerier och stölder. Ett område där behovet av att vidta provokativa åtgärder är kraftigt ökande är att utge sig för att vara intresserad köpare av sådana objekt som bjuds ut till försäljning via Internet. Det kan röra sig om vapen, narkotika, läkemedel eller barnpornografi. Ytterligare ett område där provokativa åtgärder kan behöva vidtas är där grunden för åtgärden är en begäran om internationell rättslig hjälp från något annat land.

Enligt vad utredningen har erfarit har användandet av sådana provokativa åtgärder inom polisens verksamhet som föregås av en infiltrationsoperation minskat påtagligt under senare år. Den förklaring som lämnats är att det på grund av osäkerheten kring möjligheterna att hemlighålla förekomsten av information som inhämtats från en informatör och risken för ett avslöjande av identiteten på den informatör vars uppgifter ligger till grund för åtgärden. Ett sådant avslöjande skulle i vissa situationer kunna innebära uppenbar livsfara för informatören.

Provokativa åtgärder som vidtas av Säkerhetspolisen

Som tidigare redogjorts för är det endast en mindre del av Säkerhetspolisens arbete som sker inom ramen för en förundersökning och som har till syfte att utreda brott. Den största delen av Säkerhetspolisens verksamhet avser i stället åtgärder som ska avslöja, förebygga och förhindra brottslighet. Det får även till följd att Säkerhetspolisens användning av provokativa åtgärder skiljer sig något från den öppna polisens. Inom Säkerhetspolisen skulle en provokativ åtgärd kunna ha som primärt mål att konstatera att personen sysslar med olovlig underrättelseverksamhet men att denne p.g.a. immunitetsskydd inte kan lagföras. En provokativ åtgärd i ett sådant fall skulle i stället kunna resultera i att personen på diplomatisk väg förklaras ej önskvärd i landet. Ett annat syfte med att vidta provokativa åtgärder kan vara att skaffa information som är nödvändig för att kunna förhindra allvarlig brottslighet.

Ett exempel på när Säkerhetspolisen vidtagit provokativa åtgärder i en förundersökning är fallet där en ungersk man genom dataintrång kom över vissa källkoder till Sony Ericssons mobiltelefoner. Säkerhetspolisen fick kontakt med en person som hade lagt ut sådana källkoder till försäljning på Internet. Säkerhetspolisen utgav sig i dessa kontakter för att vara en potentiell köpare av källkoderna. Vid dessa kontakter framkom att säljaren även hade tillgång till företagshemligheter. Detta medförde att säljarens identitet, och om denne arbetade på uppdrag av främmande makt, behövde fastställas. Operationen ledde fram till att den misstänkte greps. De uppgifter som framkom i utredningen visade att den misstänkte inte hade agerat på uppdrag av främmande makt. Mannen dömdes senare till tre års fängelse för grovt företagsspioneri och obehörig befattning med hemlig uppgift.

Det har även upplysts att det inom Säkerhetspolisen, t.ex. inom kontraspionaget, kan förekomma vissa åtgärder som inte bedöms innefattas i begreppet provokativa åtgärder, eftersom den som utsätts för åtgärden inte riskerar att göra sig skyldig till brott. Syftet kan i stället vara att få personen att göra uttalanden som kan ha negativa följder för personen genom att det klarläggs att personen verkligen haft ett uppdrag från främmande makt.

Provokativa åtgärder som vidtas av Tullverket

Inom ramen för Tullverkets brottsbekämpande verksamhet utförs varje år ett antal operationer som administrativt hanteras som provokativa åtgärder. Det rör sig främst om kontrollerade leveranser och liknande förfaranden. Syftet med åtgärderna är normalt att avslöja brottslighet, binda gärningsmän till gods, identifiera ytterligare inblandade personer samt identifiera och bekräfta brottsliga tillvägagångssätt.

Ett ganska typiskt exempel på en sådan åtgärd genomförd av Tullverket kan vara följande. Utländsk tull påträffar ett paket med narkotika på väg till Sverige. Genom Europol informeras Tullverket. En åklagare beslutar att inleda förundersökning och ger tillstånd att genomföra en provokativ åtgärd. Paketet tas omhand av tullpersonal och narkotikan byts ut. Tullpersonal under täckmantel distribuerar paketet till den svenske mottagaren, vars bostad hålls under kontinuerlig bevakning. Efter något dygn kommer tre personer och hämtar paketet, varpå samtliga grips och lagförs.

Såvitt framkommit vidtas provokativa åtgärder enbart inom ramen för förundersökningar.

5.1.4 Förutsättningarna för användning av provokativa åtgärder som polisiär arbetsmetod

Enligt Åklagarmyndighetens RättsPM och Riksåklagarens riktlinjer om handläggning av provokativa åtgärder kan förutsättningarna för användningen av provokativa åtgärder sammanfattas i följande punkter.

- Behovs- och proportionalitetsprinciperna ska beaktas,
- det är aldrig tillåtet att provocera någon att begå ett brott som denne aldrig annars skulle ha begått,

- det ska föreligga en stark misstanke om brott,
- provokativa åtgärder får endast användas för att avslöja allvarlig brottslighet,
- beslut om provokation ska fattas av åklagare, och
- provokationsåtgärderna måste dokumenteras noggrant.

5.1.5 Gränsdragning mellan tillåten och otillåten provokation

Det får anses som okontroversiellt att polisen eller annan brottsbekämpande myndighet har rätt att vidta provokativa åtgärder för att införskaffa bevisning om ett redan begånget brott. Frågan om i vilken grad en myndighet har rätt att genom provokation medverka till att en enskild förmås att begå en brottslig gärning har varit föremål för mer diskussion.

En av principerna för polisens arbete är att polisen aldrig får provocera eller på annat sätt förmå någon att inleda en brottslig aktivitet. Detta anges ibland följa redan av principen att polisen aldrig får begå en kriminaliserad handling för att kunna efterforska eller avslöja brott. Det har i sin tur sin grund i att det utgör anstiftan att förmå någon att begå brott. Att anstifta till brott är att begå en kriminaliserad handling. Avgörande sägs därför vara huruvida polisen förmår någon att begå ett brott som han annars inte skulle ha begått (se Asp s. 196).

Enligt Axberger kan gränsdragningen mellan tillåtna och otillåtna provokationer ske på följande sätt (se Brottsprovokation s. 53). För att en handling ska kunna kallas provocerad måste den ha initierats av provokatören, annars är det ingen ”provokation”. Om initiativet kommer från målpersonen föreligger ingen provokation även om den förmente provokatören underlåtit att upplysa målpersonen om att denne var på väg att göra något som han eller hon skulle komma att ångra. Detta kan uttryckas så, att provokation inte kan begås genom underlåtenhet eller genom att man på ett passivt sätt ”spelar med” i ett skeende som drivs framåt av någon annan.

Axberger menar att brottsprovokation endast borde föreligga då provokatören lyckas väcka en brottslig vilja hos sitt offer men framhåller också att uttrycket inte används på det sättet. Begreppet brottsprovokation innefattar sedan länge relativt passiva framkallanden av brottsliga handlingar där gränsen dock går vid exempelvis infiltration eller ”interimistisk passivitet”, dvs. att polisen underlåter att ingripa

mot ett förestående eller pågående brott i syfte att kunna uppnå optimal effekt med ett ingripande.

Axberger anger att det, inom det område som med en vidsträckt benämning kallas brottsprovokation, får dras en gräns för vad som kan tillåtas som polisiär arbetsmetod. Där är det i princip endast mer passiva framkallanden av brott som kan tillåtas till skillnad från användning av direkta frestelser eller andra lockelser som är svåra att motstå. Axberger nämner att provokationen får avse framkallande av en brottslig gärning, men avsikten får inte vara att talan ska föras angående denna gärning utan endast att den ska utgöra bevis om redan föreliggande brottslighet (Brottsprovokation s. 36 och 53 f.).

Enligt JO (se JO 2008/08 s. 140) får det numera anses klart att avgörande vikt vid bedömningen av om en provokativ åtgärd ska anses vara tillåten eller inte bör läggas vid om någon har förmåtts att begå ett brott som han annars inte skulle ha begått. Det synes i tillåtighetshänseende inte ha någon betydelse om det är polismän själva som företar de provocerande åtgärderna eller om de initierar infiltratörer eller informatörer att göra detta (se Fitger, Rättegångsbalken En kommentar på Internet, 23 kap. 4 §).

Denna bedömning kan dock också angripas. Det är inte nödvändigt att området inom vilket provokativa åtgärder kan anses vara en tillåten polisiär arbetsmetod överensstämmer med möjligheterna att straffrättsligt ställa någon till svars för en gärning. I det s.k. Rembrandt-fallet (NJA 2007 s. 1037) uttalade Högsta domstolen 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". Högsta domstolen fortsatte:

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).

Det aktuella avgörandet kan således överhuvudtaget inte innefatta något ställningstagande till frågan om i vilken utsträckning polisen bör få företa provokativa åtgärder (se Asp, SvJT 2008 s. 792).

5.1.6 Den provocerades ansvar

Det har i framförallt doktrinen under en längre tid förts diskussioner kring hur ett framprovocerat brott bör bedömas straffrättsligt.

Traditionellt har den svenska synen varit sträng och provokationer haft mycket liten påverkan på ansvarsbedömningen. Det har t.ex. i ett par äldre avgöranden från Högsta domstolen ansetts att invändningar om att den som begått ett brott som provocerats fram inte skulle vara straffrättsligt ansvarig för gärningen var rättsligt irrelevanta (se NJA 1960 s. 522 och NJA 1972 s. 528 samt Axberger s. 42 f.).

I avgörandet NJA 1985 s. 544 kom dock en öppning för att grund för strafflindring skulle kunna tänkas föreligga om polisen använt uppenbart otillbörliga metoder, t.ex. om polisen själv deltagit i en brottslig gärning och därmed förmått någon att begå ett brott som denne sannolikt annars aldrig hade begått. Grundprincipen i svensk rätt har även med beaktande av detta avgörande varit att provokationer endast i undantagsfall påverkar den straffrättsliga bedömningen (se Asp, s. 193 och 307).

Genom Europakonventionen och Europadomstolens praxis, framförallt i målet Teixeira de Castro mot Portugal (se avsnitt 5.1.8) har på senare tid svensk praxis utvecklats i riktning mot ett större hänsynstagande till förekomsten av provokativa åtgärder vid den straffrättsliga bedömningen.

Rembrandtmålet (NJA 2007 s. 1037)

Det numera ledande avgörandet är Högsta domstolens avgörande i det s.k. Rembrandtmålet som gällde grovt häleri av en Rembrandttavla som tillgripits vid ett grovt rån mot Nationalmuseum år 2000. Högsta domstolen förde följande resonemang.

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 A.L., B.K. och D.K. 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 Bo.K-v 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.

[---]

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. A.L:s, B.K:s och D.K:s 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 straff lindring 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 konventionsenlighetssynpunkt likgiltigt.

Enligt svensk rätt gäller, i motsats till vad som gäller i många andra länders rättssystem, principen om fri bevisföring (35 kap. 1 § RB). 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 §§ 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 berörts.

Andra avgöranden från Högsta domstolen

Högsta domstolen har senare i flera fall bekräftat de principer som lades fast i Rembrandtmålet. Det rör sig om följande tre fall.

Högsta domstolens beslut den 25 maj 2009 i mål Ö 1923-09 (NJA 2009 N 27)

Målet i Högsta domstolen gällde en framställning om utlämning till Ryssland av en rysk medborgare på grund av misstanke om narkotikabrott. Högsta domstolen inledde med att konstatera att de aktuella gärningarna hade föregåtts av provokativa åtgärder från den ryska polisens sida och att det därmed inte kunde uteslutas att den misstänkte blivit utsatt för en sådan polisprovokation som enligt Europadomstolens praxis medfört en kränkning av rätten till en rättvis rättegång enligt Europakonventionens artikel 6.

Högsta domstolen fortsatte med att konstatera att förekomsten av polisprovokation inte i sig innebär ett brott mot artikel 6 eller att straffansvar för en gärning som begåtts under inflytande av provokationen är uteslutet. För att så skulle vara fallet, framhöll Högsta domstolen, krävdes att rättvisan i rättegången kan anses ha blivit oåterkalleligen undergrävd till följd av provokationen.

Högsta domstolen menade att utredningen i det aktuella fallet inte tillät några säkra slutsatser i frågan om rätten till en rättvis rättegång blivit oåterkalleligen undergrävd, men att det fick förutsättas att frågan skulle bedömas av den ryska domstolen. Det fanns därför inte något hinder mot utlämning på den grunden.

Resningsärenden i mål där det har förekommit provokativa åtgärder (NJA 2009 s. 475 I och II)

I Grovt vapenbrott

En person var dömd för bl.a. grovt vapenbrott utan att det i processen hade framkommit att han varit utsatt för en provokativ åtgärd av en person som på polisens uppdrag sålt vapnen till den sedermera dömda personen. Högsta domstolen konstaterade i resningsärendet att det förhållandet att det förekommit provokativa åtgärder från polisens sida kunde innebära en kränkning av rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen. Genom en hänvis-

ning till Rembrandtmålet fortsatte Högsta domstolen med att konstatera att det saknas förutsättningar att fälla någon till ansvar för ett brott som provocerats fram från polisens sida och som han annars inte skulle ha begått, eftersom rätten till en rättvis rättegång i ett sådant fall ska anses ha blivit oåterkalleligen undergrävd. Högsta domstolen anförde vidare: "Bedömningen av om någon som föranletts att begå ett brott genom provokation skulle ha begått ett liknande brott för det fall provokationen inte hade ägt rum kan förutsättas ofta vara vansklig." Efter att ha konstaterat stora brister i utredningen blev Högsta domstolens slutsats att det inte fanns någon utredning som gav stöd för antagandet att den dömde skulle ha begått brottet om provokationen inte hade ägt rum och att det därför fanns skäl som talade för att han utsatts för en sådan provokation som är av betydelse för bedömningen av hans straffbarhet. Högsta domstolen beviljade således resning av det tidigare avgörandet såvitt det avsåg grovt vapenbrott för att det dels skulle prövas på nytt om de dömde hade gjort sig skyldig till brott och i så fall om det fanns skäl att beakta provokationen inom ramen för påföljdsbestämningen.

II Grovt narkotikabrott (det s.k. Gotlandsärendet)

En person var dömd för grovt narkotikabrott utan att det i processen hade framkommit att han varit utsatt för en provokativ åtgärd genom att en person på polisens uppdrag hade uppträtt som köpare av det aktuella narkotikapartiet. Högsta domstolen konstaterar dock i resningsärendet att det redan före det att de provokativa åtgärderna vidtogs fanns konkreta misstankar mot den dömde, att infiltratören uppgett att det var den dömde som tog kontakt med honom för att sälja heroin, något som den dömde förnekade. Högsta domstolen menar att det inte framkommit några omständigheter till stöd för den dömdes uppfattning och att det i förening med övriga omständigheter talar för att den dömde skulle ha begått brottet på annat sätt om han inte blivit föremål för en provokativ åtgärd. Det finns därför inte, menar Högsta domstolen, stöd i utredningen för slutsatsen att kännedomen om den provokativa åtgärden skulle ha lett till frikännande, hänförande under en mildare straffbestämmelse eller tillämpning av en strafflindrande bestämmelse. Högsta domstolen avslog därför resningsansökan.

5.1.7 Provokatörens ansvar

Ett särskilt problem inom straffrätten är vilket ansvar provokatören har för sina provokativa åtgärder. Frågan har behandlats utförligt i doktrinen. Asp (a.a. s. 294 f.) har konstaterat att provokatören normalt uppfyller kraven för s.k. brottsbeskrivningsenlighet, dvs. uppfyller de objektiva rekvisiten i ett straffstadgande. Vidare konstaterar han att provokatörens handlande normalt inte kan rättfärdigas genom tillämpning av någon allmänt erkänd ansvarsfrihetsgrund. Asp menar vidare att det genom tillämpning av det regelverk som finns för straffmätning och för frivilligt tillbakaträdande bör finnas utrymme för en nyanserad bedömning av provokatörens agerande i de fall detta verkligen kan anses utgöra brott. Slutligen framhåller Asp att provokatören, om han eller hon klart avviker från regelverket och principerna för användning av provokativa åtgärder kan komma att ansvara för tjänstefel.

5.1.8 Europadomstolens praxis (särskilt vad avser rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen)

Teixeira de Castro mot Portugal (nr. 25829/94, den 9 juni 1998)

Det mest kända avgörandet från Europadomstolen och samtidigt det mest betydelsefulla avgörandet som rör frågor kring provokationer är Teixeira de Castro mot Portugal. Civilklädda poliser hade förklarat för de Castro att de var intresserade av att köpa 20 g heroin och visade honom 20 000 Escudos. Teixeira de Castro gick med på att skaffa fram narkotikan. När han levererade heroinet greps han och dömdes därefter till sex års fängelse för narkotikabrott.

Europadomstolen betonade inledningsvis att det inte ens gjorts gällande att ingripandet utgjort ett led i en av domstol övervakad operation. Det fanns inte heller några goda skäl att misstänka de Castro för narkotikahandel. Denne förekom inte i kriminalregistret och förundersökning hade inte varit inledd mot honom. Teixeira de Castro var inte tidigare känd av de poliser som kom i kontakt med honom. Vidare hade han inte haft någon narkotika hemma utan efter polisens förfrågan skaffat narkotika från tredje person. Det fanns inte heller någon bevisning som stödde påståendet att de Castro var predestinerad (predisposed) att begå brott. Poliserna hade alltså inte bedrivit en huvudsakligen passiv undersökning utan utövat ett inflytande

som framkallat brottet. Poliserna ansågs därmed ha anstiftat ett brott som det inte fanns något som tydde på skulle ha begåtts ändå. Europadomstolen fann att den fällande domen stred mot Europakonventionens artikel 6.

Lüdi mot Schweiz (12433/86, den 15 juni 1992)

Ett tidigt avgörande från Europadomstolen som tar upp frågor om provokativa åtgärder är fallet Lüdi mot Schweiz. Målet gällde en provokativ åtgärd mot en person som hade för avsikt att sälja narkotika. Den schweiziska polisen hade fått ett tips som ursprungligen kom från en person som hade delat cell med Lüdi. För cellkamraten hade Lüdi berättat att han skulle köpa fem kg kokain och bett cellkamraten om ett lån av 200 000 schweizerfranc. En förundersökning med användande av telefonavlyssning inleddes. Polisledningen beslutade att inleda en infiltrationsoperation och underrättade undersökningsdomaren om detta.

Infiltratören, som var en polis, tog kontakt med Lüdi och utgav sig för att vara en potentiell köpare av narkotika. Efter några sammanträffanden på polisens initiativ greps Lüdi av polisen. Polismanen uppgav att Lüdi hade lovat att sälja honom två kg kokain värt 200 000 schweizerfranc. Vid en husrannsakan hos Lüdi fann polisen spår av kokain och hasch. Lüdi dömdes bl.a. för att han haft för avsikt att sälja två kg kokain.

Lüdi menade att hans rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv enligt artikel 8 hade kränkts av infiltratörens agerande. Vad gällde infiltratörens verksamhet i förhållande till artikel 8, konstaterade Europadomstolen att Lüdi hade sagt sig vara beredd att sälja två kilo kokain till polismannen. Han ansågs därför ha varit medveten om att han påbörjat en brottslig aktivitet och därför kunde riskera att möta en polisinfiltatör med uppgift att avslöja honom. Något brott mot artikel 8 förelåg inte. Däremot ansågs att själva rättegångsförfarandet mot Lüdi utgjorde en kränkning av artikel 6. Vid den fällande domen lade de nationella domstolarna betydande vikt vid det skriftliga vittnesmål som polismannen lämnat. Däremot hördes han inte under rättegången eftersom man inte ville röja hans identitet. Varken Lüdi eller dennes advokat fick någon gång under processen tillfälle att fråga ut polismannen. Detta innebar att Lüdi inte hade fått en rättvis rättegång.

Müller mot Österrike (22463/93, den 28 juni 1995)

Müller var dömd för narkotikabrott för att han försökt sälja en stor kvantitet narkotika. Han avslöjades genom en undercoveroperation. I beslutet att förklara ansökan inadmissible fann kommissionen att Müller hade handlat med narkotika redan innan polisen blev inblandad och att polisens handlande, mot bakgrund av att Müller redan var beredd att begå brott av visst slag, inte ansågs påverka rätten till privatliv i den mening som avses i artikel 8.

Shahzad mot Storbritannien (34225/96, den 22 oktober 1997)

Fallet Shahzad mot Storbritannien gällde smuggling av narkotika från Pakistan till Storbritannien. En informatör åt polisen träffade två personer i Pakistan. Dessa personer uppgav att de ville smuggla heroin till Storbritannien. Informatören förklarade att han kände en pilot som kunde användas som kurir. Personerna introducerade då Shahzad för informatören. De förklarade för informatören att de skulle förse honom med heroin som kunde smugglas till Storbritannien. Några dagar senare föreslog Shahzad för informatören att denne även skulle smuggla ytterligare ett parti heroin. Informatören accepterade och Shahzad levererade 20 kg heroin. Heroinet transporterades till Storbritannien av tulltjänstemän. Informatören begav sig till London och försökte i flera veckor förmå Shahzad att komma till London för att ta emot heroinet. När Shahzad väl dök upp i London greps han av polis.

Shahzad menade att hans rätt till rättvis rättegång hade kränkts under påståendet att infiltratören hade uppmuntrat honom att begå brott. Dessutom hade han övertalats och lurats att komma till London för att ta emot narkotikan. Europakommissionen anförde att det inte var infiltratören som hade tagit initiativ till kontakten med Shahzad. Infiltratören hade bara reagerat på ett erbjudande från Shahzad. Detta, framhöll kommissionen, skilde fallet från Teixeira de Castro-målet. Till skillnad mot som var fallet där, fanns det inget som tydde på att infiltratören hade initierat brottet. Kommissionen noterade också att Shahzad under lång tid hade ägnat sig åt narkotikahandel och att han var villig att begå brottet oavsett inblandningen av infiltratören. Vidare menade Kommissionen att Shahzad av egen fri vilja hade rest till London i fullt medvetande om vilka konsekvenser

hans handlande skulle kunna få. Mot denna bakgrund förelåg ingen kränkning av rätten till rättvis rättegång enligt artikel 6.

Calabrò mot Italien och Tyskland (nr. 59895/00, den 21 mars 2002)

Calabrò greps för att ha importerat närmare 46 kilo kokain till Italien. Enligt polisrapporten hade narkotikasmugglingen skett med hjälp av en polisinfiltratör i en gemensam operation mellan tysk och italiensk polis. Calabrò dömdes till sexton års fängelse. Calabrò klagade till Europadomstolen och gjorde bl.a. gällande att hans rätt till en rättvis rättegång hade kränkts genom att polisinfiltratören inte hade hörts inför domstol och att han hade utsatts för en otillåten provokation.

Europadomstolen förklarade Calabròs ansökan inadmissible. När det gällde frågan om att polisinfiltratören inte kunnat höras konstaterade domstolen att denne var försvunnen och att de italienska myndigheterna hade gjort vad som kunde begäras för att försöka spåra denne. Även om det varit att föredra att polisinfiltratören vittnat i målet fanns det även annan bevisning mot Calabrò, vilket gjorde att det inte ansågs utgöra en kränkning av rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 att inte höra polisinfiltratören.

När det därefter gällde frågan om Calabrò hade utsatts för en otillåten provokation tog Europadomstolen utgångspunkt i avgörandet Teixeira de Castro (se ovan). Domstolen framhöll dock vissa skillnader mellan de båda fallen. I det aktuella fallet hade polisinfiltratören gjort känt att han var beredd att importera en stor mängd narkotika, varpå Calabrò på eget initiativ kontaktat polisinfiltratören, betalat en summa pengar och organiserat överlämnandet av narkotikan. Genom sina åtgärder hade Calabrò visat att han var delaktig i grov organiserad narkotikasmuggling. Vidare konstaterade domstolen att Calabrò hade haft tillfälle att förhöra andra poliser som deltagit i operationen samt givits tillfälle till inblick i polisoperationens "natur" och vilka åtgärder som hade vidtagits. Domstolen ansåg med hänsyn härtill att polisinfiltratören inte hade utfört någon otillåten provokation eller annars gått utöver sin roll som polisinfiltratör.

Sequeira mot Portugal (nr. 73557/01, den 6 maj 2003)

Sequeira skulle smugla närmare två ton kokain från Sydamerika. Han tog kontakt med en person, A, han sedan tidigare kände från en fängelsevistelse. A tog i sin tur kontakt med C, en båtägare som tidigare samarbetat med polisen och övertalade A att göra detsamma. A och C agerade därefter infiltratörer åt polisen, som kunde gripa Sequeira.

Europadomstolen fann att det inte hade förekommit någon otillbörlig provokation. A och C hördes vid en offentlig förhandling. Dessutom hade domstolen inte dömt enbart på deras uppgifter utan även på vittnesmål från poliser och på skriftlig bevisning. Sequeira hade sammantaget fått en rättvis rättegång och ansökan förklarades inadmissible.

Edwards och Lewis mot Storbritannien (nr. 39647/98 och 40461/98, den 27 oktober 2004)

Edwards greps med en väska innehållande närmare fem kilo heroin och dömdes senare till nio års fängelse för att ha innehaft narkotikan i avsikt att sälja den.

Lewis greps efter att ha visat upp förfalskade sedlar för en polis som arbetade under täckmantel. I Lewis bostad hittades ytterligare förfalskade sedlar. Lewis dömdes för innehav av förfalskade sedlar i avsikt att lämna dem vidare till annan till fyra och ett halvt års fängelse.

I båda fallen begärde försvaret tillgång till bevisning för att visa att de åtalade hade utsatts för en otillåten provokation. Försvarets begäran bifölls inte i något av fallen. Europadomstolen framhöll att bevisningen var viktig för försvarets möjligheter att nå framgång med sina invändningar och att försvaret därför inte kunnat argumentera fullständigt inför domstolen. Vidare framhölls att de domare som avlog försvarets begäran om bevisning redan hade tagit del av viss bevisning som ansågs relevant för frågan. Europadomstolen konstaterade därför att det hade skett en kränkning av Edwards respektive Lewis rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6.

Vanyan mot Ryssland (nr. 53203/99, den 15 december 2005)

I Vanyan mot Ryssland hade en privatperson på instruktion av polisen tagit kontakt med Vanyan och bett honom att köpa mindre mängder narkotika. Vanyan köpte narkotika till provokatörerna och åtalades sedan för dessa gärningar.

Vanyan uppgav att han hade först själv ringt en langare och beställt narkotika för eget bruk. Kort därefter ringde den privatperson som instruerats av polisen till Vanyan och bad Vanyan att skaffa narkotika åt provokatören. Såvitt framkommer av Europadomstolens dom fanns ingen koppling mellan de båda beställningarna och polisen kände alltså inte till att Vanyan kort före provokationen hade beställt narkotika för eget bruk.

Mot denna bakgrund fann Europadomstolen att det inte fanns något som tydde på att Vanyan var narkotikahandlare och att enbart ett påstående från polisen om att så är fallet inte var tillräckligt. Det fanns inget som tydde på att brottet – inköpet för provokatörens räkning – skulle ha begåtts om det inte hade provocerats fram av polisen. Polisen hade därför framkallat brottet vad avser inköpet för provokatörens räkning och rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 hade i den delen blivit oåterkalleligen undergrävd. Däremot fanns det inget som hindrade att Vanyan dömdes för den kvantitet narkotika som han köpt till sig själv.

Khudobin mot Ryssland (nr. 59696/00, den 26 oktober 2006)

Omständigheterna i Khudobin var ungefär desamma som i Vanyan, men Khudobin hade enbart köpt narkotika för provokatörens räkning. Europadomstolen gjorde samma uttalanden som i Vanyan samt lade till, att det framstod som om polisens åtgärder inte var riktade mot Khudobin personligen, utan mot vem som helst som var beredd att köpa heroin för provokatörens räkning.

V mot Finland (nr. 40412/98, den 24 april 2007)

I fallet V mot Finland kunde Europadomstolen inte konstatera att den finska domstolen gjort en felaktig bedömning när den ansett att V anskaffat den narkotika det gällde redan innan en häktad person på polisens uppdrag hade kontaktat honom för att få köpa narkotika. Men eftersom V till en början under utredningen hade fått otill-

räcklig information om polisens inblandning i affären och om att han utsatts för telefonavlyssning ansågs han inte ha fått en rättvis rättegång enligt artikel 6.

Ramanauskas mot Litauen (nr. 74420/01, den 5 februari 2008)

Ramanauskas var verksam åklagare i Litauen och kontaktades genom en bekant av en för honom helt okänd man, AZ, som senare visade sig arbeta för inrikesministeriets polisenhet mot korruption. Ramanauskas erbjöds en muta på 3000 dollar om denne lovade att medverka till att en tredje person frikändes. Ramanauskas nekade inledningsvis till detta, men AZ upprepade sitt erbjudande ett flertal gånger och till slut accepterade Ramanauskas förslaget. Efter att AZ underrättade polisenheten mot korruption om mutan gav en åklagare AZ tillstånd att gå vidare och genomföra transaktionen. Ramanauskas dömdes för mutbrott till fängelse i 19 månader.

Ramanauskas överklagade till Europadomstolen och menade bl.a. att han hade blivit utsatt för en otillåten provokation.

Europadomstolen ansåg att myndigheterna i Litauen inte kunde undgå ansvar för AZ:s handlingar enbart för att denne skulle ha handlat i egenskap av privatperson. Det var tvärtom av särskild vikt att myndigheterna tog sitt ansvar med hänsyn till att det inledande skedet av operationen ägde rum i avsaknad av lagreglering och utan rättslig prövning. Vidare hade myndigheterna genom att tillåta att operationen fullföljdes i efterhand legitimerat det inledande skedet och dessutom använt sig av dess resultat i den efterföljande brottmålsprocessen. Domstolen konstaterade vidare att AZ hade gått utöver ett rent passivt utredande av befintlig brottslighet på så sätt att det inte fanns utredning som visade att Ramanauskas tidigare hade varit inblandad i liknande brottslighet, att AZ tog initiativ till samtliga möten och att Ramanauskas hade utsatts för övertalning av AZ. Domstolen framhöll att de nationella domstolarna inte på ett seriöst sätt hade prövat Ramanauskas invändning om otillbörlig provokation. Sammantaget hade därför Ramanauskas rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 kränkts.

5.2 Internationell utblick

5.2.1 Danmark

I Danmark betecknas en person som framkallar en lagöverträdelse av annan i syfte att avslöja och straffa denne som en agent provocateur och verksamheten som agentverksamhet. Begreppen omfattar både polismän och enskilda.

Användningen av agenter i Danmark var oreglerad fram till år 1986. Då infördes vissa regler som bl.a. innebar förbud för den öppna polisen att använda enskilda som agenter. Den danska säkerhetstjänstens (PET) användning av agenter lämnades dock oreglerad. År 2003 lättades regelverket upp och enskilda kan t.ex. bistå med att introducera en polisagent eller göra ett provköp av narkotika.

I den danska retsplejeloven 754 a–e § finns vissa regler om polisens rätt att använda provokativa åtgärder vid utredning om brott. Av bestämmelsen i 754 a § framgår bl.a. att det uppställs ett krav på att undersökningen ska röra ett brott med fängelse sex år eller mer i straffskalan.

I 754 b § finns en bestämmelse om att den provokativa åtgärden inte får föranleda att grövre eller mer omfattande brott begås. I 754 c § föreskrivs att beslut fattas av domstol. Polisen har interimistisk beslutanderätt i brådskande fall. Om polisen fattat beslut ska frågan anmälas till domstol inom ett dygn. Om domstolen i sådant fall finner att åtgärden inte borde ha tillåtits ska anmälan ske till Justitiedepartementet. Av 754 d § framgår att försvararen ska underrättas om åtgärden om det sedermera väcks åtal. Om det krävs med hänsyn till främmande makt, rikets säkerhet, brottsutredningen eller tredje man får polisen besluta att försvararen inte får föra informationen vidare.

Av 754 e § framgår att ovannämnda bestämmelser inte är tillämpliga vid terrorbrott, brott mot rikets säkerhet eller självständighet, brott mot författningen eller statsledningen.

5.2.2 Finland

I Finland har bevisprovokation genom köp varit tillåtet sedan länge. Enligt 3 kap. 28 § i den finska polislagen avses med bevisprovokation genom köp ett köpeanbud eller ett sådant köp av ett föremål, ett ämne eller egendom som ska betraktas som köp av ett provparti och som polisen gör i syfte att förhindra, avslöja eller utreda

ett brott, eller i syfte att återfå vinningen av ett brott, om inte syftet oundgängligen kräver köp av ett större parti än ett provparti, eller köp av ett föremål, ett ämne eller egendom som en bestämd helhet.

Av 31 b § i samma kapitel framgår att en polisman har rätt att använda sig av bevisprovokation genom köp, om det är nödvändigt för att förhindra, avslöja eller utreda ett häleribrott eller en stöld eller ett sådant brott för vilket det föreskrivna strängaste straffet är fängelse i minst två år, eller för att finna ett föremål, ämne eller egendom som på grund av ett sådant brott olagligt innehas eller utbjuds till försäljning eller för att återfå vinningen av ett sådant brott.

I 7–10 §§ förordningen (174/2008) om ordnande och övervakning av polisens inhämtande av information, ges föreskrifter kring beslutsbefogenheter, upprättande av operationsplan samt dokumentering av beslut och genomförande.

Nyligen har en utredning, Förundersöknings- och tvångsmedelskommissionen, föreslagit en totalreform av förundersökningslagen, tvångsmedelslagen och polislagen (betänkande OMKM 2009:2). I en ny tvångsmedelslag föreslås ett 10 kap. ”Hemliga tvångsmedel och annat hemligt inhämtande av information”. Där finns bl.a. kompletterade bestämmelser om täckoperation och bevisprovokation genom köp. Med undantag för täckoperation uteslutande i informationsnät ska domstolen meddela tillstånd till inledande av en täckoperation. En täckoperation ska kunna utvidgas, om det under den tid den pågår framkommer ett nytt brott som misstänks ha begåtts av den person mot vilken täckoperationen riktas eller om det framkommer anledning att misstänka någon annan än honom eller henne för ett brott. Med undantag för bevisprovokation genom köp som gäller säljanbud uteslutande för allmänheten ska domstolen meddela tillstånd till bevisprovokation genom köp.

Även beträffande polisens underrättelseverksamhet föreslås ny reglering, en ny polislag. Beträffande bevisprovokation genom köp finns relevanta bestämmelser i det föreslagna nya 5 kap.

5.2.3 Norge

I Norge används begreppet provokation ibland syftande på både tillåtna och otillåtna provokationer. De tillåtna bevisprovokationerna avser inskaffande av bevisning avseende redan begångna brott. Dock kan en och samma åtgärd innefatta både en brottsprovo-

kation och en bevisprovokation, t.ex. om en polis köper narkotika från en person som redan innehade denna.

Provokationer är inte lagreglerade i Norge. Det har traditionellt ansetts att det inte är en så ingripande metod att legalitetsprincipen krävt lagreglering. Närmare riktlinjer har dragits upp i rättspraxis och genom Riksadvokatens riktlinjer.

När det gäller provokation under förundersökning är huvudregeln att polisen inte får provocera fram brott som annars inte hade begåtts. Här är det framförallt två faktorer som är avgörande. Den första är vem som tar initiativ till handlingen och den andra är att det måste finnas en marknad för den straffbara handlingen, t.ex. försäljning av narkotika eller stöldgods, spridande av barnpornografi eller bedrivande av svarttaxiverksamhet (se t.ex. det s.k. Skrietfallet [Rt 1998 s. 407] där det inte ansågs finnas någon fungerande marknad för Munchs berömda målning, varför den provokativa åtgärden ansågs otillåten). För att provokationer ska vara tillåtna krävs även att det rör sig om allvarlig brottslighet. Detta krav har dock nyanserats på så sätt att det kan röra sig om brottslighet som är allvarlig inte på grund av straffvärdenivån utan på grund av samhällets behov av att bekämpa viss brottslighet.

Provokation kan även användas i förebyggande syfte. Vid användandet av provokativa åtgärder för andra syften än brottsutredande – t.ex. för att förebygga farlig eller straffbar verksamhet eller för att återställa stulet gods – är begränsningarna färre. I sådana sammanhang uppställs två villkor för provokationen. Dels får den inte ge upphov till en ny eller annan straffbelagd handling, dels ska den vara under sådan kontroll att den tillvaratar de inblandades säkerhet.

5.2.4 Nederländerna

Provokativa åtgärder får utföras efter tillstånd från åklagare. Den provokativa åtgärden kan bestå i köp av olagliga substanser eller t.ex. att bistå eller delta aktivt i en kriminell aktivitet tillsammans med en person eller grupp av personer som är misstänkt för organiserad brottslighet. Även civilpersoner får användas för provokativa åtgärder.

5.2.5 Förenta staterna

Provokativa åtgärder används i stor utsträckning inom brottsbekämpande verksamhet i Förenta staterna. Provokativa åtgärder eller motsvarande begrepp används dock inte. Den relevanta gränsen för vad som är tillåtna arbetsmetoder och vad som skulle kunna betecknas som en otillåten provokation är entrapment. Vad som anses utgöra entrapment har under lång tid utvecklats i rättspraxis.

I justitieministerns riktlinjer för FBI:s infiltrationsoperationer (se avsnitt 4.4.7) finns även ett avsnitt som handlar om att undvika entrapment.

Entrapment anses föreligga när den brottsbekämpande myndigheten genom sina åtgärder väcker en brottslig vilja hos en person som inte annars är benägen att begå sådana brott och myndigheten därefter framkallar brottets begående i syfte att lagföra det. Det är dock inte fråga om entrapment om personen redan tidigare var predisponerad (predisposed) att begå ett sådant brott. Om en person kan anses vara redo och villig att begå ett sådant brott om tillfälle ges (ready and willing), är det alltså inte fråga om entrapment om polisen tillhandahåller ett tillfälle, annan möjlighet eller verktyg för att begå brottet.

Vid den förhandsbedömning av om en person är predisponerad att begå ett visst brott som ska göras, tas hänsyn till bl.a. tidigare domar mot personen och information från informatörer eller andra källor.

En tillämpning av reglerna om predisposition och entrapment leder till att det t.ex. inte är nödvändigt att en narkotikalangare som ska provoceras har narkotikan i lager eller lätt tillgänglig för att vara provocerbar, utan anses personen vara predisponerad att begå brottet kan han eller hon tillåtas vidta omfattande åtgärder, även skaffa en ny narkotikaleverantör, för att komma i besittning av narkotikan och ändå dömas.

För att undvika entrapment finns i riktlinjerna från justitieministern vissa restriktioner för FBI med innebörd att inga åtgärder som rör provokationer får godkännas om det inte kan konstateras att följande villkor är uppfyllda.

- Gärningens olaglighet ska vara rimligt klar för målpersonen,
- provokationens natur ska vara rimlig i förhållande till den olagliga gärningens natur, och
- det ska finnas en rimlig förväntan att provokationen ska avslöja en brottslig handling.

Vidare ska minst ett av följande villkor vara uppfyllt.

- Det ska finnas en rimlig indikation på att målpersonen begår, har begått eller troligen kommer att begå den provocerade gärningen eller motsvarande brottslig gärning, eller
- brottstillfället har strukturerats så att det finns anledning att tro att alla personer som kan lockas av tillfället redan är predisponerade att delta i det brottsliga handlandet.

Det sistnämnda kravet anses dock inte egentligen nödvändigt för att provokationen ska vara lagenlig, utan är snarare infört för ”säkerhets skull”. I vissa fall kan FBI-chefen därför tillåta undantag från detta krav.

5.3 Överväganden och förslag

5.3.1 Övergripande överväganden om provokativa åtgärder

Bedömning: Det finns, för att erhålla bevisning om redan begångna brottslighet, ett behov av att använda provokativa åtgärder i den brottsbekämpande verksamheten.

Användningen av provokativa åtgärder framstår, också med beaktande av motstående intressen, som godtagbar. Provokativa åtgärder bör emellertid användas med urskillning och efter noggranna överväganden.

Behovet av att använda provokativa åtgärder omfattar i viss utsträckning även situationer i vilka den provocerade förmås att begå nya brott. Tillåtligheten av provokativa åtgärder bör därför inte knytas till huruvida ett brott provoceras fram eller inte.

En förutsättning för att det ska vara godtagbart att genom provokativa åtgärder förmå någon att begå brott är att det framprovocerade brottet inte lagförs.

Inledande terminologiska anmärkningar

Som ovan framgått har begreppet provokativa åtgärder inte någon given betydelse och det kan sägas omfatta flera besläktade men relativt olikartade åtgärder.

Det kan vara fråga om allt från att närmast passivt ge någon möjlighet att föröva brott (t.ex. ställa ut ett brottsobjekt på allmän plats, jfr JO 2000/01 s. 118) till att aktivt förmå den utsatte att röja sig (t.ex. visa upp narkotika som denne har i sin besittning) eller att aktivt förmå denne att föröva nytt brott (t.ex. anskaffa narkotika eller ta befattning med stulen egendom, jfr NJA 2007 s. 1037).

Vid diskussion om provokativa åtgärder skiljer man ofta mellan bevisprovokation å den ena sidan och brottsprovokation å den andra. Med bevisprovokation avses då i regel sådana provokationer som syftar till (eller leder till) att man erhåller bevisning om redan begången brottslighet, medan termen brottsprovokation avser provokationer som syftar till (eller leder till) att ny brottslighet förövas (se t.ex. Axberger s. 8 ff. och Asp s. 205 ff.).

Denna terminologi kan åtminstone i viss utsträckning framstå som olycklig eftersom det avgörande för huruvida en provokativ åtgärd bör anses vara tillåten eller ej, inte direkt torde kunna knytas till frågan huruvida ett brott provoceras fram eller ej (se Åklagarmyndighetens RättsPM 2007:4, uppdaterad i mars 2008, s. 6). Detta beror framför allt på att vissa brott konstruerats på ett sådant sätt att deras fullbordande inte förutsätter att någon skada eller fara uppstår och att det därför kan framstå som närmast slumpmässigt – och i vart fall av mindre intresse – huruvida en provokativ åtgärd innebär eller inte innebär att ett brott provoceras fram.

Det sagda kan lättast illustreras med ett exempel. Om A genom att uppträda som köpare förmår B att visa upp en parti narkotika kan detta sägas utgöra en ren bevisprovokation. Om A däremot förmår B att överlåta narkotikan till sig innefattar åtgärden också brottsprovokation. Om agerandet i båda fallen syftar till att B ska fällas till ansvar för det innehav som föregått A:s agerande och i båda fallen leder till att narkotikan beslagt är det tydligt att frågan om huruvida brotts- eller bevisprovokation föreligger knappast bör tillmätas avgörande betydelse för åtgärdens tillåtlighet.

Som framgår av det sagda kan terminologin ifrågasättas också på den grunden att en och samma åtgärd kan innefatta såväl brotts- som bevisprovokation. I det senast angivna exemplet kan t.ex. åtgärden sägas innefatta brottsprovokation i relation till överlåtelsen och bevisprovokation i relation till innehavet.

Samtidigt som terminologin kan sägas vara problematisk återspeglar den emellertid det förhållande att särskilda problem är knutna till just det som brukar benämnas brottsprovokation. Vid brottsprovokation uppstår inte bara frågor om huruvida åtgärden kan anses

godtagbar från polisiära och straffprocessuella utgångspunkter, utan dessutom aktualiseras den mycket grundläggande frågan om det överhuvudtaget är godtagbart att lagföra ett brott som myndigheterna själva har föranlett. Frågan om brottsprovokation, dess tillåtlighet och konsekvenser omfattar med andra ord fler och delvis annorlunda problem än frågor som rör annan typ av provokation.

Behovet av att använda provokativa åtgärder

Användningen av provokativa åtgärder innebär i grunden att myndigheterna på olika sätt interagerar med en person (i regel en person som misstänks för brott) för att därigenom påverka dennes handlande, exempelvis på ett sådant sätt att bevisning om begången brottslighet kan säkras.

Fråga kan bl.a. vara om att polisen uppträder som presumtiv köpare och därigenom förmår någon att avslöja att denne besitter ett större parti narkotika. Därigenom kan inte bara bevisning om brottsligheten säkras, utan åtgärden kan också förhindra fortsatt brottslighet (t.ex. fortsatt försäljning). Fråga kan emellertid också vara om att man genom att interagera med misstänkta kan säkra att t.ex. egendom eller personer inte kommer till skada. Sålunda kan man tänka sig att någon, genom att uppträda som intressent avseende stulen egendom, kan rädda värdefulla stöldobjekt från att försvinna eller förstöras.

Vid en bedömning av behovet av att använda provokativa åtgärder bör till att börja med konstateras att de redan idag används av de brottsbekämpande myndigheterna och av dessa tillmäts stor betydelse i arbetet mot brottsligheten. Detta gäller trots att det kan antas att användningen av metoden åtminstone i någon utsträckning torde ha hämmats av den osäkerhet som råder angående tillåtligheten av olika typer av provokativa åtgärder.

Enligt utredningens mening står det klart att provokativa åtgärder i vissa fall är nödvändiga för att man med rimlig effektivitet ska kunna hantera och beivra framför allt allvarlig och organiserad brottslighet. Genom att interagera med den misstänkte ges de brottsbekämpande myndigheterna möjlighet att styra händelseutvecklingen på ett sätt som gör det lättare att säkra bevisning om brott. Detta är primärt av betydelse därför att det kan möjliggöra lagföring av begången brottslighet, men också därför att det kan utgöra ett verktyg för att avbryta pågående brottslig verksamhet och därigenom före-

bygga fortsatt brottslighet. Sammantaget gör utredningen därför bedömningen att det finns ett behov av att kunna använda provokativa åtgärder inom ramen för de brottsbekämpande myndigheternas verksamhet.

Till en motsvarande slutsats, dvs. att det finns behov av att använda provokativa åtgärder, kom också BRU i sin bedömning avseende behovet av provokativa åtgärder, kontrollerad leverans och användning av skyddsidentitet (se SOU 2003:74 s. 136):

Även beträffande vissa provokativa åtgärder, kontrollerad leverans och användning av skyddsidentitet blir den första frågan i våra överväganden om de brottsbekämpande myndigheterna har behov av att använda de metoderna. I den delen kan ett likartat resonemang föras som för de teknikbundna arbetsmetoderna, nämligen att metoderna används i viss utsträckning i dag av både svensk och utländsk polis och tull (med undantag för formella skyddsidentiteter), att resultaten används såväl i myndigheternas preventiva arbete som i brottsutredningssammanhang och att resultaten många gånger används som bevis i rättegång. Metoderna anses av myndigheterna vara av mycket stor betydelse i det brottsbekämpande arbetet, särskilt mot organiserad och annan allvarlig brottslighet. Inte heller beträffande de nu aktuella arbetsmetoderna råder det enligt vår mening någon tvekan om att polisen och i vissa fall tullen behöver ha tillgång till dem i arbetet. Det gäller inte minst mot bakgrund av att metoderna används i det internationella samarbetet och där särskilt mot den gränsöverskridande brottsligheten.

Också om syftet är att erhålla bevisning om redan begången brottslighet kan en provokativ åtgärd, beroende på omständigheterna, leda till att ny brottslighet förövas. Huruvida så blir fallet kan naturligtvis bero på vad myndigheterna faktiskt gör, men det kan också bero bl.a. på:

- var i handlingsprogressen man har förlagt den punkt vid vilken straffansvar kan aktualiseras vid olika typer av brott,
- hur straffbestämmelserna i övrigt formulerats (dvs. vilka andra begränsande rekvisit som finns), och på
- allmänna regler och principer om brottskonkurrens och bestämmande av brottsenhet.

Ofta kan det därför framstå som slumpmässigt, och från rättspolitisk synpunkt närmast likgiltigt, huruvida en provokativ åtgärd enbart innefattar bevisprovokation eller också – och därutöver – innebär att ett nytt brott provoceras fram. Det sagda innebär att behovet av att använda provokativa åtgärder inte direkt kan knytas till renodlade

bevisprovokationer. Behovet kan, åtminstone emellanåt, omfatta situationer i vilka åtgärderna leder, eller riskerar att leda till, att vad som är att bedöma som nya brott provoceras fram.

Såvitt utredningen kunnat bedöma finns det emellertid inget egentligt behov av att kunna provocera fram ett brott för att sedan lagföra just detta brott. Det har, från de brottsbekämpande myndigheternas sida, uttryckts behov av att kunna använda provokativa åtgärder för att få fram bevisning om redan begången brottslighet och det har uttryckts behov av klarlägganden om att det i viss utsträckning kan vara tillåtet att vidta provokativa åtgärder också om det innebär att någon förmås att begå nya brott. Det har emellertid inte angivits att det skulle finnas något behov av att också kunna lagföra det framprovocerade brottet. Inte heller framstår sådan lagföring som önskvärd i ett kriminalpolitiskt perspektiv. Till det sagda ska vidare läggas att lagföring av ett framprovocerat brott – under vissa förutsättningar – kan stå i strid med artikel 6 i Europakonventionen (se t.ex. de rättsfall till vilka det hänvisas i NJA 2007 s. 1037).

Motstående intressen

Vid bedömning av om, och i vilken utsträckning, provokativa åtgärder bör få användas kan inte enbart ses till behovet av åtgärderna. Det måste också göras en bedömning av vilka motstående intressen som finns och i vilken utsträckning dessa innebär att användningen av provokativa åtgärder bör begränsas eller överhuvudtaget inte kan anses godtagbar.

Provokativa åtgärder kan till att börja med sägas innebära ett visst mått av integritetsintrång såtillvida att de brottsbekämpande myndigheterna, genom vilseledande, förmår den misstänkte att agera inför myndigheternas ögon. Ytterst kan man tänka sig att åtgärderna skulle kunna utgöra ett ingrepp i skyddet för privatlivet såsom det skyddas enligt Europakonventionen. Enligt utredningens mening kan denna aspekt – också om man på ett mer allmänt plan kan säga att myndigheternas agerande så långt det är möjligt bör präglas av öppenhet och tydlighet – inte i sig väga så tungt att den bör anses utgöra ett hinder mot användandet av provokativa åtgärder.

Det integritetsintrång som uppkommer måste – bl.a. med hänsyn till att man måste räkna med att brottsbeivrande myndigheter, utan att särskilt upplysa om vilka de är, intresserar sig för olika typer av brottslig verksamhet – i regel anses godtagbart. Det kan med andra

ord knappast anses finnas ett legitimt krav på att de brottsbekämpande myndigheterna i alla delar ska uppträda öppet och tillkännage sina avsikter.

Vidare är integritetsintrånget vad gäller provokativa åtgärder begränsat såtillvida att åtgärderna sällan har någon längre tidsmässig utsträckning. I sammanhanget kan jämföras med hemlig telefonavlyssning, hemlig rumsavlyssning eller med mer kontinuerlig bevakning av en person.

I regel är provokativa åtgärder inte heller förbundna med intrång på särskilt integritetskänsliga platser, såsom t.ex. hemmiljöer, eller förbundna med tillgång till särskilt integritetskänsliga uppgifter. Sammantaget görs därför bedömningen att det integritetsintrång som provokativa åtgärder kan föra med sig inte utgör ett skäl att inte tillåta användningen av provokativa åtgärder. Till en motsvarande bedömning nådde också BRU (se SOU 2003:74 s. 136 f.).

I vissa fall kan det naturligtvis förekomma att myndigheterna genom att uppträda vilseledande får tillgång till integritetskänsliga uppgifter eller tillträde till lokaler som från integritetssynpunkt är känsliga. Behovet av en reglering i denna del behandlas i kapitel 7.

Vissa speciella slags åtgärder med provokativ karaktär kan vidare innebära ett intrång i intresset av att rättegången är och uppfattas vara rättvis. Exempelvis kan det inte anses godtagbart att man genom vilseledande, t.ex. genom att man utger sig för att vara advokat eller präst, förmår en person som sitter anhållen att berätta om de brott denne har begått. Fråga skulle således närmast vara om att myndigheterna genom åtgärder som innefattar vilseledande erhåller uppgifter eller bevisning på ett sätt som uppfattas som ett kringgående av regler som i övrigt gäller för en viss verksamhet. (Jfr t.ex. Europadomstolens avgörande i *Allan v. UK*.)

Det sagda avser emellertid speciella situationer som ligger klart vid sidan av kärnområdet för vad som brukar betecknas som provokativa åtgärder. I normalfallet bör sålunda provokativa åtgärder kunna vidtas utan att dylika frågor uppstår. Enligt utredningens mening måste det t.ex. anses godtagbart att myndigheterna förmår en person att vidta åtgärder som röjer ett pågående innehav eller annan pågående, eller tidigare begången, brottslig verksamhet.

Ytterligare bör framhållas att provokativa åtgärder ibland kan riskera att leda till andra resultat än de avsedda (jfr här JO 2000/01 s. 135 f.). När man genom provokativa åtgärder försöker påverka någons handlande är det inte alltid möjligt att ha full kontroll över händelseförloppet. Exempelvis kan en provokativ åtgärd som syftar

till att få fram narkotika som sedan ska beslagtas bli verkningslös och därigenom innebära att den ifrågavarande narkotikan blir kvar på marknaden. Motsvarande hänsynstaganden kan göra sig gällande om fråga är om t.ex. situationer där vapen kan komma att användas.

Slutligen bör framhållas att dold myndighetsutövning kan innebära vissa risker från rättssäkerhetssynpunkt genom den avskärmning från den enskildes insyn som kan uppkomma.

De nu nämnda faktorerna utgör, enligt utredningens mening, inte skäl att avstå från att använda provokativa åtgärder inom ramen för de brottsbekämpande myndigheternas verksamhet. Däremot utgör de ett skäl till viss restriktivitet i användningen av provokativa åtgärder. Provokativa åtgärder bör följaktligen användas med urskillning, efter noggranna överväganden och på ett sätt som säkerställer en tillräcklig kontroll av åtgärderna. De nämnda faktorerna utgör inte bara ett skäl för viss restriktivitet, utan också ett skäl för lagreglering.

När en provokativ åtgärd leder till att brott provoceras fram tillkommer ytterligare en aspekt, nämligen frågan om i vilken utsträckning det kan anses godtagbart att lägga den framprovocerade gärningen – dvs. den gärning som myndigheterna har framkallat – till grund för lagföring. Frågan gäller med andra ord om det överhuvudtaget kan anses godtagbart att myndigheterna provocerar fram brottsliga gärningar som sedan lagförs.

Detta kan ifrågasättas bl.a. med hänvisning till att ett sådant förfarande måste anses innefatta ett motsägelsefullt handlande (att orsaka den gärning som man sedan bestraffar) som inte bara står i mindre god överensstämmelse med allmänna rättviseföreställningar (fair play) utan dessutom kan ifrågasättas utifrån allmänna straffrättsliga grundtankar om att ingripanden mot brott ytterst initieras av gärningsmannen och dennes gärning.

Härtill kan läggas att förfarandet också kan sägas innebära ett slags missbruk av den strafflagstiftning som kriminaliserar beteende som i sig inte är skadligt eller farligt. Kriminalisering av innehav av narkotika kan t.ex. motiveras utifrån att det generellt kan anses föreligga ett abstrakt färemoment vid innehav, men det är naturligtvis svårt att åberopa detta argument för att legitimera bestraffning i fall där innehavet har föranletts av och i praktiken kontrolleras av polisen. (Se härom bl.a. Asp s. 309 ff.)

Ett förfaringsätt som innebär att myndigheterna provocerar fram brott som sedan lagförs framstår inte bara som etiskt tvivelaktigt, utan det kan, som framgått ovan, dessutom stå i strid med rätten till

en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen. Även om det kan diskuteras i vilken utsträckning Europadomstolens praxis under alla omständigheter utesluter lagföring av ett framprovocerat brott – det finns indikationer på att lagföring kan vara tillåten om den utsatte bedöms vara predisponerad att begå brott av visst slag (se t.ex. *Teixeira de Castro v. Portugal* punkterna 38 och 39) – finns det enligt utredningens mening starka skäl att inte tillåta lagföring av ett framprovocerat brott.

Om man, såsom utredningen föreslår, skapar en reglering som innebär att det i viss utsträckning blir tillåtet att använda provokativa åtgärder som leder till, eller riskerar att leda till, ny brottslighet bör det enligt utredningens mening följaktligen klargöras att den framprovocerade brottsligheten inte får lagföras.

Det bör emellertid redan här framhållas att en sådan konsekvens uppstår endast i fall där den brottsliga gärningen verkligen kan anses framprovocerad av myndigheterna. Enbart det förhållandet att myndigheterna låter ett redan inlett händelseförlopp löpa till slut eller svarar på ett initiativ från den enskildes sida kan sålunda inte anses innebära att det ifrågavarande brottet har blivit framprovocerat.

5.3.2 I vilken utsträckning krävs en lagreglering avseende användningen av provokativa åtgärder?

Förslag: Användningen av provokativa åtgärder som riskerar att föranleda någon att begå brott ska lagregleras.

Provokativa åtgärder används i dag utan särskilt lagstöd. Riktlinjer om när och under vilka förutsättningar en myndighet har rätt att använda sig av provokativa åtgärder har vuxit fram genom allmänna uttalanden i förarbeten och doktrin och genom rättstillämpningen. Numa bör särskilt omnämnas Riksåklagarens riktlinjer (RÅR 2007:1) om handläggning av provokativa åtgärder med tillhörande RättsPM (2007:4). Även om dessa riktlinjer i många avseenden bidrar till att fylla det behov av vägledning som finns framstår det som klart att det av flera skäl är önskvärt med en tydligare reglering på området.

I sammanhanget kan, såsom bl.a. JO har gjort, framhållas att de riktlinjer som finns varken ger tillräckligt tydlig ledning avseende de svåra gränsdragningsfrågor som uppkommer eller säkerställer att en rimlig ordning råder (se JO 2008/09 s. 156.):

När det gäller provokativa åtgärder är ett problem den svåra gränsdragningen mellan tillåtna respektive otillåtna provokativa åtgärder. – Även i denna fråga borde åtminstone viss reglering kunna ske i lag, t.ex. genom att lägga fast vissa principer för vilka provokativa åtgärder som kan vara tillåtna. Likaså borde klara regler om att beslut om provokativa åtgärder ska fattas av åklagare och om dokumentation finnas. Det är också tänkbart att i lag ange för vilka slag av brottslighet som provokation kan få tillgripas.

Området är på flera sätt komplext och det finns därför anledning att genom en reglering söka åstadkomma ökad tydlighet. Motsvarande bedömningar har också gjorts tidigare.

I betänkandet Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen (SOU 2003:74) kom BRU fram till att arbetsmetoderna, som de då tillämpades i frånvaro av nyss nämnda riktlinjer, inte stred mot Europakonventionen, regeringsformen eller annan lag men att det allmänt sett fanns ett behov av tydliga gränser för det offentliga maktutövningen. BRU menade att frånvaron av reglering visserligen inte kunde anses strida mot legalitetsprincipen, men att det däremot låg i linje med den principen att lagreglera metoderna. Därigenom skulle det bli tydligt inte bara för den enskilde medborgaren vad han eller hon kan bli utsatt för från det allmännas sida, utan också för myndigheterna var gränserna går för maktutövningen. Polisen och andra skulle inte tvingas agera i en juridisk gråzon. Därmed skulle också riskerna för att metoderna används på ett olämpligt eller felaktigt sätt minska. BRU:s slutsats blev sammantaget att arbetsmetoderna borde ges en rättslig reglering som uttryckligen tillåter de brottsbekämpande myndigheterna att agera. (Se SOU 2003:74 s. 137 f.)

Till en likartad slutsats kom också 11 september-utredningen. Utredningen föreslog, för att undanröja nuvarande osäkerhet, att det skulle införas regler om bl.a. provokation och infiltration. I denna del skrev utredningen följande (se SOU 2003:12 s. 278).

Det är i två hänseenden som en precisering av rättsläget ter sig betydelsefull. Dels bör det klargöras att strängare krav än eljest gäller, när det är fråga om sådana spaningsmetoder som är ägnade att vilseleda eller att medföra intrång i annans personliga integritet, även om de inte strider mot lag eller annan författning. Sådana åtgärder bör få vidtas bara om det är uppenbart att den skada eller det men som åtgärden medför inte står i missförhållande till syftet med åtgärden.

Å andra sidan är det också med hänsyn till Europakonventionen av vikt att ett positivt lagstöd skapas för åtgärderna när denna förutsättning är uppfylld.

Som ovan nämnts kan en ökad tydlighet naturligtvis vara av stort värde från rättssäkerhetssynpunkt, dvs. för den enskilde. En lagreglering innebär bl.a. att någorlunda tydliga gränser kan sättas, att krav på dokumentation kan ställas upp och därigenom kan också bättre förutsättningar för granskning och kontroll skapas.

Tydligheten är emellertid också av värde för de brottsbekämpande myndigheterna. Osäkerhet om vad som gäller kan leda till såväl omotiverad återhållsamhet som ökade risker för oavsiktliga övertramp. Inte minst för myndighetspersoner som agerar under tjänsteansvar är det angeläget att få veta var gränserna går. Utgångspunkten för de fortsatta övervägandena är följaktligen att området bör regleras.

Som ovan framgått är det framför allt vad gäller åtgärder som kan föranleda att någon begår ett brott som det idag råder oklarhet gällande användningen av provokativa åtgärder. Det är också detta område som från rättssäkerhetssynpunkt framstår som särskilt problematiskt. Den huvudsakliga invändningen mot användningen av provokativa åtgärder är att dessa riskerar att föranleda personer att begå brott som de annars inte skulle ha begått. Mot denna bakgrund är det näraliggande att låta lagregleringen ta sikte på sådana provokativa åtgärder som riskerar att föranleda någon att begå ett brott.

Detta innebär att den föreslagna lagstiftningen i princip kommer att ta sikte på samma område som omfattades av det förslag till lagstiftning som lämnades av BRU (se SOU 2003:74 s. 145) och av de nu gällande riktlinjerna från Riksåklagaren (se RÅR 2007:1 under rubriken Bakgrund).

En sådan reglering kommer inte att träffa provokativa åtgärder som inte riskerar att föranleda någon att begå ett brott. Sålunda kommer rena s.k. bevisprovokationer – exempelvis provokativa åtgärder som innebär att någon förmås att visa upp narkotika eller hälerigods som denne redan innehar – inte att omfattas av regleringen. Dyliga åtgärder kommer följaktligen, som idag, att styras av allmänna principer för polisingripanden som följer av 8 § polislagen. Detta innebär att det avgörande för åtgärdernas tillåtlighet bl.a. blir om de allmänna krav som följer av behovs- och proportionalitetsprincipen är uppfyllda.

För att markera att regleringen bara tar sikte på provokativa åtgärder som riskerar att föranleda någon att begå brott bör i lagtexten talas om särskilda provokativa åtgärder.

En reglering av provokativa åtgärder förutsätter självfallet att det dras upp något slags gräns för vad som överhuvudtaget räknas som en provokation. Varje form av interaktion kan inte ses som en provokativ åtgärd i här avsedd mening. Denna avgränsning behandlas närmare nedan i författningskommentaren.

5.3.3 När bör provokativa åtgärder som riskerar att föranleda någon att begå brott få vidtas?

Förslag: För att det ska vara tillåtet att använda provokativa åtgärder som riskerar att föranleda någon att begå ett brott ska krävas (1) att det föreligger stark misstanke om brott, (2) att brottsmisstanken avser allvarlig brottslighet samt (3) att behovs- och proportionalitetsprinciperna beaktas.

Inledning

Såsom allmänna krav för användningen av provokativa åtgärder brukar idag anges

- att det ska föreligga en stark misstanke om brott,
- att brottsmisstanken ska avse allvarlig brottslighet,
- att behovs- och proportionalitetsprinciperna ska beaktas, samt
- att provokationen inte får syfta till att någon ska begå ett brott som denne annars inte skulle ha begått.

Enligt utredningens mening finns det i huvudsak – men med vissa modifieringar – skäl att hålla fast vid dessa krav.

Stark misstanke

Provokativa åtgärder bör såsom huvudregel, och liksom idag, förutsätta att det föreligger stark misstanke om brott.

I Åklagarmyndighetens RättsPM anges att kravet på stark misstanke hänger samman med att man inte får provocera någon att begå ett brott om denne annars inte skulle ha begått (se t.ex. s. 33). Det skulle kanske därför kunna ifrågasättas om kravet fullt ut bör upprätthållas när man, såsom utredningen föreslår, väljer att spärra möjligheten till lagföring avseende framprovocerade brott.

Utredningen gör emellertid bedömningen att kravet om stark misstanke likväl fyller en funktion såtillvida att det klargör att provokativa åtgärder av detta slag ska användas endast när det finns goda skäl att tro att åtgärden kan leda till resultat. Eftersom de provokativa åtgärderna ska användas för att erhålla bevisning om begången brottslighet bör det inte komma ifråga att använda dylika åtgärder i fall där det endast föreligger svaga misstankar om att brottslighet av visst slag överhuvudtaget förövats.

Kravet på stark misstanke bidrar också till att minska riskerna för att helt oskyldiga medborgare ska utsättas för de provokativa åtgärderna. Även om en framprovocerad gärning inte ska lagföras, kan det naturligtvis vara förenat med visst obehag både att vara utsatt för en provokativ åtgärd och att förledas att begå brott. Det faktum att en person förövar brott kan vidare ha andra konsekvenser än rent straffrättsliga.

För att kravet på stark misstanke ska kunna minska riskerna för att någon provoceras att begå ett brott som denne annars inte skulle ha begått, fordras i princip att kravet knyts till en viss person, dvs. att det krävs att det föreligger stark misstanke mot just den person mot vilken den provokativa åtgärden omedelbart riktar sig.

Av nämnda RättsPM (se s. 15 ff.), liksom av uttalanden i doktrinen (se t.ex. Axberger s. 29 ff.), framgår emellertid att något strikt krav på stark misstanke mot en viss individ inte kan anses gälla. Bl.a. anges att provokativa åtgärder kan användas också i fall där misstanken riktar sig mot någon eller några i en viss grupp under förutsättning att man planerar och utför provokationen så att man minimerar risken att få någon ”på kroken” som inte har med brottsligheten att göra. Vidare uttalas att provokativa åtgärder också bör anses tillåtna i vissa fall när misstanken avser en mer obestämd grupp av personer, men att det då bör uppställas krav på att åtgärden är helt neutral, dvs. inte innehåller något särskilt lockande erbjudande, frestelse eller liknande och att åtgärderna är inriktade på att skaffa fram bevisning som binder gärningsmannen till den tidigare föröväde brottsligheten.

I dessa fall fyller kravet på stark misstanke närmast funktionen att säkerställa att de provokativa åtgärderna används för utredning av redan förövad eller pågående brottslighet. Det ska föreligga stark misstanke om att brottslighet är begången eller pågående och de provokativa åtgärderna ska kunna motiveras utifrån intresset av att utreda denna brottslighet.

Mot denna bakgrund gör utredningen följande överväganden.

Provokativa åtgärder som riktar sig mot viss person

När en provokativ åtgärd är riktad mot en viss person, dvs. innefattar konkreta försök att förmå denne att göra något, bör som huvudregel förutsättas att det föreligger stark misstanke om att denne är delaktig i den ifrågavarande brottsligheten.

Det synes emellertid kunna ifrågasättas om ett sådant krav bör upprätthållas generellt. Ibland kan situationen vara sådan att man måste närma sig den mot vilken misstanken riktar sig via andra personer (mot vilka det inte nödvändigtvis föreligger stark misstanke). Fråga kan t.ex. vara om att man misstänker att en viss person (A) har ett antal automatvapen till försäljning samtidigt som man kan nå fram till denna person och till vapnen endast genom att en provokativ åtgärd, t.ex. en förfrågan om det finns möjlighet att förmedla en kontakt med huvudmannen, som riktas mot en mellanhand (B). Även om en sådan åtgärd kan riskera att föranleda mellanhanden B att begå en brottslig gärning (fråga kan t.ex. vara om att förmedla en kontakt med A, vilket kan vara att bedöma som medhjälp till A:s brottslighet) bör den enligt utredningens mening under vissa förutsättningar kunna anses som tillåten. Detsamma kan gälla sådana fall där en misstänkt (A) ingår i en bestämd grupp av personer men där det ännu inte är klarlagt vem i gruppen det handlar om.

Denna bedömning bygger dels på att det, i linje med vad som nedan föreslås, införs en reglering som klargör att den framprovocerade gärningen inte får lagföras (B ska sålunda inte riskera att lagföras för det framprovocerade brottet), dels på att de allmänna krav som följer av behovs- och proportionalitetsprinciperna respekteras.

För att det ska vara förenligt med behovs- och proportionalitetsprincipen att på detta sätt rikta en provokativ åtgärd mot en mellanhand torde i regel förutsättas att det mot denne föreligger misstanke om inblandning kopplad till den brottsliga verksamheten eller brottslig verksamhet av ifrågavarande slag, utan att det för den skull behöver bedrivas förundersökning mot personen. Det ska inte vara fråga om ett mer allmänt fiske efter brottsbenägna personer som kan förmedla vidare kontakter, utan det ska finnas goda skäl att tro att åtgärden kan leda till resultat.

Provokativa åtgärder som riktar sig mot en mer obestämd krets av personer

I de fall en provokativ åtgärd riktar sig mot en mer obestämd grupp av personer kan det av naturliga skäl inte uppställas något krav på stark misstanke mot en viss person (jfr här Åklagarmyndighetens RättsPM 2007:4 s. 16 f.). Alltjämt bör emellertid upprätthållas ett krav på att det föreligger stark misstanke om att allvarlig brottslig verksamhet pågår eller att sådan brottslighet redan har förövats. Detta följer av att de provokativa åtgärderna alltid ska syfta till lagföring av redan begången brottslighet och att det därtill ska finnas goda skäl att tro att de kan leda till resultat.

Också i dylika fall gör sig naturligtvis de begränsningar som följer av behovs- och proportionalitetsprincipen gällande. Sålunda bör, eftersom åtgärden kan beröra även personer mot vilka det inte finns någon stark misstanke om delaktighet, fordras bl.a. att åtgärderna är neutrala (dvs. inte innehåller något särskilt lockande erbjudande som kan förmå någon som inte har med brottsligheten att göra att nappa på kroken) samt att det finns goda skäl att anta att man genom provokationen ska kunna få fram bevisning om tidigare brottslighet (och inte bara om det brott som kan komma att provoceras fram), se ovan.

Allvarlig brottslighet

Nästa fråga som bör ställas är om det ska uppställas krav på att misstanken ska avse brottslighet av viss svårhetsgrad, dvs. om det finns skäl att begränsa tillämpningsområdet för de provokativa åtgärderna till viss typ av allvarlig brottslighet. Som framgått strax ovan brukar ett krav på allvarlig brottslighet normalt anges som en av de förutsättningar som följer av de allmänna principer som gäller för provokativa åtgärder (se bl.a. SOU 1982:63 s. 130 och Åklagarmyndighetens RättsPM 2007:4 s. 8).

Frågan har tidigare behandlats av BRU som, delvis i anslutning till ett uttalande av Axberger, gjorde bedömningen att användningen av provokativa åtgärder inte borde begränsas till grova brott (se SOU 2003:74 s. 149 ff.). Den bakomliggande tankegången synes ha varit att begränsningen till grov brottslighet inte behövs om man strikt tillämpar principen att åtgärden inte får föranleda att den utsatte begår en brottslig gärning som han annars inte skulle ha begått:

Som vi kommer fram till nedan bör en reglering av provokativa åtgärder innehålla den begränsningen, att det måste kunna antas att personen ändå skulle begå samma eller liknande gärning även om åtgärderna inte kommer till stånd. Vi delar Axbergers uppfattning att det i ett sådant fall inte är nödvändigt att ställa upp ett formellt krav på att provokativa åtgärder ska få vidtas enbart vid grov brottslighet. Som Axberger anger skulle ett sådant krav leda till att åtgärderna inte blir möjliga att tillämpa vid enklare brottslighet, trots att viss sådan brottslighet kan vara svår att bekämpa utan de provokativa åtgärderna. Det framstår därför enligt vår mening som ändamålsenligt att inte begränsa användningen av provokativa åtgärder till grova brott.

Enligt utredningens mening kan den koppling som här görs mellan kravet på allvarlig brottslighet och principen om att åtgärden inte får föranleda någon att begå en brottslig gärning som han annars inte skulle ha begått inte anses alldeles klar. Kravet på allvarlig brottslighet kan knappast anses bottsna i risken att någon skulle kunna förmås att begå ett brott som denne annars inte skulle ha begått. Också i de fall där någon förmås att begå allvarlig brottslighet måste det naturligtvis anses problematiskt om denne begår en brottslig gärning som denne annars inte skulle ha begått.

Skälen för att begränsa användningen av provokativa åtgärder synes alltså enligt utredningens mening ha mindre att göra med att åtgärderna just i de fallen skulle vara acceptabla än med att det på ett allmänt plan finns skäl till restriktivitet vad gäller användningen av provokativa åtgärder, bl.a. eftersom de innebär att myndigheterna uppträder dolt och påverkar händelseutvecklingen och eftersom de kan ha oavsedda och svårkontrollerade effekter. Ytterst kan dessa överväganden sägas gå tillbaka på proportionalitetsprincipen såsom den kommer till uttryck i 8 § polislagen.

Det för därför enligt utredningens mening för långt att mer generellt avstå från ett krav på att de provokativa åtgärderna ska rikta sig mot allvarlig brottslighet (jfr BRU:s förslag i SOU 2003:74 enligt vilka det endast krävdes att fråga var om brott på vilket fängelse kan följa). Tvärtom finns det fortsatt skäl att begränsa användningen av provokativa åtgärder till fall där användningen av åtgärderna framstår som särskilt angelägen. Så kan naturligtvis vara fallet när fråga är om brottslighet som har ett högt straffvärde.

Vid bedömning av om provokativa åtgärder ska anses tillåtna att vidta bör emellertid hänsyn kunna tas inte bara till de enskilda brottens straffvärde utan också till huruvida de enskilda gärningarna ingår i en verksamhet som bedrivs systematiskt eller organiserat och som därför kan sägas vara särskilt samhällsfarlig. Exempelvis bör

kontinuerlig försäljning av alkohol till skolungdom kunna föranleda provokativa åtgärder också om straffvärdet av varje enskild försäljning är begränsat. Som en sammanfattande benämning för den brottslighet vid vilken provokativa åtgärder bör få vidtas används lämpligen uttrycket allvarlig brottslighet. Vad som avses med detta uttryck utvecklas närmare i författningskommentaren.

Behovs- och proportionalitetsprinciperna ska beaktas

Vid bedömningen av om en provokativ åtgärd ska få användas måste vidare behovs- och proportionalitetsprinciperna beaktas.

Principerna som i ganska stor utsträckning är överlappande – proportionalitetsprincipen inrymmer i inte obetydlig utsträckning behovsprincipen – ställer upp allmänna krav på den polisiära verksamheten och dessa gäller naturligtvis även såvitt avser provokativa åtgärder. Som ovan framgått kan sägas att de allmänna principer för användningen av provokativa åtgärder som har utmejslats i praxis och doktrin – bl.a. kravet på stark misstanke om allvarlig brottslighet – ytterst bygger på behovs- och proportionalitetsprinciperna.

Behovsprincipen kan i sammanhanget sägas innebära att det inte ska finnas några alternativa och mindre ingripande åtgärder att nå det ifrågavarande målet. Alternativa åtgärder kan ha prövats utan framgång eller så kan de redan från början bedömas vara verkningslösa. För att det ska finnas behov av att vidta en viss åtgärd måste det också finnas skäl att anta att åtgärden kan leda till användbara resultat. Med utgångspunkt i att utredningen föreslår att framprovocerade brott inte ska få lagföras (se nedan avsnitt 5.3.8) betyder detta att det måste finnas skäl att tro att åtgärden kan leda till att man erhåller bevisning om redan begången brottslighet eller annars till resultat som inte har att göra med den framprovocerade brottsligheten.

Proportionalitetsprincipen inrymmer, utöver det nödvändighetskrav som kan anses följa redan av behovsprincipen, framför allt ett krav på att åtgärden ska stå i rimlig proportion till målet med åtgärden. Proportionalitetsprincipen ger följaktligen stöd för kravet på att provokativa åtgärder bara får vidtas mot allvarligare brottslighet. Vid tillämpningen måste man vidare väga olägenheterna med att vidta en viss åtgärd, t.ex. att en oskyldig individ kan utsättas för obehag, mot det som står att vinna med åtgärden. Proportionalitetsprincipen blir därför av särskild betydelse när den provokativa åtgärden

riktas mot någon mot vilken det inte föreligger stark misstanke om inblandning i den allvarliga brottsligheten.

Proportionalitetsprincipen innebär en viktig begränsning också såtillvida att det inte kan anses proportionerligt att provocera fram gärningar som innebär att enskilda eller allmänna intressen kommer till skada. Att i syfte att erhålla bevisning om pågående brottslig verksamhet provocera fram en gärning som innebär att ett narkotikabrott eller ett förfalskningsbrott förövas kan, under förutsättning att narkotikan eller det förfalskade inte sprids, exempelvis tänkas stå i rimlig proportion till målet med åtgärden.

Om den framprovocerade gärningen istället innefattar fullbordade brott mot person torde det nästan aldrig vara möjligt att finna proportionalitetskravet uppfyllt. Att en provokativ åtgärd riskerar att leda till en gärning som uppfyller rekvisiten för ett s.k. skadedelikt bör alltså normalt utesluta att den provokativa åtgärden vidtas. I undantagsfall kan emellertid skadan vara av sådan karaktär att den vid ett ingripande kan framstå som närmast artificiell och tillfällig. Så kan t.ex. vara fallet om den provokativa åtgärden visserligen innebär att ett stöldbrott fullbordas men besittningsrubbningsgenom myndigheternas ingripande genast kan återställas.

5.3.4 Provokativa åtgärder i underrättelseverksamhet

Förslag: Provokativa åtgärder ska, i syfte att förebygga eller förhindra viss allvarlig brottslighet, i viss utsträckning få vidtas inom ramen för Säkerhetspolisens underrättelseverksamhet.

Bedömning: Det finns inte tillräckliga skäl att tillåta användningen av provokativa åtgärder som kan föranleda någon att begå brott inom ramen för annan underrättelseverksamhet.

Ett allmänt krav för att provokativa åtgärder ska få genomföras är att det föreligger stark misstanke om allvarlig brottslighet. Vidare har JO i det s.k. Harley-Davidson-ärendet uttalat (se JO 2000/01 s. 118) att syftet med att vidta en provokativ åtgärd ska vara att få fram bevisning om ett redan begånget brott. En konsekvens av detta synsätt är att det inte finns utrymme att genomföra provokativa åtgärder inom ramen för underrättelseverksamhet. Frågan uppstår därför om det i någon utsträckning finns skäl att tillåta användning av provokativa åtgärder inom ramen för underrättelseverksamhet.

Tidigare utredningar har kommit till delvis skilda resultat i detta avseende. I betänkandet Vår beredskap efter den 11 september fann 11 september-utredningen att provokativa åtgärder borde få förekomma också utanför förundersökningssituationen, men menade samtidigt att metoden skulle användas med yttersta försiktighet och endast om det var uppenbart att den skada eller det men som åtgärden medför inte stod i missförhållande till syftet med åtgärden (se SOU 2003:32 s. 277 ff.). Ett skäl var att gränsen mellan infiltration och bevisprovokation i vissa fall kan vara svår att dra. Utredningen lämnade inte några färdiga förslag till lagstiftning.

BRU var av motsatt uppfattning och kom i betänkandet Ökade effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen (SOU 2003:74) fram till att det inte fanns något behov av att ändra den nu gällande ordningen och att de provokativa åtgärderna borde regleras som ett straffprocessuellt tvångsmedel (se SOU 2003:74 s. 139 f).

Det har enligt utredningens mening inte framkommit ett tillräckligt starkt behov ifrån den öppna polisen eller andra brottsbekämpande myndigheter att kunna använda provokativa åtgärder inom ramen för myndigheternas underrättelseverksamhet. Enligt utredningens mening är det vidare rimligt att användningen av provokativa åtgärder begränsas till de fall där det, enligt ovan, föreligger stark misstanke om att allvarlig brottslighet har begåtts. Det innebär att det i de fall det är aktuellt att använda provokativa åtgärder i princip också föreligger förutsättningar att öppna en förundersökning. Enligt utredningens mening finns därför inte skäl att tillåta användningen av provokativa åtgärder i den allmänna underrättelseverksamheten.

När det gäller Säkerhetspolisens verksamhet ställer sig dock saken annorlunda. Säkerhetspolisen är Sveriges civila säkerhetstjänst. Myndighetens uppdrag är att bedriva terrorismbekämpning, förebygga och avslöja brott mot rikets säkerhet samt att bedriva personskyddsverksamhet. Uppdraget är följaktligen huvudsakligen att förebygga och förhindra brott som skulle kunna få allvarliga konsekvenser för Sverige. Uppdraget kräver att Säkerhetspolisen kan inhämta uppgifter på ett tidigt stadium, innan en person eller gruppering har konkreta planer eller vidtagit åtgärder för att begå brott.

Det preventiva uppdraget gör att Säkerhetspolisen inte kan bedriva verksamheten utifrån brottsanmälningar. Myndigheten måste i stället själv ha förmåga att identifiera aktörer som har avsikt att begå aktuella brott. Inhämtningen av uppgifter sker i stor utsträckning genom underrättelseverksamhet i miljöer där det förekommer

brottslig verksamhet. För en mer effektiv verksamhet skulle det t.ex. kunna vara fråga om att Säkerhetspolisen skulle behöva medverka till överföring av en mindre summa pengar i betalningskanaler som skulle kunna vara ämnade att användas till finansiering av terrorism där syftet med åtgärden är att skaffa sig kännedom om det bakomliggande nätverket av personer.

Som framgår gör Säkerhetspolisens uppdrag att syftet med en åtgärd i underrättelseverksamheten inte är att få fram uppgifter som i sin förlängning kan leda till att förundersökning inleds eller en gärningsman lagföras. Istället vidtas åtgärden för att myndigheten ska få underlag för en bedömning av om huruvida brottsförebyggande åtgärder bör vidtas. I underrättelseverksamheten förekommer visserligen att brott uppdagas. I arbetet med att förebygga brott mot rikets säkerhet är dock gärningsmannen ofta straffrättsligt immun och brottet kan inte beivras på annat sätt än genom att en gärningsman förklaras inte vara önskvärd i landet.

Sammanfattningsvis framstår det som olämpligt att, på motsvarande sätt som när det gäller den allmänna brottsbekämpande verksamheten, bygga regelverket på förutsättningen att en förundersökning ska vara inledd. En sådan reglering skulle innebära att provokativa åtgärder skulle kunna vidtas först i ett så sent skede att åtgärderna riskerar att sakna betydelse för Säkerhetspolisens brottsförebyggande arbete eller att en förundersökning skulle behöva inledas i många fall där det från början står klart att lagföring inte är aktuell. En sådan reglering skulle inte vara ändamålsenlig. Istället menar utredningen att de brott som Säkerhetspolisen ska förebygga kan ha så allvarliga följder för Sverige att reglerna för att vidta provokativa åtgärder inom ramen för Säkerhetspolisens verksamhet bör anpassas till verksamhetens särdrag.

5.3.5 Beslut om provokativa åtgärder

Förslag: Beslut om provokativa åtgärder under förundersökning ska fattas av åklagare. Inom ramen för Säkerhetspolisens underrättelseverksamhet ska beslut om provokativa åtgärder fattas av Nämnden.

Beslut om provokativa åtgärder ska enligt nu gällande rätt fattas av åklagare (se Riksåklagarens riktlinjer, RÅR 2007:1 samt JO 1997/98

s. 118). Detta kan sägas följa av att det enligt 23 kap. 3 § RB är åklagare som ska vara förundersökningsledare i de fall det blir aktuellt att genomföra provokativa åtgärder.

Denna beslutsordning framstår enligt utredningens mening som rimlig. Åklagares medverkan innebär att frågor om användning av provokativa åtgärder inte blir en rent polisiär angelägenhet vilket är viktigt från kontrollsynpunkt, och beslutsordningen framstår också med beaktande av den beslutskompetens som i övrigt givits till åklagare som rimlig. Till detta ska läggas att det vid beslut om provokativa åtgärder i den mening som här avses regelmässigt finns flera svårbedömda praktiska och juridiska frågor att ta ställning till. Det bör överlämnas till Åklagarmyndigheten att avgöra vilka åklagare som kan anses ha sådan särskild kompetens att de är lämpliga att handlägga beslut av detta slag.

Som framgått av den internationella jämförelsen ovan är det i både Danmark och Finland domstol som ger tillstånd att vidta provokativa åtgärder. När det gäller den danska säkerhetspolisens användning av provokativa åtgärder krävs det dock inte domstolsbeslut. Med hänsyn till att beslut om att vidta provokativa åtgärder inte sällan kan behöva fattas med relativt små tidsmarginaler, finner utredningen att ett krav på domstolsbeslut kan föranleda problem i den praktiska hanteringen. Inte heller finns det, enligt utredningens mening, av rättssäkerhetsskäl eller annars tillräckliga skäl att förlägga beslutanderätten till domstol.

När det gäller sådana provokativa åtgärder som Säkerhetspolisen enligt förslagen ska få vidta inom ramen för underrättelseverksamhet framstår det emellertid, med beaktande både av karaktären på verksamheten och med beaktande av åklagarkårens uppgifter, som olämpligt att lägga beslutanderätten på åklagare. Det framstår emellertid inte heller som lämpligt att lägga beslutanderätten inom Säkerhetspolisens egen organisation. Med beaktande av såväl intresset av effektivitet som intresset av rättssäkerhet och kontroll anser utredningen att beslutanderätten bör tillkomma den fristående nämnd (Nämnden) som föreslås införas, se vidare avsnitt 12.1.

5.3.6 Dokumentation

Förslag: Användningen av provokativa åtgärder ska dokumenteras. Vid genomförandet av en provokativ åtgärd ska föras protokoll i vilket ändamålet med åtgärden och vad som har förekommit vid denna ska anges. Dokumentationskyldigheten ska framgå av lag.

Av Riksåklagarens riktlinjer för handläggning av provokativa åtgärder (RÅR 2007:1) framgår att beslut om och genomförande av provokativa åtgärder ska dokumenteras i enlighet med vad som anges i 23 kap. RB samt förundersökningskungörelsen (1947:948). Det framgår vidare att det av dokumentationen särskilt ska framgå

- vem som har fattat beslutet och tidpunkten för det,
- det underlag som har legat till grund för beslutet,
- hur åtgärderna har genomförts, samt
- resultatet av åtgärderna.

Enligt utredningens mening är en noggrann dokumentation av de provokativa åtgärder som det här är fråga om oundgänglig. Med hänsyn till att provokativa åtgärder inte bara ska få förekomma i förundersökning, utan också inom ramen för Säkerhetspolisens under rättelseverksamhet går det inte fullt ut att grunda dokumentationskyldigheten på det straffprocessuella regelverket. Det framstår därför som lämpligt att dokumentationskravet framgår direkt av den föreslagna lagstiftningen. Bestämmelsen kan med fördel utformas med förebild i bestämmelsen om dokumentation av beslag i 27 kap. 13 § första stycket RB, låt vara att delvis andra överväganden kan göra sig gällande vid provokativa åtgärder.

5.3.7 Konsekvenser för provokatörens straffrättsliga ansvar

Bedömning: Regleringen avseende provokativa åtgärder som riskerar att föranleda att någon förövar brott innebär att provokativa åtgärder som ligger inom ramen för regleringen är rättsenliga och därför inte kan föranleda straffrättsligt ansvar.

Eftersom provokativa åtgärder innebär att den utsatte förmås att göra något och detta i straffrättsliga termer kan vara att se som anstiftan har det i olika sammanhang diskuterats i vilken utsträck-

ning en provokatör gör sig skyldig till anstiftan om han eller hon förmår annan att begå en brottslig gärning. I viss utsträckning följer ansvarsfrihet till följd av allmänna straffrättsliga regler om uppsåts-täckning, men i åtskilliga avseenden får rättsläget betecknas som oklart (se t.ex. SOU 2003:74 s. 160 med vidare hänvisningar till Asp och Axberger). Till detta kommer att åtgärder vidtagna vid myndighetsutövning, och dit hör normalt provokativa åtgärder, kan föranleda ansvar för tjänstefel enligt 20 kap. 1 § BrB.

Den nu föreslagna regleringen, enligt vilken uttryckligt lagstöd ges för provokativa åtgärder som syftar till att, eller riskerar att, föranleda att någon begår brott, innebär att provokativa åtgärder som vidtas med stöd av regleringen är rättsenliga och de kan därför inte föranleda straffrättsligt ansvar. Man kan uttrycka det så att en reglering av provokativa åtgärder medför att provokatören inte kan bestraffas för åtgärder som sker med stöd av och i överensstämmelse med regeln. För att ansvarsfrihet ska komma ifråga bör förut-sättas att beslut om åtgärden har fattats i föreskriven ordning.

Om provokatören går utanför ramarna för den givna regleringen och därvid provocerar fram ett brott kan emellertid ansvar för såväl tjänstefel som annat brott aktualiseras. Eftersom den föreslagna regleringen får anses ge uttryck för att provokationen utgör ett led i brottsbekämpningen snarare än ett slags medverkan till den aktu-ella brottsligheten bör emellertid medverkansansvar kunna aktua-liseras endast i fall där det är uppenbart att den provokativa åtgärden inte omfattas av regleringen. I första hand aktualiseras således ansvar för tjänstefel enligt 20 kap. 1 § BrB.

5.3.8 Den straffrättsliga bedömningen av ett framprovocerat brott

Förslag: Den som har förmåtts att begå ett brott till följd av pro-vokativa åtgärder ska inte kunna bestraffas för detta. Straffriheten ska omfatta gärningar som föranletts av de provokativa åtgär-derna oberoende av om det kan antas att den tilltalade skulle ha begått brottslighet av liknande slag också provokationen förutan.

Som ovan framgått har Högsta domstolen i NJA 2007 s. 1037 kom-mit till slutsatsen att förekomsten av provokativa åtgärder ytterst kan innebära att det brister i de materiella straffbarhetsbetingelserna.

Detta innebär att en framprovocerad gärning inte ska åtalas och, om så ändå sker, att väckt åtal ska ogillas. Det framprovocerade brottet är följaktligen straffrättsligt att bedöma på samma sätt som om gärningen vore preskriberad eller förövd av en underårig (se härom Asp SvJT 2008 s. 783 f.).

Högsta domstolens avgörande bygger i grunden på den praxis som utvecklats av Europadomstolen och innebär att det avgörande för bedömningen är huruvida rätten till en rättvis rättegång genom provokationen har blivit oåterkalleligen undergrävd (se ovan avsnitt 5.1.6). Om så inte är fallet finns, enligt Högsta domstolens avgörande, möjlighet att beakta provokationen genom reglerna i 29 kap. 5 och 6 §§ BrB, dvs. som ett skäl att sätta straffet lägre än annars och – ytterst – för att meddela påföljdseftergift.

Som ovan nämnts finns det i Europadomstolens praxis vissa indikationer på att man vid avgörande av huruvida rätten till en rättvis rättegång blivit oåterkalleligen undergrävd ska beakta huruvida den provocerade till följd av provokationen begått ett brott som han eller hon annars inte skulle ha begått.

Detta innebär i praktiken att man måste göra ett slags bedömning av om den tilltalade var förutbestämd ("predisposed") att begå brott av visst slag eller om denne förmått att begå brottet enbart på grund av de provokativa åtgärderna.

Enligt utredningens mening finns det emellertid flera problem behäftade med detta sätt att resonera.

En reglering som bygger på tanken att det ska vara tillåtet att provocera fram och lagföra brott som "ändå skulle ha begåtts" innebär alltid att man måste ta ställning till vad den utsatte skulle ha gjort ändå, dvs. provokationen förutan. Enligt utredningen måste en sådan hypotetisk bedömning av vad en person skulle ha gjort provokationen förutan ses som problematisk. Bedömningen blir med nödvändighet i viss mån personrelaterad vilket innebär att den leder till risker för diskriminering. Det måste sålunda anses stå klart att ett mer differentierat synsätt, enligt vilket man kan lagföra framprovocerade brott om de ändå hade begåtts, innebär risker för att den utsattes bakgrund och allmänna livssituation – kanske framför allt huruvida denne tidigare begått brott av ifrågavarande slag – tillmåts betydelse på ett sätt som kan framstå som tveksamt.

I vissa fall kan det visserligen vara möjligt att ha en ganska välgrundad uppfattning om vad någon skulle ha gjort också provokationen förutan. Om man t.ex. förmår en person att överlåta ett vapen och därigenom också förmår denne att röja ett omfattande

illegalt innehav av vapen kan det kanske anses berättigat att förutsätta både att vapnen innehafts i överlåtelsesyfte och att överlåtelser hade skett också provokationen förutan. Motsvarande kan sägas i fall där någon kan beslösas med att ha vidtagit omfattande förberedelser för att föröva viss brottslighet.

I dylika fall – dvs. när man faktiskt kan påvisa att brott av visst slag hade förövats också utan provokationen – synes emellertid lagföring av det framprovocerade brottet regelmässigt vara av marginellt intresse från brottsbekämpningssynpunkt. Eftersom man har annan brottslighet att falla tillbaka på (innehav, förberedelse etc., dvs. den brottslighet som visar att man skulle ha förövat t.ex. ett överlåtelsebrott också provokationen förutan), kommer det framprovocerade brottet att tillföra mycket litet i form av straffvärde i relation till en bedömning som enbart grundar sig på den bakomliggande brottsligheten. Om dylik bakomliggande brottslighet inte går att styrka måste emellertid bedömningar av vad den enskilde hade gjort provokationen förutan regelmässigt ses som spekulativa.

Som en sammanfattning kan sägas att lagföring av det framprovocerade brottet framstår som onödig i de fall detta inte tillför särskilt mycket ifråga om straffvärde, och såsom otillbörlig om det, omvänt, är så att den tillför mycket.

Till detta ska läggas att det mer generellt kan framstå som tvivelaktigt att tillmäta eventuella misstankar om vad den utsatte skulle göra provokationen förutan avgörande betydelse för huruvida denne kan dömas för det framprovocerade brottet. Det kan sålunda diskuteras huruvida man i en rättsstat bör bygga straffrättslig särbehandling enbart på misstankar.

Mot denna bakgrund görs bedömningen att värdet av en rak och tydlig regel – framprovocerade brott ska inte lagföras – är betydligt större än värdet av att utnyttja det utrymme som möjligen finns enligt Europakonventionen att i vissa fall kunna lagföra en framprovocerad gärning.

Enligt utredningens mening finns följaktligen skäl att gå något längre än vad som krävs enligt Europadomstolens praxis och i lag klargöra att ett brott som framprovocerats genom en provokativ åtgärd aldrig får leda till åtal.

Den föreslagna straffriheten bör emellertid förutsätta att den utsatte verkligen kan sägas ha förmåtts till gärningen genom de provokativa åtgärderna. Enbart det förhållandet att polisen svarat på ett initiativ från den ifrågavarande personen eller genom helt neutrala åtgärder (såsom att ställa ut ett brottsobjekt på allmän plats)

kan sägas ha orsakat gärningen bör sålunda inte vara tillräckligt. Eventuell straffrihet bör emellertid inte enbart omfatta de gärningar som förövas av den omedelbart utsatte, utan också sådana medverkansgärningar som indirekt kan anses föranledda av de provokativa åtgärderna. Dessa avgränsningsfrågor behandlas närmare i författningskommentaren.

6 Annars brottsliga gärningar

6.1 Uppdraget

Svensk polis eller tull har i dag inte någon uttrycklig befogenhet att i samband med infiltrationsoperationer företa åtgärder som utgör en brottslig handling. En polisman som har infiltrerat en kriminell gruppering som förbereder t.ex. ett grovt rån eller ett grovt narkotikabrott kan emellertid, om arbetet ska kunna utföras effektivt, behöva göra sig skyldig till straffbara gärningar vid förberedelserna för brottet, trots att deltagandet syftar till att förhindra att det planerade brottet fullbordas.

Utredningen ska enligt direktiven överväga i vilken utsträckning tjänstemän vid de brottsbekämpande myndigheterna i samband med infiltration bör kunna delta i planering, annan förberedelse eller utförande av brott.

6.2 Gällande rätt

I propositionen med förslag till polislag (prop. 1983/84:111 s. 46 ff.) anges fyra principer för användningen av s.k. okonventionella spaningsmetoder, nämligen

- att polisen aldrig bör få begå en kriminaliserad handling för att kunna efterforska eller avslöja ett brott
- att polisen aldrig bör få provocera eller eljest förmå någon att inleda en brottslig aktivitet.
- att polisen aldrig av spaningsskäl får underlåta att vidta föreskrivna åtgärder mot brott eller en för brott misstänkt person, samt
- att beslut om sådana spanings- eller förundersökningsmetoder som avses här alltid bör fattas av åklagare eller polisman i polis-chefsbefattning liksom att stränga krav på dokumentation måste upprätthållas.

Den första av dessa principer innebär alltså att polisen aldrig får begå en kriminaliserad handling för att kunna efterforska eller avslöja ett brott. Det finns enligt svensk rätt, till skillnad från vad som gäller i vissa andra länder, inte något undantag med innebörden att mindre allvarliga lagstridiga handlingar från polisens sida skulle vara tillåtna om de stod i rimlig proportion till intresset av att avslöja eller utreda ett mycket grovt brott (se Polislagen En kommentar, 7 uppl. s. 64).

Däremot har polisen befogenheter enligt 10 § polislagen att i vissa situationer använda våld. Detta gäller även i samband med infiltrationsoperationer och provokativa åtgärder i samma utsträckning som för annan brottsbekämpande verksamhet.

Av 29 § polislagen framgår bl.a. att 10 § första stycket 1–4 även gäller tjänsteman vid Kustbevakningen som medverkar vid polisiär övervakning. Vidare framgår att bestämmelsen i 10 § första stycket 5 även gäller tjänstemän vid Tullverket eller Kustbevakningen som utövar befogenhet som där anges för trafiknykterhetskontroll.

Vidare gäller för poliser, som för alla andra, reglerna om nöd och nödvärn i brottsbalken. Dessa regler kan självfallet tillämpas även i samband med en infiltrationsoperation eller en provokativ åtgärd. Av 24 kap. 1 § BrB framgår följande.

En gärning som någon begår i nödvärn utgör brott endast om den med hänsyn till angreppets beskaffenhet, det angripnas betydelse och omständigheterna i övrigt är uppenbart oförsvarlig.

Rätt till nödvärn föreligger mot

1. ett påbörjat eller överhängande brottsligt angrepp på person eller egendom,
2. den som med våld eller hot om våld eller på annat sätt hindrar att egendom återtas på bar gärning,
3. den som olovligen trängt in i eller försöker tränga in i rum, hus, gård eller fartyg, eller
4. den som vägrar att lämna en bostad efter tillsägelse.

Av 24 kap. 4 § framgår följande.

En gärning som någon, i annat fall än som nämnts tidigare i detta kapitel, begår i nöd utgör brott endast om den med hänsyn till farans beskaffenhet, den skada som åsamkas annan och omständigheterna i övrigt är oförsvarlig.

Nöd föreligger när fara hotar liv, hälsa, egendom eller något annat viktigt av rättsordningen skyddat intresse.

Det finns vidare några uttryckliga undantag för när polisen får underlåta att följa trafikföreskrifter. Dessa återfinns i 11 kap. trafikförord-

ningen (1998:1276) och rör främst utryckningsfordon. Ytterligare undantag finns i förordningen (1991:102) om poliseskort och rör eskort av statschef, regeringschef m.fl.

Av särskilt intresse i detta sammanhang är dock främst bestämmelsen i 11 kap. 9 § trafikförordningen som ger föraren av ett fordon som används i spaningsverksamhet inom polisen, Tullverket eller Kustbevakningen, möjlighet att, när det är oundgängligen nödvändigt för att fullgöra spaningsuppdraget, med iakttagande av särskild försiktighet underlåta att följa trafikföreskrifter som inte särskilt gäller honom eller henne om det uppenbarligen kan ske utan fara för trafiksäkerheten. Bestämmelsen infördes efter ett förslag av BRU (se vidare SOU 2003:74 s. 233 ff. och s. 318 f).

I sammanhanget bör slutligen framhållas att det finns situationer där polisen utför åtgärder som, trots att de formellt skulle kunna sägas vara straffbelagda, uppenbarligen anses vara tillåtna. Om polisen vid en kontrollerad leverans tar en långtradarchaufförs plats och kör en bil med narkotika i lasten till dess avsedda slutdestination kan polisen sålunda inte anses ha gjort sig skyldigt till sådan transport av narkotikan som är straffbelagd enligt 1 § narkotikastrafflagen (1968:64). I huvudsak är fråga om att polisen i anslutning till en ingripande och ett framtida beslag, som inte formellt behöver ha beslutats, måste anses ha rätt att ta befattning med sådan egendom som det annars är otillåtet att ta befattning med.

6.3 Internationell utblick

Av en sammanställning av enkätsvar som utredningen tagit del av från Europol framgår att det i tio länder finns möjlighet till och med för informatörer, dvs. privatpersoner (participating informants), att medverka i brottslig aktivitet och att den möjligheten saknas i 16 länder.

6.3.1 Danmark

I samband med provokationer är det med stöd av § 754 a retsplejeloven möjligt att hjälpa till med handlingar som annars hade utgjort medverkan till brott. I en sådan situation krävs det att det är den misstänkte som ber om hjälp med handlingen och att det enbart rör sig om en mindre del av den brottsliga gärningen.

6.3.2 Finland

Gällande finsk rätt

Poliser som arbetar under täckmantel har inte några särskilda möjligheter att utföra annars brottsliga gärningar, varken för att kunna upprätthålla eller förstärka täckmanteln, eller med hänsyn till nödvändigheten att delta i viss planering av brott.

Förundersöknings- och tvångsmedelskommissionens förslag

I ett betänkande från Förundersöknings- och tvångsmedelskommissionen (2009:2) föreslås att det ska införas en bestämmelse med följande lydelse.

En polisman som företar en täckoperation får inte begå ett brott eller ta initiativ till ett brott.

Om en polisman som företar en täckoperation begår en trafikförseelse, en ordningsförseelse eller något annat med dessa jämförbart brott för vilket det föreskrivna straffet är ordningsbot, är han eller hon fri från straffansvar, om gärningen har behövts för att syftet med täckoperationen ska nås eller för att inhämtandet av information inte ska avslöjas.

Kommissionen föreslår vidare att det införs bestämmelser i polislagen och tvångsmedelslagen som möjliggör för en polisman som utför ett täckoperationsuppdrag och deltar i en organiserad kriminell sammanslutnings verksamhet att kunna bistå den kriminella sammanslutningen genom att skaffa lokaler eller fordon eller andra sådana hjälpmedel, transportera personer, föremål eller ämnen, sköta ekonomiska angelägenheter eller bistå den kriminella sammanslutningen på andra med dessa jämförbara sätt. För ansvarsfrihet krävs enligt förslaget att det finns synnerliga skäl att anta att åtgärden hade genomförs även utan polisens medverkan, att polisens åtgärder inte orsakar fara eller skada för någons liv, hälsa, frihet eller egendom, samt att biståndet i betydande grad främjar möjligheterna att uppnå syftet med täckoperationen.

En polisman som företar en täckoperation får delta i en sådan försändelse som hänför sig till en kontrollerad leverans enligt 39 §, om deltagandet i betydande grad främjar möjligheterna att uppnå syftet med leveransen.

Beredning av förslagen pågår för närvarande.

Tidigare förslag från Täckoperationsgruppen

Möjligheter av motsvarande slag föreslogs redan år 2005 av en gemensam arbetsgrupp mellan justitie- och inrikesministerierna, benämnd täckoperationsgruppen. Täckoperationsgruppens förslag innebar i korthet följande.

En polis som deltar i en täckoperation föreslogs kunna få tillstånd av domstol att delta i det brott som var föremål för täckoperationen, om brottet hade påbörjats eller det fanns grundad anledning att anta att brottet skulle förövas även utan polisens medverkan. Deltagandet fick dock enbart syfta till att t.ex. påverka tiden eller platsen för brottet och fick inte vara av någon avgörande betydelse.

Vidare föreslogs att en polis som deltog i en täckoperation i överraskande situationer skulle få delta i sådana brott som begicks i samband med det brott som egentligen var föremål för täckoperationen. Förutsättningen skulle vara att deltagandet var nödvändigt för att förhindra att täckoperationen avslöjades eller för att avvärja ett allvarligt hot som riktade sig direkt mot polismannens liv eller hälsa.

En polis som deltar i en täckoperation skulle dessutom enligt förslaget kunna göra sig skyldig till t.ex. trafik- eller andra motsvarande förseelser på bötesnivå för att behålla sin trovärdighet.

Deltagande skulle inte få ske i brott som riktade sig mot liv eller hälsa eller personlig frihet och inte heller i brott som kränkte någon annans sexuella självbestämmanderätt.

Förslagen resulterade inte i lagstiftning.

6.3.3 Norge

En infiltratör har i Norge vissa möjligheter att begå annars brottsliga gärningar.

För det första anses det inte föreligga en överträdelse av en viss straffbestämmelse om gärningen sker som ett led i en polisutredning. T.ex. kan en infiltratör som får erbjudande om att köpa en pistol, göra detta utan att det utgör ett brott på grund av att det för ett vapenbrott ska föreligga krävs en avsaknad av tillstånd från polisen. Vidare anses de undantag som gäller vid vägtrafiklagstiftningen för bilkörning i polisens verksamhet även gälla för en polisman som arbetar under täckmantel (se NOU 1997 s. 121).

Praktiskt viktigare är dock straffbestämmelser som inte innehåller sådana avgränsningar som vapenlagstiftningen gör, t.ex. förbuden mot innehav och bruk av narkotika eller barnpornografi.

Alla straffbestämmelser anses enligt norsk rätt innehålla ett rättsstridighetsundantag. Att utreda brott kan vara en sådant undantag som gör att gärningen inte är att anse som brottslig. Enligt gällande rätt är möjligheterna för en infiltratör att begå annars brottsliga gärningar reglerade i en hemlig instruktion från Riksadvokaten. I NOU 1997: 15 s. 121 beskrivs innehållet i Riksadvokatens instruktion på följande sätt.

Politiets infiltratörer tillåtes f. eks. å kjøpe og besitte narkotika. De nærmere detaljer om hva som tillates og ikke tillates kan vanskelig offentliggjøres, idet de vil kunne danne grunnlag for utarbeidelse av kontrollrutiner i kriminelle miljøer som tar sikte på å avsløre politiets infiltratører. Men reglene er naturlig nok restriktive.

Det norska Politimetodeutvalget konstaterade i NOU 2004:6 (s. 197 f.) att det för en infiltratör kan vara nödvändigt att begå straffbara handlingar för att få trovärdighet i en viss miljö. Politimetodeutvalget konstaterade att infiltratören till exempel kan bli erbjuden att köpa narkotika eller stöldgods. Enligt utvalgets uppfattning borde inte lagstiftaren detaljreglera möjligheterna att begå sådana handlingar, särskilt för att begränsningarna då skulle kunna utgöra grund för att kriminella organisationer skulle kunna utarbeta kontrollrutiner för att avslöja infiltratörer. Däremot ansågs att det i lag borde ges ett bemyndigande att utfärda föreskrifter.

Utvalget ansåg att det var osäkert i vilken utsträckning det allmänna rättsstridighetsundantaget kunde legalisera en infiltratörs överträdelse av en straffbestämmelse. Man ansåg att det var betänkligt att låta polisen begå annars brottsliga gärningar utan lagstöd, detta särskilt som även andra än polismän användes som infiltratörer. Utvalget föreslog därför ett bemyndigande att utfärda föreskrifter som skulle ge Riksadvokatens instruktioner en förankring i lag. Förslaget har dock inte lett till lagstiftning.

6.3.4 USA

I Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations framgår bl.a. att en polis som arbetar under täckmantel inte får begå annars brottsliga gärningar utan tillstånd. När det gäller den närmare regleringen framgår i huvudsak följande.

Polisens agerande ska vara rättfärdigat med hänsyn till att få nödvändig information eller bevis som inte rimligen kan åtkommas på annat sätt, att etablera eller bibehålla en täckmantels trovärdighet eller för att förebygga dödsfall eller allvarlig kroppsskada. FBI ska vidta rimliga åtgärder för att minimera deltagandet i gärningar som annars hade varit brottsliga.

En anställd som arbetar under täckmantel får inte delta i någon form av våld förutom i självförsvar eller använda sig av metoder som utgör otillåtna undersökningsmetoder, t.ex. olovlig teleavlyssning, olovlig husrannsakan m.m.

Polischef (Special Agent in Charge) ska förutom att godkänna alla infiltrationsoperationer även godkänna deltagande i handlingar som annars varit brottsliga. Ett sådant godkännande kan avse följande.

- Brott som är mindre allvarliga, normalt bötesbrott (misdemeanor or similar minor crime)
- Avlyssning med godkännande av en deltagare (consensual monitoring)
- Köp av stöldgods eller smuggelgods
- Leverans eller försäljning av sådant stöldgods som inte kan härledas till den rättmätige ägaren
- Kontrollerade leveranser
- Bestickning, om det inte föreligger särskilt känsliga omständigheter
- Penningtvättande åtgärder, dock max fem transaktioner om sammanlagt en miljon dollar.

Under vissa angivna förhållanden krävs godkännande från högre beslutsnivå. Det gäller deltagande i annars brottsliga gärningar som avser svårare brottslighet (felony or equivalent) och som inte får godkännas av polischef enligt ovan. Ett godkännande ska i dessa fall lämnas av FBI:s Assistant Director efter att ha hört en särskild nämnd, Undercover Review Committee. När det gäller handlingar som medför en påtaglig risk för våld eller personsador krävs godkännande på ännu högre nivå, FBI:s Director, Deputy Director eller en sär-

skilt utsedd Executive Assistant Director och även i dessa fall ska frågan ha underställts Undercover Review Committee.

I brådskande situationer ska varje ansträngning göras av polismannen som är under täckmantel att rådgöra med SAC och uppåt enligt vanliga regler. Om det inte är möjligt och det föreligger omedelbar och allvarlig fara för liv, hälsa eller egendom får den polismannen delta i handlingar som annars varit straffbelagda så länge det inte rör våldsbrott. Ett retroaktivt godkännande kan ges.

Om våldsutövning har skett och en polisman under täckmantel på något sätt har varit delaktig ska federal åklagare, FBI centralt och Justitiedepartementet omedelbart informeras.

6.4 Överväganden och förslag

6.4.1 Övergripande överväganden

Bedömning: Det finns ett behov från polisens sida att i samband med infiltrationsoperationer kunna utföra vissa gärningar som annars hade varit att anse som brottsliga eller på annat sätt lagstridiga.

Förslag: I infiltrationsoperationer ska polisen ges vissa begränsade möjligheter att begå annars brottsliga eller lagstridiga gärningar. Denna befogenhet ska ges i lag.

Som ovan utvecklats, se avsnitt 4.2, kan polisen genom att infiltrera kriminella nätverk och organisationer få tillgång till information som annars inte varit tillgänglig. Det kan röra sig om uppgifter om organisationens eller nätverkets uppbyggnad liksom om de personer som leder och finansierar verksamheten. Det kan också handla om att erhålla information om förestående brottslighet. Dylik information kan vara av stort värde både för att kunna lagföra tidigare begången brottslighet och för att (därigenom) förebygga framtida brottslighet.

För att det ska vara möjligt att framgångsrikt genomföra infiltrationsoperationer fordras att infiltratören på ett trovärdigt sätt kan vistas i en kriminell miljö. Det framstår som klart att detta ibland kan förutsätta att infiltratören begår gärningar som annars hade utgjort brott. Ett enkelt exempel kan vara att en infiltratör uppmanas att köra en bil på ett sätt som innefattar gärningar som är belagda med straff enligt trafikförordningen. Ett annat exempel kan vara att

en infiltratör – som inom ramen för operationen ägnar sig åt restaurangverksamhet – erbjuds att köpa cigaretter som utgör smuggelgods. Fråga kan naturligtvis också vara om att infiltratören uppmanas att begå eller medverka till mer kvalificerade gärningar såsom stöld-, narkotika- eller våldsbrottslighet.

I många fall handlar det mer allmänt om att infiltratören inte ska behöva skilja ut sig och avslöja sig genom krav på ett allt igenom laglydigt beteende. Det kan också vara så att infiltratören förutsätts begå eller vara delaktig i brottsliga gärningar inom ramen för en kriminell organisation eller nätverk. Det kan också förekomma att denne ges ett uppdrag att utföra ett visst brott.

Enligt utredningens mening framstår det redan mot bakgrund av det nu sagda som tydligt att en effektiv användning av infiltration såsom polisiär arbetsmetod förutsätter att polisen i viss begränsad utsträckning tillåts att begå gärningar som annars hade utgjort brott. Detta gäller särskilt med beaktande av att olika typer av administrativa regler och ordningsföreskrifter i ganska stor utsträckning straffsanktioneras enligt svensk rätt. Utredningen menar därför att en reglering av innebörd att polisen i viss begränsad utsträckning tillåts att begå annars brottsliga gärningar bör införas.

Denna bedömning bottnar delvis i effektivitetsöverväganden (jfr föregående stycke), men också däri att frånvaron av sådana regler riskerar att leda till att det uppstår ett slags rättslig gråzon där polisen å ena sidan tillåts använda infiltration som polisiär arbetsmetod, men där regelverket, å den andra, är utformat på ett sådant sätt att verksamheten inte kan fullföljas utan brott mot detsamma. Ytterst kan detta leda till att eventuella brottsliga gärningar som begås i samband med infiltrationsverksamhet hanteras delvis vid sidan av det ordinarie systemet. En sådan situation kan inte anses önskvärd.

Möjligheten att straffritt begå gärningar som annars utgör brott kan vidare motiveras av rena skälighetshänsyn. Om man godtar infiltration som en polisiär arbetsmetod och arbetsmetoden i praktiken i det närmaste förutsätter att infiltratören begår eller medverkar till åtminstone vissa gärningar som utgör brott, framstår det som oskäligt mot infiltratören att ha ett straffrättsligt system som förutsätter att dessa gärningar i alla delar ska lagföras.

I vissa rättssystem kan dylika frågor hanteras mer formlöst genom tillämpning av opportunitetsprincipen, dvs. genom att det inte råder någon principiell förundersöknings- eller åtalsplikt. Polis- och åklagare har då ett handlingsutrymme som kan användas för att underlåta lagföring i fall där sådan inte anses ligga i samhällets intresse.

Enligt svensk rätt, som i grunden bygger på legalitetsprincipen, saknas denna möjlighet att på mer diskretionära grunder avstå från att inleda förundersökning och väcka åtal. Inte heller kan det anses möjligt att hävda att brott inom ramen för en infiltrationsoperation är tillåtna med stöd av allmänna grundsatser för polisingripanden. Tvärtom har det konsekvent betonats som en grundläggande princip att polisen inte får begå brottsliga gärningar (se t.ex. prop. 1983/84:111 s. 46 f samt Berggren & Munck, Polislagen. En kommentar, 7 uppl. Stockholm 2008, kommentaren till 8 §).

Till detta ska läggas att en ordning som innebär att vissa personer som medverkat vid en viss brottslighet kan komma att gå fria innebär ett slags rättslig särbehandling. Med hänsyn till grundläggande tankar om likhet inför lagen bör en sådan differentiering ges tydligt stöd i lag.

Om polisen ska ges rätt att begå gärningar som annars utgör brott måste detta, enligt utredningens mening, komma till uttryck genom en uttrycklig lagreglering.

En liknande bedömning har också kommit till uttryck i JO:s beslut den 25 juni 2008 (se JO 2008/09 s. 140 och särskilt s. 155).

Ett sådant problem är det fallet att en infiltratör gör sig skyldig till brott. En princip som hittills gällt är att polisen aldrig själv får göra sig skyldig till en kriminaliserad handling för att kunna efterforska eller avslöja ett brott. En infiltratör bör rimligen inte heller få begå brott på polisens uppdrag. Samtidigt är det svårt att föreställa sig att en infiltratör – oavsett om det är fråga om en polisman med skyddsidentitet eller en privatperson – som ska försöka vinna insteg i en kriminell gruppering kan lyckas med sitt uppdrag utan att själv visa sig vara beredd att begå brott.

Jag anser att om avsteg ska kunna göras från den grundläggande principen om att polisen inte ska begå brott måste det föregås av mycket ingående överväganden. Dessa bör bl.a. ta sikte på frågan om under vilka förutsättningar som det brottsbekämpande intresset är så utomordentligt starkt att det kan vara nödvändigt att göra undantag från den hittills rådande principen. – Om det anses nödvändigt att en polisman, eller den som handlar på polisens uppdrag, i vissa situationer själv ska kunna göra sig skyldig till brott utan straffrättsliga konsekvenser, bör en lagreglering av den innebörden komma till stånd. Jag anser att det inte kan accepteras att en infiltratör utan tydligt lagstöd går fri från ansvar för en gärning som föranleder straff om den begås av någon annan.

Sammanfattningsvis gör utredningen bedömningen att det – förutsatt att det ska vara möjligt att utnyttja infiltration såsom polisiär arbetsmetod – finns ett behov av att åtminstone i viss utsträckning

tillåta polisen att begå gärningar som annars utgör brott och att detta ska ske genom uttrycklig reglering.

En sådan reglering väcker många komplexa och principiellt svåra frågor och man kan också ha vissa betänkligheter mot att ge polisen dylika rättigheter.

Det framstår emellertid inte som ett alternativ att avstå från infiltration såsom polisiär arbetsmetod. Med den utgångspunkten vore det, enligt utredningens mening, olyckligt att i lagstiftningen bortse från det behov som i praktiken finns och lämna området oreglerat. En sådan hållning synes endast riskera att leda till att de frågor som uppstår tas om hand vid sidan om det ordinarie regelverket utan insyn och kontroll.

Innan utredningen går in på regleringens närmare utformning finns skäl att framhålla att innebörden av principen att polisen inte får begå kriminaliserade handlingar till sitt innehåll naturligtvis är helt beroende av vilka undantagsregler som finns när det gäller den polisiära verksamheten.

Undantagsreglerna i 10 § polislagen ger t.ex. polisen rätt att begå gärningar som annars utgjort misshandel och de processuella reglerna om gripande och anhållande ger på samma sätt rätt att begå gärningar som annars utgör typexempel på olaga frihetsberövande. I många fall kan det till och med sägas vara ett åliggande för polisen att vidta åtgärder som är straffbelagda och hade varit brottsliga, om de inte vidtagits inom ramen för tjänsteutövningen.

Det sagda innebär att principen att polisen aldrig får begå en kriminaliserad gärning för att efterforska brott inte kan uppfattas bokstavligt. Tvärtom ges polisen – genom nu gällande lagstiftning – i ganska stor utsträckning, rätt att utföra annars kriminaliserade handlingar. Innebörden av principen är därför närmast att polisen inte har någon allmän rätt att, vid sidan av de undantagsregler som gäller, begå kriminaliserade handlingar i brottsbekämpande syfte.

När det diskuteras om polisen vid genomförande av infiltrationsåtgärder ska ges rätt att begå brottsliga gärningar är alltså inte fråga om att placera polisens verksamhet utanför lagen, utan om att överväga om det för vissa situationer finns skäl att tillskapa ytterligare undantagsregler än de som redan finns.

En undantagsregel som avser rätt att begå brott inom ramen för infiltrationsverksamhet skiljer sig från andra undantagsregler framförallt därigenom att det intresse som motiverar undantaget endast indirekt är kopplat till den annars brottsliga gärningen. Vid ett gripande har t.ex. den annars brottsliga gärningen ett värde i sig efter-

som frihetsberövandet är just det som ska åstadkommas. Om en annars brottslig gärning begås inom ramen för en infiltrationsåtgärd har gärningen ett värde endast indirekt – genom att den bidrar till att åtgärden inte röjs (låt vara att infiltrationsoperationen ytterst syftar till att förebygga eller utreda brottslighet). Också i detta fall bygger emellertid en eventuell ansvarsfrihet på en intressekonflikt som anses utfalla så att intresset av att inte föröva en straffbelagd gärning får stå tillbaka.

6.4.2 Allmän ansvarsfrihetsgrund eller tillståndssystem?

Bedömning: Rätten att begå annars brottsliga gärningar bör i första hand hanteras genom ett system med förhandstillstånd.

Som ovan utvecklats finns det, enligt utredningens mening, skäl att i viss utsträckning tillåta polisen att inom ramen för en infiltrationsoperation begå gärningar som annars skulle utgöra brott. Frågan om hur en sådan reglering ska konstrueras och vilka gärningar den ska omfatta är emellertid komplicerad.

En möjlighet är att konstruera en reglering som, på ett liknande sätt som ansvarsfrihetsgrunderna i 24 kap. BrB, anger att det under vissa förutsättningar är tillåtet att begå straffbelagda gärningar inom ramen för en infiltrationsoperation. En sådan reglering innebär att ansvarsfriheten bygger på en generell regel och ytterst kommer att vara beroende av en försvarlighetsbedömning i efterhand.

En annan möjlighet är att konstruera en reglering som innebär att polisen efter en förhandsprövning kan ges tillstånd att inom en viss operation och inom vissa ramar föröva straffbelagda gärningar.

Enligt utredningens mening finns det flera fördelar med ett system som, på sistnämnda sätt, innebär att en rätt att straffritt begå straffbelagda gärningar förutsätter ett särskilt tillstånd.

För det första innebär ett sådant system större tydlighet och klarhet om vad som gäller i relation till en allmän bestämmelse om ansvarsfrihet. En generell bestämmelse om ansvarsfrihet måste med nödvändighet vara avfattad i allmänna ordalag och bygga på att något slags intresseavvägning (försvarlighetsbedömning) ska göras i efterhand. Genom ett tillståndssystem kommer – även om bedömningen av om man har hållit sig inom tillståndet alltid kommer att kvarstå – bedömningen i huvudsak att ske i förväg och det är

också, i ett tillstånd som tar sikte på ett specifikt fall, möjligt att på ett tydligare sätt markera gränserna för det tillåtna. Detta bör, enligt utredningens mening, vara av värde inte bara för polisen och för den person som agerar som infiltratör, utan också för det allmänna som därigenom på ett bättre sätt ges möjlighet att sätta upp gränser för verksamheten.

För det andra innebär ett system som bygger på tillstånd automatiskt ett visst mått av insyn och kontroll av verksamheten. Genom ett sådant system erhålls sålunda viss överblick över de fall där möjligheten att begå straffbelagda gärningar utnyttjas. På ett mer allmänt plan kan också sägas att en tillståndsreglering innebär att mer avancerad infiltrationsverksamhet, dvs. sådan verksamhet som är så avancerad att den riskerar att kräva förövandet av annars brottsliga gärningar, automatiskt kommer att underkastas viss extern insyn och kontroll.

Vidare bör framhållas att det förhållandet att ett system som bygger på förhandsprövning tydliggör att det är fråga om en bedömning som måste göras från fall till fall. Därigenom minskar risken för att ett mer slentrianmässigt återopande av möjligheterna att begå brott. Ett tillståndssystem ställer också krav på viss planering av de aktuella operationerna.

Sammantaget gör utredningen därför bedömningen att en reglering som bygger på särskilt tillstånd i grunden är att föredra framför en särskild ansvarsfrihetsgrund. Närmare överväganden om vem som ska pröva frågor om tillstånd och om hur tillstånden ska utformas finns i avsnitt 6.4.6 och 6.4.7.

Det skulle möjligen kunna invändas att det, bl.a. av praktiska skäl, vore önskvärt med en allmän ansvarsfrihetsgrund för gärningar av bagatell- och ordningskaraktär. En sådan ordning skulle framför allt innebära att man skulle slippa söka tillstånd i fall som enbart omfattar gärningar av nyss nämnd karaktär.

Det skulle sålunda vara möjligt att införa en bestämmelse som medger ansvarsfrihet för vissa gärningar under vissa förutsättningar. En sådan bestämmelse skulle t.ex. kunna utformas på följande sätt.

Om en polisman inom ramen för en infiltrationsoperation begår en gärning som är straffbelagd, ska gärningen inte utgöra brott om gärningen vidtas i syfte att infiltrationsoperationen inte ska avslöjas och gärningen är försvarlig och

1. inte kan antas föranleda annan påföljd än böter, eller
2. skulle utgöra medverkan i mindre mån enligt 23 kap. 5 § BrB.

En reglering av denna typ innebär, som ovan framhållits, dels att ansvarsfriheten blir beroende av en försvarlighetsbedömning i efterhand, dels att annars brottsliga gärningar straffritt kommer att kunna företas utan att någon utomstående gör en förhandsgranskning av behoven att begå annars brottsliga gärningar.

Med hänsyn till att den föreslagna regleringen utgör ett slags principiell nyhet samt med beaktande av intresset av kontroll och insyn menar utredningen att möjligheten att begå annars brottsliga gärningar bör bygga på ett tillståndssystem också i de fall det gäller mindre allvarliga gärningar.

Som kommer att framgå nedan i avsnitt 6.4.9 kan det emellertid härutöver finnas skäl att överväga om inte ett tillståndssystem bör kompletteras med en mer allmän ansvarsfrihetsregel som tar sin utgångspunkt i de gärningar som auktoriseras genom tillståndet och, under vissa förutsättningar, möjliggör ansvarsfrihet också för gärningar som är direkt jämförbara med de som avses i tillståndet. Det finns annars en risk att gärningar som formellt inte omfattas av tillståndet, men framstår som lika litet eller ännu mindre straffvärda än de gärningar som tillståndet avser, kommer att föranleda straffansvar, vilket skulle kunna framstå som både kantigt och formalistiskt. Även i ett sådant system skulle tillståndssystemet vara primärt och ansvarsfriheten i andra fall skulle alltid vara beroende av en strängt formulerad efterhandsbedömning.

6.4.3 Vilka gärningar bör straffritt kunna förövas?

Förslag: Ett tillstånd att föröva annars straffbelagda gärningar ska, inom ramen för förundersökning, kunna omfatta dels gärningar som inte kan antas föranleda annan påföljd än böter, dels gärningar som är att bedöma som medverkan i mindre mån enligt 23 kap. 5 § BrB eller skulle kunna rubriceras som sådan medverkan.

Inom ramen för polisens underrättelseverksamhet, när undersökningen inte relaterar till konkreta brott, bör emellertid möjligheten att begå annars brottsliga gärningar endast kunna gälla gärningar som inte kan antas föranleda annan påföljd än böter.

I båda fallen ska förutsättas att undersökningen avser allvarlig brottslighet, att infiltrationsåtgärden är av synnerlig vikt för utredningen samt att skälen för att utföra den straffbelagda gärningen uppenbart uppväger det men som den kan innebära för allmänna eller enskilda intressen.

Möjligheten att inom ramen för en infiltrationsoperation begå straffbelagda gärningar måste naturligtvis avgränsas. Det framstår t.ex. som uppenbart att det brottsbekämpande intresset, i det konkreta fallet, bör ha inte obetydlig tyngd för att ett avsteg från annars gällande principer – dvs. att polisen inte ska begå brott – ska kunna motiveras. Lika tydligt är att det inte kan komma ifråga att ge polisen rätt att inom ramen för en infiltrationsoperation föröva t.ex. allvarligare våldsbrott. Utredningen har sålunda sett det som en närmast självklar utgångspunkt att en rätt att begå annars brottsliga gärningar bör hållas inom snäva gränser.

Om polisen ska ges rätt att inom vissa ramar begå straffbelagda gärningar framstår det, enligt utredningens mening, som ändamålsenligt att bygga upp dessa avgränsningar på så sätt att det:

- dels ställs upp en ram för regleringen genom att det anges vissa generella begränsningar avseende vilka straffbelagda gärningar som överhuvudtaget ska kunna begås inom ramen för en infiltrationsåtgärd,
- dels – inom denna ram – ställs upp krav på att utförandet av en straffbelagd gärning är nödvändigt och kan motiveras med hänsyn till ett starkt brottsbekämpningsintresse och under beaktande av andra motstående intressen.

I det följande behandlas dessa båda avgränsningar under skilda rubriker.

Vissa typer av straffbelagda gärningar ska utgöra en ram för vad ett tillstånd ska kunna omfatta

Den naturliga utgångspunkten för utredningens överväganden i denna del är den idag gällande principen att polisen aldrig själv får göra sig skyldig till en kriminaliserad handling för att efterforska eller avslöja ett brott.

Enligt utredningens mening finns det i grunden goda skäl bakom denna princip. Den brottsbekämpande verksamheten ska utövas under lagarna och i den mån det finns skäl att tillåta t.ex. polisen att utföra annars brottsliga gärningar får väl avgränsade undantagsregler tillskapas (som ovan framhållits innebär ju detta att det inom undantagsregelns tillämpningsområde blir tillåtet att begå den kriminaliserade handlingen). En mer allmän rätt att begå straffbelagda gärningar

för att främja brottsbekämpningsintresset får anses vara oförenlig med grundläggande rättsstatliga principer.

Ett undantag från principen att polisen inte själv får göra sig skyldig till kriminaliserade handlingar bör därför vara noga avgränsat och det är också viktigt att tillämpningen av undantaget kan följas upp och kontrolleras.

Enligt utredningens mening är det framför allt i två typfall som det framstår som näraliggande att tillåta polisen att inom ramen för en infiltrationsåtgärd vidta annars brottsliga gärningar.

Det första typfallet gäller mer bagatellartade överträdelser som inte kan antas föranleda annan påföljd än böter. I många fall handlar det här om överträdelser av ordningsregler eller regler av administrativ natur och i den mån bestämmelserna avser brott som riktar sig mot enskild är de av mer eller mindre bagatellartad natur. Att brott av denna typ skulle kunna undantas beror delvis på att något intresseintrång överhuvudtaget inte behöver ske när överträdelserna sker kontrollerat och inom ramen för myndigheternas verksamhet (så kan t.ex. vara fallet när viss verksamhet bedrivs utan erforderligt tillstånd) och delvis på att intresseintrånget är så begränsat att det – åtminstone under vissa förutsättningar och inom vissa ramar – måste anses kunna uppvägas av brottsbekämpningsintresset.

Denna typ av överträdelser bör, enligt utredningens mening, kunna tillåtas inte bara inom ramen för förundersökning avseende allvarlig brottslighet utan också inom ramen för en undersökning inom ramen för de brottsbekämpande myndigheternas underrättelseverksamhet.

Det andra typfallet där utredningen ser det som rimligt att tillåta förövandet av annars brottsliga gärningar gäller vissa fall av medverkan till brott. Att det måste finnas ganska strikta begränsningar avseende i vilken utsträckning en infiltratör självständigt ska kunna föröva brottsliga gärningar såsom gärningsman framstår – också om man naturligtvis kan diskutera var dessa gränser ska dras – som klart.

Situationen ställer sig emellertid delvis annorlunda om det inte är fråga om att infiltratören självständigt begår brott i gärningsmannaskap, utan om annan typ av medverkan till pågående brottslig verksamhet som begås eller bedrivs av personer i den infiltrerade miljön. Om brott förövas av andra i den miljö där infiltratören vistas synes det sålunda kunna ifrågasättas om inte en reglering som innebär att infiltratören bara kan utföra sådana medhjälpsgärningar som kan förväntas leda till böter är onödigt försiktig. Om en infiltratör t.ex. umgås med en person som tar emot en väska med narkotika eller en

väska med särskilt värdefullt hälerigods framstår det t.ex. inte som orimligt att tillåta infiltratören att ombesörja förvaring av väskan, att tillfälligt vakta väskan eller att bistå vid ompackning av innehållet.

I sammanhanget bör beaktas att den svenska medverkansregleringen är vidsträckt och innebär att man genom mycket begränsade åtgärder – ytterst i form av uppmuntran som innebär att gärningsmannen stärks i sitt uppsåt – kan göra sig skyldig till medhjälp till brott. Utan en särskild reglering av medverkanssituationer finns därför en risk att infiltratören närmast skulle behöva markera avstånd för att inte göra sig skyldig till medhjälp till brottet.

De situationer som här avses kännetecknas av att brottet i grunden begås av andra och att infiltratörens roll är begränsad till sådan medhjälp som är nödvändig för att inte röja infiltrationsåtgärden. För att sådan medhjälp ska kunna tillåtas bör i princip krävas att fråga är om medverkan till redan pågående brottslighet och att denna utgör sådan medverkan i mindre mån som avses i 23 kap. 5 § BrB.

Enligt nyss nämnda bestämmelse kan den som i relation till andra medverkande har medverkat i mindre mån åtnjuta strafflindring och, om fallet är att anse som ringa, ansvarsfrihet. Vid bedömningen av vad som utgör medverkan i mindre mån ska den ifrågavarande personens insats ses i relation till övriga medverkandes insatser. Fråga är alltså om en relativ bedömning (se härom NJA 2006 s. 577), där den ifrågavarande personens insats ska vara mindre betydelsefull i relation till vad andra medverkande gjort sig skyldiga till. Det har sagts att den som bara har gjort sig skyldig till medhjälp normalt kan sägas ha medverkat i mindre mån, och därför träffas av regleringen (se Jareborg, Allmän kriminalrätt, Uppsala 2001 s. 427).

I praktiken kan förslagen i denna del sägas innebära en förstärkning av regleringen i 23 kap. 5 § BrB i infiltrationssituationer, under hänvisning till intresset av att inte röja infiltrationsåtgärden.

Ett problem i sammanhanget är att en gärning som är att bedöma som medverkan i mindre mån om den ses i relation till ett brott förövat av annan också – i vissa situationer – kan vara att bedöma som ensamt gärningsmannaskap. I NJA 2004 s. 354 uttalade HD således följande angående denna fråga (i målet var fråga om ansvar för narkotikabrott).

När det gäller den allvarliga narkotikabrottsligheten är det inte ovanligt att gärningar som kan uppfattas som led i denna inte lagförs som medverkanshandlingar utan som självständiga brott. En följd av detta är att bestämmelsen i 23 kap. 5 § BrB om möjlighet att döma till lägre straff än som annars är stadgat för brottet inte blir tillämplig. Uttalandena i

förarbetena till bestämmelsen om kriterierna för grovt narkotikabrott [som bl.a. indikerade att man vid bedömningen inte uteslutande kan bygga på art och mängd utan att hänsyn också måste tas till den roll som gärningsmannen haft när det gäller narkotikahanteringen i vidare mening] torde få ses främst mot denna bakgrund.

Enligt utredningens mening bör den tilltänkta ansvarsfriheten kunna omfatta också sådana brott som på detta sätt visserligen normalt lagförs som brott i gärningsmannaskap, men som sedda i relation till den brottslighet i vilken den utgör ett led lika gärna skulle kunna bedömas som medverkan i mindre mån.

I annat fall skulle åklagarens sätt att formulera gärningen kunna bli avgörande för tillämpligheten av de nu aktuella reglerna, något som inte framstår som lämpligt. Det faktum att gärningen också kan utgöra brott i gärningsmannaskap bör visserligen som huvudregel ses som en indikation på att den inte bör tillåtas, men i vissa fall är straffbestämmelserna formulerade på ett sådant sätt att medverkanshandlingar av mycket marginell karaktär kan bedömas som brott i gärningsmannaskap.

Eftersom dessa fall, i vart fall enligt vad Högsta domstolen uttalar i det nyss nämnda målet,¹ inte omfattas av bestämmelsen i 23 kap. 5 § BrB är en blank hänvisning till sådana gärningar som avses i den bestämmelsen otillräcklig för att fånga de fall som enligt utredningens mening – under vissa förutsättningar – bör kunna tillåtas inom ramen för infiltrationsverksamhet. Den yttre ramen för vad som ska kunna tillåtas inom infiltrationsverksamhet bör därför inte sättas genom en hänvisning till sådana gärningar som *är att bedöma som medverkan i mindre mån enligt 23 kap. 5 § BrB*, utan genom en hänvisning till sådana gärningar som, *om de bedöms enligt reglerna om medverkan till brott, skulle utgöra medverkan i mindre mån enligt 23 kap. 5 § BrB*. För att så ska vara fallet bör naturligtvis krävas att det faktiskt – och inte bara hypotetiskt – föreligger sådan brotts-

¹ Det kan visserligen diskuteras om tillämpning av 23 kap. 5 § BrB bör anses utesluten enbart på den grunden att den tilltalade åtalas såsom ensam gärningsman. Eftersom man ändå – i linje med vad som uttalas i rättsfallet – måste beakta vilken betydelse som gärningsmannens gärning har i relation till den brottsliga verksamhet i vilken den självständigt straffbelagda gärningen utgör ett led, synes det kunna argumenteras för att det vore renare och systematiskt mer tilltalande att säga att 23 kap. 5 § är tillämplig också i dessa fall (dvs. i fall där en gärning som är självständigt kriminaliserad också utgör medhjälp till annan brottslighet). Bl.a. skulle man därigenom undvika att åklagarens val när det gäller rubricering påverkar regleringens tillämplighet. Med hänsyn till Högsta domstolens tydliga uttalanden i NJA 2004 s. 354 får man emellertid utgå ifrån att tillämpningsområdet för 23 kap. 5 § är begränsat på det sätt domstolen anger.

lighet förövad av annan att det vore möjligt att bedöma gärningen såsom medhjälp till denna andra brottslighet.

Eftersom gärningar som utgör medverkan i mindre mån kan relatera till mycket allvarlig brottslighet innebär hänvisningen till 23 kap. 5 § BrB inte någon skarp avgränsning vad gäller svårheten på den brottslighet som kan tillåtas. Exempelvis kan medverkan i mindre mån i förhållande till ett – på grund av mängden och arten narkotika – grovt narkotikabrott ha ett mycket påtagligt straffvärde. Den huvudsakliga begränsning som ligger i hänvisningen till bestämmelsen är i stället ett krav på att det ska vara fråga om mindre betydelsefull delaktighet i en gärning över vilken någon annan har det huvudsakliga initiativet och kontrollen. Det ska handla om att *på ett mindre betydelsefullt sätt delta i vad någon annan gör*.

Självfallet måste det också för de medverkansgärningar som här avses finnas gränser uppåt, men dessa sätts enligt det förslag som här lämnas alltså inte genom hänvisningen till medverkan i mindre mån, utan framför allt genom den förstärkta proportionalitetsprövning som behandlas i nästkommande avsnitt.

Den nu diskuterade möjligheten att begå också gärningar som kan antas föranleda annan påföljd än böter bör enligt utredningens mening förbehållas infiltrationsoperationer inom ramen för en förundersökning. För att andra gärningar än rena bötesbrott ska kunna tillåtas bör det krävas att det finns konkreta misstankar om allvarlig brottslighet på ett sådant sätt som förutsätts för att en förundersökning ska kunna öppnas. En sådan begränsning innebär att hithörande frågor alltid kommer att prövas av domstol och den bidrar också till att hålla möjligheterna att begå annat än bötesbrott inom strikta ramar.

Sammanfattningsvis menar utredningen att den yttre ramen för vilka brottsliga gärningar som kan tillåtas bör vara dels gärningar som inte kan antas föranleda annan påföljd än böter (förundersökning och underrättelseverksamhet), dels sådana gärningar som, om de bedöms enligt reglerna om medverkan till brott, skulle utgöra medverkan i mindre mån i den mening som avses i 23 kap. 5 § BrB (endast förundersökning).

Det kan inte utan allt fog hävdas att en avgränsning av det slag som här diskuterats kan utnyttjas som ett slags underlag för att testa personer som strävar efter inträde och förtroende i kriminella nätverk och miljöer, dvs. för att avslöja tilltänkta infiltratörer. Detta är naturligtvis ett dilemma för lagstiftaren.

Lösningen kan emellertid enligt utredningens mening inte vara att avstå från att göra en avgränsning och mer allmänt tillåta förövandet av straffbelagda gärningar. Om det överhuvudtaget ska kunna accepteras att infiltratörer ges rätt att begå straffbelagda gärningar framstår det som nödvändigt att lagstiftaren tar ställning till när så ska kunna ske. Det förhållandet att varje form av avgränsning kommer att kunna användas i syfte att avslöja infiltratörer genom olika former av tester får därför, i en rättsstat, närmast ses som en inneboende begränsning i användbarheten av infiltrationsåtgärder.

Det kan möjligen också invändas att den av utredningen föreslagna regleringen är för begränsad för att motsvara de praktiska behoven, dvs. att infiltratörsverksamhet i praktiken förutsätter möjligheter att t.ex. begå också allvarligare brott i gärningsmannskap. Enligt utredningens mening är det emellertid nödvändigt att acceptera vissa begränsningar om infiltration ska framstå som en godtagbar polisiär arbetsmetod. Vid bedömning av vilka befogenheter de brottsbekämpande myndigheterna ska ges kan lagstiftaren inte bara låta sig styras av vad som behövs eller anses nödvändigt, utan denne bör också ta ställning till vad som är godtagbart.

I det sammanhanget bör erinras om att utredningens förslag, såvitt avser möjligheten att begå annars brottsliga gärningar, innebär en utvidgning i förhållande till vad som gäller i dag. Det bör även erinras om att också andra bestämmelser kan göra det tillåtet att begå annars brottsliga gärningar. Exempelvis kan bestämmelsen om nöd i 24 kap. 4 § BrB vara att tillämpa om en infiltratör ställs inför en situation där han eller hon är tvungen att begå en straffbelagd gärning för att undvika att bli avslöjad och därmed riskera sitt eget liv och hälsa.

Allvarlig brottslighet, synnerlig vikt m.m.

För att det ska vara tillåtet att föröva annars brottsliga gärningar bör vidare förutsättas att detta kan motiveras med hänsyn till värdet av den verksamhet inom vilken åtgärden vidtas.

Utgångspunkten för övervägandena i denna del är – som ovan framgått – att utförandet av den straffbelagda gärningen syftar till att skydda infiltrationsoperationen, dvs. den straffbelagda gärningen utförs för att infiltrationsoperationen inte ska avslöjas.

För att det ska framstå som motiverat att i detta syfte utföra en straffbelagd gärning bör det till att börja med krävas att den utred-

ning inom ramen för vilken infiltrationsåtgärden vidtas avser brottslighet som det är särskilt angeläget att utreda eller förebygga. Möjligheten att begå straffbelagda gärningar bör därför, liksom möjligheten att använda provokativa åtgärder, uttryckligen begränsas till att gälla förundersökning avseende allvarlig brottslighet eller undersökning för att förebygga, förhindra eller upptäcka sådan brottslighet. En sådan begränsning är emellertid i sig knappast särskilt dramatisk eftersom infiltrationsverksamhet inte torde förekomma vid brottslighet som inte kan betecknas som allvarlig.

Eftersom utförandet av den straffbelagda gärningen inte syftar till att skydda utredningen i allmänhet utan till att skydda en pågående infiltrationsoperation bör vidare uppställas ett krav på att infiltrationsoperationen som sådan är av synnerlig vikt för utredningen eller undersökningen, dvs. ett krav på att den åtgärd som skyddas genom att infiltratören begår en straffbelagd gärning i sig är påtagligt värdefull för den ifrågavarande förundersökningen eller underrätelseverksamheten. Om t.ex. en förundersökning visserligen avser allvarlig brottslighet men infiltrationsåtgärden inte är av påtaglig betydelse för utredningen kan det alltså inte anses finnas skäl att tillåta utförandet av annars brottsliga gärningar.

Genom de nu nämnda kraven säkerställs att utförandet av annars straffbelagda gärningar kan vidtas endast när detta är särskilt angeläget från brottsbekämpningssynpunkt.

För att det inom ramen för den brottsbekämpande verksamheten ska vara rimligt att tillåta utförandet av en annars brottslig gärning bör emellertid inte bara krävas att gärningen vidtas för ett angeläget ändamål, utan också att inga motstående intressen av enskild eller allmän natur gör sig gällande med sådan tyngd att man ändå bör avstå från gärningen. Det bör följaktligen uppställas ett proportionalitetskrav. För att säkerställa att annars brottsliga gärningar tillåts endast då det är motiverat – och med beaktande av att förslagen i denna del innebär ett avsteg från den grundläggande principen att polisen aldrig får begå kriminaliserade gärningar för att utreda eller efterforska brott – bör detta proportionalitetskrav förenas med ett uppenbarhetsrequisit, dvs. för att en annars brottslig gärning ska få utföras bör fordras att det är uppenbart att skälen för att utföra gärningen uppväger det men som den kan innebära för motstående intressen.

Vid denna bedömning kan generellt säga att det förhållandet att en gärning kan bedömas komma att ha ett högt straffvärde bör anses tala emot att tillstånd ges att begå gärningen. Några mer absoluta

gränser bör dock inte uppställas eftersom också andra faktorer kan ha mycket stor betydelse.

Sålunda bör det spela en betydande roll huruvida gärningen enbart innefattar abstrakta eller presumerade risker för ett intresseintrång (som exempel kan nämnas gärningarna att ta befattning med stöldgods eller narkotika) eller om den innefattar ett fullbordat intresseintrång eller konkret fara för ett sådant intresseintrång (jfr t.ex. att ta egendom från någon, att utsätta någon för konkret fara för kroppsskada etc.). Om gärningen inte innefattar något intresseintrång innebär detta att utrymmet för att tillåta den ökar. I normalfallet finns det naturligtvis en korrelation mellan en gärnings straffvärde och huruvida den innefattar ett intresseintrång. I vissa fall kan emellertid också gärningar som inte innefattar något konkret intresseintrång ha ett betydande straffvärde (jfr t.ex. ett narkotikabrott som avser tillfällig förvaring).

I sammanhanget bör också kunna beaktas huruvida det intresseintrånget är oåterkalleligt eller reversibelt (såsom fallet kan vara med vissa egendomsbrott). Det bör också spela en betydande roll i vilken utsträckning gärningen blott bidrar till intresseintrång som i huvudsak uppkommer på grundval av andras gärningar eller om gärningen självständigt bidrar till intresseintrånget (jfr t.ex. gärningen att ta befattning med redan tillgänglig narkotika och gärningen att bidra till själva smugglingen).

Uppenbarhetskravet innebär att skälen för att tillåta gärningen ska vara synnerligen starka för att gärningen ska kunna tillåtas. I sammanhanget kan erinras om att det enligt nödbestämmelsen – som uppställer ett rakt försvarlighetsrekvisit – krävs att gärningen är påkallad av ett intresse av betydligt större vikt än det som offras.

6.4.4 Sanktionsavgifter

Förslag: Ett tillstånd att utföra en straffbelagd gärning ska kunna omfatta också tillstånd att utföra gärningar som kan föranleda sanktionsavgift.

Sanktionsavgifter kan sägas vara ett slags administrativ sanktion som i det svenska rättssystemet förekommer vid sidan om de straff och påföljder som faller inom det straffrättsliga systemet. Fråga kan t.ex. vara om avgifter som ska betalas vid överträdelse av regler om bygg-

lov och om avgifter som tas ut vid olika typer av miljörättsliga överträdelser.

Även om de olika typerna av sanktionsavgifter inte är samordnade i ett system motsvarande det straffrättsliga – sanktionsavgifter regleras på delvis olika sätt – används beteckningen sanktionsavgifter numera som ett samlingsnamn för de olika avgifterna (se t.ex. 9 kap. 9 § inkomstskattelagen 1999:1229).

Om man ställer sanktionsavgifterna i relation till straff och påföljder inom det straffrättsliga systemet kan fråga sägas vara om en typ av sanktioner som ligger på en lägre nivå än de sanktioner som hör till straffsystemet. Om man tillåter polisen att föröva straffbelagda gärningar är det därför rimligt att ett tillstånd även ska omfatta gärningar som är belagda med en sanktionsavgift. Det bör därför föreskrivas att ett tillstånd kan avse också gärningar som kan föranleda sanktionsavgift. Regleringen bör omfatta både den situationen att gärningen kan föranleda såväl straffrättslig påföljd som sanktionsavgift och den situationen att gärningen endast kan föranleda sanktionsavgift.

6.4.5 Vem ska kunna få tillstånd?

Förslag: Tillstånd att begå annars brottsliga gärningar ska kunna ges till polisen och Säkerhetspolisen.

De ovanstående övervägandena har utgått ifrån att det är polisen, inklusive Säkerhetspolisen, som bör kunna ges tillstånd att föröva en annars brottslig gärning. I dag är det i princip endast inom ramen för polisens verksamhet som infiltrationsoperationer förekommer.

Det skulle emellertid kunna övervägas om inte också Tullverket bör kunna ges tillstånd att begå annars brottsliga gärningar.

Tullverket har rätt att inleda förundersökning och verksamheten är i stor utsträckning inriktad på grov organiserad brottslighet i form av smuggling av narkotika, alkohol och cigaretter. Inom Tullkriminalavdelningarna i Stockholm, Göteborg, Malmö och Karlshamn finns resurser för spaning, brottsutredning och analys. Tullverkets brottsbekämpning har en enhet för kommunikationskontroll där man bedriver televlyssning. Vid särskilda funktioner inom tullkriminalavdelningarna bedrivs informatörshantering som är inriktad på att

bekämpa organiserad brottslighet inom myndighetens ansvarsområde.

Inom brottsbekämpningen har Tullverket vidare en lång tradition av internationellt samarbete, genom bilaterala tullsamarbetsavtal och sedermera med Olaf och Europol. Nationellt deltar Tullverket i regeringens särskilda satsning mot den grova organiserade brottsligheten (s.k. GOB-samverkan).

Särskilt mot bakgrund av att Tullverket har befogenheter som i många avseenden påminner om polisens samt med hänsyn till att Tullverket intar en viktig roll i samarbetet mot den grova organiserade brottsligheten skulle kunna argumenteras för att det vore olyckligt om möjligheten att begå annars brottsliga gärningar inskränktes till att gälla polisen.

I sammanhanget bör emellertid också beaktas att Tullverket idag inte bedriver någon egentlig infiltrationsverksamhet. Det kan därför framstå som obefogat att i detta sammanhang föreslå att Tullverket ska ges en självständig rätt att ansöka om tillstånd att begå annars brottsliga gärningar. Eftersom Tullverkets personal deltar i gemensamma operationer tillsammans med polisen bör emellertid Tullverkets personal kunna biträda polisen på ett mer långtgående sätt än privatpersoner.

I vilken utsträckning det bör vara tillåtet att i detta sammanhang använda personer som inte är polismän eller annars tjänstemän knutna till de brottsbekämpande myndigheterna diskuteras i avsnitt 8 nedan.

6.4.6 Vem ska pröva frågor om tillstånd?

Förslag: Beslut om tillstånd fattas av rätten på ansökan av åklagare om frågan aktualiseras inom ramen för en förundersökning. Inom ramen för underrättelseverksamhet fattas beslut om tillstånd av Nämnden på ansökan av polismyndigheten.

Frågan om vem som ska ge tillstånd att begå annars brottsliga gärningar ställer sig olika beroende på om infiltrationsåtgärden vidtas inom ramen för en förundersökning eller inom ramen för underrättelseverksamhet.

Enligt utredningens mening är det emellertid i båda fallen uppenbart att beslut om tillstånd att begå annars brottsliga gärningar inte

bör kunna fattas inom ramen för polisens egen organisation. Både av legitimitets- och kontrollskäl måste det bli fråga om ett externt beslut. Med hänsyn till att det är fråga om ett undantag från en allmänt accepterad grundsats för polisarbete finns vidare skäl att förlägga beslutanderätten på en hög nivå.

Eftersom det är fråga om en åtgärd som tidigare inte funnits reglerad i svensk rätt finns det ingen direkt jämförbar lagstiftning som är naturlig att använda som modell i detta sammanhang.

När det gäller en infiltrationsåtgärd som sker inom ramen för en förundersökning framstår det emellertid enligt utredningens mening som naturligt att frågan om tillstånd prövas av rätten på ansökan av åklagaren. Detta innebär att frågan om rätt att utföra vad som annars skulle utgöra en brottslig gärning kommer att hanteras på samma nivå som t.ex. en fråga om hemlig teleavlyssning eller hemlig teleövervakning.

Att lägga bedömningen i domstol framstår vidare som lämpligt med hänsyn till de utpräglade rättsliga bedömningar som ska göras. Prövningen av om tillstånd ska meddelas förutsätter en bedömning antingen av den sannolika påföljden eller av tillämpligheten av 23 kap. 5 § BrB. Vidare förutsätts att det görs en kvalificerad proportionalitetsprövning i linje med vad som ovan utvecklats.

När det gäller infiltrationsoperationer utanför förundersöknings-situationen framstår det emellertid, med hänsyn till underrättelseverksamhetens karaktär, som olämpligt att lägga beslutanderätten på domstol eller åklagare. I sammanhanget kan hänvisas både till att de bedömningar som ska göras har en mer framåtblickande karaktär än de som normalt ligger på en domstol att göra, dels att det finns goda skäl att inte ge åklagare beslutsfunktioner inom ramen för underrättelseverksamheten hos polisen (jfr bl.a. SOU 2009:1 s. 130 f.). I linje med vad som föreslås gällande provocativa åtgärder inom ramen för Säkerhetspolisens underrättelseverksamhet bör istället gälla att beslut om tillstånd på underrättelsestadiet fattas av Nämnden, se vidare om Nämnden i avsnitt 12.1.

6.4.7 Hur ska ett tillstånd utformas?

Förslag: Ett tillstånd ska innehålla uppgift om vilken operation och vilka gärningar som tillståndet avser, under vilken tid tillståndet gäller samt de övriga begränsningar och villkor som är behövliga. Ett tillstånd ska kunna gälla för tre månaders tid.

Hur ett tillståndssystem i praktiken kommer att fungera beror i mycket stor utsträckning på hur tillstånden ska utformas.

Härvid är det nödvändigt att finna en balans mellan intresset av att så noggrant som möjligt avgränsa rätten att begå annars brottsliga gärningar å den ena sidan och intresset av att inte göra tillståndet så detaljerat att det i praktiken blir oanvändbart å andra sidan. Det är också viktigt att tillståndssystemet utformas på ett sådant sätt att det finns förutsättningar för en reell prövning av tillståndsfrågan.

Enligt utredningens mening bör därför krävas att en ansökan om tillstånd avser vissa typer av gärningar som specificeras åtminstone genom angivande av det eller de lagrum (dvs. de straffbestämmelser) som är aktuella. Om möjligt bör, särskilt när den ifrågavarande straffbestämmelsen omfattar många olika gärningstyper, anges vilken typ av gärningar som avses. Fråga skulle t.ex. kunna vara om en ansökan om tillstånd att under infiltrationsoperationen begå gärningar enligt 29 § första stycket 1 livsmedelslagen (2006:804), dvs. en ansökan om tillstånd att bryta mot normer om handel, märkning, presentation etc. avseende livsmedel.

Vid ansökningar som gäller gärningar som skulle kunna bedömas som medverkan i mindre mån ska även anges vilken typ av brott som medhjälpen avses relatera till samt vilken typ av medverkan som kan förutses. Ett exempel skulle kunna vara att en ansökan kan avse tillstånd att, inom ramen för infiltrationsoperationen, bistå med transport, packning och förvaring av narkotika som personer i den infiltrerade miljön hanterar.

Det kan givetvis heller inte krävas att det anges exakt när gärningarna ska vidtas. Istället bör vara tillräckligt att tillståndet begränsas till att gälla en viss tidsperiod som förslagsvis bör kunna vara tre månader.

Tiden har valts med hänsyn till att infiltrationsoperationer regelmässigt pågår under längre tid. Det framstår därför inte som ändamålsenligt att i lagtext föreskriva en kortare tillståndstid än tre

månader. Det finns inget som hindrar att domstolen eller Nämnden sätter tiden för tillståndet till en kortare tid.

Den tidsmässiga begränsningen av tillståndets längd hindrar givetvis inte att tillstånd ges på nytt. Tvärtom får antas att operationer som sträcker sig över längre perioder än tre månader inte kommer att bli ovanliga.

Av ansökan bör framgå vilken tid som ansökan avser liksom vilken operation som den avser.

De moment som bör tas upp i ansökan bör sedan återspeglas i tillståndet.

I syfte att minimera riskerna för att de gärningar som tillåts skulle kunna skada allmänna eller enskilda intressen bör domstolen vidare kunna ange de villkor och begränsningar som framstår som nödvändiga. Dylika begränsningar kan t.ex. ställas upp för att klargöra vilken typ av medverkan till annars brottslighet som ett visst tillstånd omfattar. Exempelvis kan klargöras att tillståndet inte omfattar medhjälp till gärningar vilka innebär att ett parti narkotika kommer utom kontroll.

Enligt utredningens mening bör av ett tillstånd sammanfattningsvis framgå

- vilken operation tillståndet gäller,
- vilka gärningar som tillståndet omfattar (under angivande av lagrum),
- under vilken tid tillståndet ska gälla, samt
- de övriga begränsningar och villkor som domstolen finner det nödvändigt att ställa upp.

6.4.8 Regleringens karaktär

Förslag: En gärning som begås med stöd av ett tillstånd ska anses som tillåten.

Som ovan framhållits finns det en lång rad regler och grundsatser som innebär att en person kan begå straffbelagda gärningar utan att detta föranleder straffrättsligt ansvar. I sammanhanget kan hänvisas till regler om nödvärn och nöd (24 kap. 1 och 4 §§ BrB), till reglerna om polisens våldsanvändning (se 10 § polislagen) samt till regler om s.k. excess och straffrättsvillfarelse (24 kap. 6 och 9 §§ BrB).

Vad gäller dylika undantagsregler måste man skilja mellan å ena sidan regler som gör gärningen tillåten eller rättfärdigad (dylika regler kallas ibland för objektiva ansvarsfrihetsgrunder) och å andra sidan regler som visserligen inte gör gärningen tillåten, men som innebär att gärningsmannen kan ursäktas för att ha begått en otillåten gärning (ibland kallade subjektiva ansvarsfrihetsgrunder).

Den förstnämnda typen av regler bygger i grunden alltid på förekomsten av en intressekonflikt. Man kan uttrycka det så att det intresseintrång som den annars brottsliga gärningen innebär godtas med hänsyn till att det krävs för att skydda eller främja andra och viktigare intressen. När någon gått vilse på fjället och i ett akut läge bryter sig in i ett hus för att söka skydd godtas således intrånget i hemfridsintresset med hänvisning till det starkare intresset av att skydda liv och hälsa. I exemplet är fråga om en negativ intressekonflikt: intrånget i hemfridsintresset godtas med hänsyn till intresset av att undvika ett intrång i ett annat och viktigare intresse. I andra fall har intressekonflikten en positiv karaktär. Intrång i ett skyddat intresse medges då, inte för att undvika skada på ett annat intresse, utan för att möjliggöra viss verksamhet som från samhälls synpunkt är värdefull. Fråga kan t.ex. vara om regler som tillåter polisen att använda våld för att genomföra en tjänsteåtgärd, regler som tillåter kriminalvården att låsa in intagna, kronofogdemyndigheten att ta egendom från personer osv.

De ursäktande undantagsreglerna innebär – till skillnad från dem som gör gärningen tillåten eller rättfärdigad – inte att gärningen godtas, utan att gärningsmannen av någon anledning (t.ex. på grund av att personen agerat när han eller hon varit utsatt för ett allvarligt brottsligt angrepp och därför inte kunnat besinna sig) inte anses kunna hållas ansvarig för att ha utfört en otillåten gärning.

Om man, på sätt som föreslås i detta betänkande, ger polisen tillåtelse att inom ramen för en infiltrationsoperation begå annars brottsliga gärningar är det tydligt att fråga är om en undantagsregel som rättfärdigar gärningen, dvs. gör gärningen tillåten. Fråga är inte om att ursäkta gärningsmannen för att han eller hon har utfört en gärning som inte är godtagbar, utan om att under vissa förutsättningar göra det annars otillåtna tillåtet.

En konsekvens av detta är att den av infiltratören vidtagna gärningen inte heller kan ligga till grund för ansvar för någon annan. Om en infiltratör sålunda, med stöd av ett tillstånd, begår en gärning som innefattar medhjälp (medverkan i mindre mån) i förhållande till en annan persons brottslighet kan infiltratörens medhjälpshand-

ling i sig inte ligga grund för ansvar för medhjälp eller anstiftan för någon tredje person. Detta följer av att infiltratörens gärning är tillåten eller rättfärdigad och därför inte utgör en gärning till vilken medverkan är möjlig (medverkan till en tillåten gärning är i sig tillåten). Den tredje personens gärning kan ju emellertid vara självständigt straffbelagd eller innefatta medhjälp eller anstiftan i förhållande till huvudgärningsmannens brottslighet. Motsvarande gäller om en infiltratör med stöd av ett tillstånd i gärningsmannaskap begår en straffbelagd gärning enligt t.ex. livsmedelslagstiftningen, dvs. för ansvar för en annan person som bistår infiltratören fordras antingen att dennes gärning är självständigt straffbelagd eller innefattar medhjälp (eller anstiftan) till någon annan persons brottslighet.

6.4.9 En kompletterande ansvarsfrihetsregel

Förslag: Till systemet med förhandstillstånd ska kopplas en ansvarsfrihetsregel av innebörd att en gärning som uppfyller de allmänna kraven i 1 § och är direkt jämförbar med de gärningar som tillståndet avser inte ska föranleda ansvar.

För att ett tillståndssystem ska vara meningsfullt fordras att de gärningar som tillståndet ska avse preciseras i viss utsträckning. Som ovan framhållits bör krävas att det anges vilka lagrum tillståndet avser samt att de ytterligare villkor och begränsningar som är motiverade ställs upp. Eftersom en infiltrationsoperation alltid är i viss mån dynamisk, dvs. utvecklas under operationens gång, är det emellertid möjligt att de gärningar som avses i tillståndet inte längre är aktuella och att förövandets av andra gärningar istället aktualiseras.

Som huvudregel bör åklagaren då häva tillståndet (se den föreslagna bestämmelsen som innebär att ett tillstånd ska hävas om det inte längre finns skäl för åtgärden) och ansöka om ett nytt tillstånd avseende dessa nu aktuella gärningar. Det är emellertid inte självklart att detta alltid låter sig göras på den tid som står till buds.

Om gärningen i ett sådant fall förövas utan att tillstånd har hunnit sökas kan det emellertid framstå som mycket formalistiskt om detta innebär att gärningen skulle föranleda ansvar också i sådana fall där denna är direkt jämförbar med de gärningar som omfattas av tillståndet.

Med hänsyn härtill finns det, enligt utredningens mening, skäl att överväga en kompletterande ansvarsfrihetsregel som tar sin utgångspunkt i de i tillståndet angivna gärningarna.

En fördel med en sådan ansvarsfrihetsregel är att den – genom sin anknytning till tillståndet – kommer att ange betydligt klarare hållpunkter för bedömningen än en generell ansvarsfrihetsregel som står på helt egna ben. Fråga blir inte om en allmän intresseavvägning, utan om en bedömning som tar sin utgångspunkt i de gärningar som från början tillåtits.

En annan fördel är att man genom att komplettera med en ansvarsfrihetsregel av denna art gör det möjligt att upprätthålla viss precision avseende de gärningar som avses i tillståndet.

Det bör framhållas att existensen av en kompletterande ansvarsfrihetsregel av här diskuterat slag inte utesluter att bestämmelsen om nöd i 24 kap. 4 § BrB kan vara att tillämpa i vissa extrema fall (jfr ovan avsnitt 5.1.3 sista stycket innan rubriken *Allvarlig brottslighet, synnerlig vikt m.m.*).

Situationer i vilka en polisman inom ramen för en infiltrationsoperation har begått en annars straffbelagd gärning ska naturligtvis alltid dokumenteras. Om gärningen ligger utanför ett erhållet tillstånd och det inte är uppenbart att den är tillåten enligt den här behandlade ansvarsfrihetsregeln bör gärningen hanteras inom det vanliga systemet för brottsmisstankar mot polismän.

6.4.10 Övergång från underrättelseverksamhet till förundersökning

Bedömning: Det behövs inga särskilda regler om vad som gäller när en infiltrationsoperation inom ramen för underrättelseverksamhet övergår eller mynnar ut i en förundersökning. Ett beslut fattat på underrättelsestadiet bör gälla till dess att tiden för beslutet går ut eller det annars hävs.

Det är tänkbart att det meddelas tillstånd att begå vissa annars brottsliga gärningar inom ramen för de brottsbekämpande myndigheternas underrättelseverksamhet och att denna senare övergår, eller mynnar ut, i en förundersökning avseende viss brottslighet. Frågan uppstår då hur man ska se på relationen mellan ett tillstånd givet i underrättelseverksamhet och den senare förundersökningen.

Utgångspunkten är att ett beslut om att tillåta annars brottsliga gärningar bör gälla till dess att tiden för tillståndet löper ut eller det annars hävs.

Detta innebär, enligt utredningens bedömning, att det så länge infiltrationsoperationen är pågående och tiden för tillstånd löper inte kan anses finnas något behov av att fatta ett nytt beslut enbart på den grunden att infiltrationsoperationen nu delvis rör sig inom ramen för en förundersökning. Det först fattade beslutet bör, som ovan nämnts, fortsatt gälla till dess att tiden för beslutet löper ut eller det hävs. Däremot bör åklagaren omedelbart informeras om att infiltrationsoperationen pågår samt om det beslut varigenom infiltratören givits rätt att begå annars brottsliga gärningar. Om en infiltrationsoperation övergår från underrättelseverksamhet till förundersökning har åklagaren en rätt och skyldighet att häva ett beslut som inte längre bör gälla. Om infiltrationsoperationen i en sådan situation delvis ska fortsätta inom underrättelseverksamheten avser åklagarens hävningsbeslut endast den del av operationen som ryms inom förundersökningen.

Eftersom utrymmet för att vidta annars brottsliga gärningar, enligt vad som här föreslås, är större under förundersökning än vid underrättelseverksamhet kan det emellertid, i syfte att vidga möjligheterna att begå annars brottsliga gärningar, finnas skäl för åklagaren att ansöka hos rätten om tillstånd avseende förundersökningen.

Utredningen kan inte se några avgörande invändningar mot en ordning enligt vilken de båda tillstånden kan löpa parallellt. Det bör följaktligen inte, på den grunden att ett tillstånd avseende underrättelseverksamhet redan har beslutats, anses föreligga något hinder mot att ett tillstånd ges till följd av en ansökan under förundersökning.

Med utgångspunkt i dessa bedömningar kan det inte anses finnas behov av några särskilda regler som tar sikte på relationen mellan tillstånd inom ramen för underrättelseverksamhet och tillstånd inom ramen för förundersökning.

6.4.11 Tillsyn

Förslag: Särskild tillsyn i form av efterhandskontroll över användningen av möjligheten att begå gärningar som annars hade varit brottsliga är nödvändig. Tillsynen bör skötas av Säkerhets- och integritetsskyddsnämnden.

Som redan tidigare har framhållits ger möjligheten att föröva annars brottsliga gärningar anledning att överväga att införa en särskild extern tillsyn.

Det kan visserligen sägas att systemet med tillstånd i sig innefattar viss tillsyn och kontroll över verksamheten, men en tillsyn i efterhand, dvs. tillsyn sedan gärningar som annars varit brottsliga väl har förövats, framstår vid sidan om nyss nämnda förhandskontroll som angelägen.

Uppgiften att utöva sådan tillsyn bör läggas på det organ som redan inrättats för tillsyn av detta slag, nämligen Säkerhets- och integritetsskyddsnämnden, se vidare avsnitt 12.5.

7 Tvångsmedelsliknande åtgärder

7.1 Bakgrund

7.1.1 Uppdraget

Varje medborgare är enligt regeringsformen skyddad mot olika slag av intrång från det allmänna. Skyddet får inskränkas men endast under vissa i regeringsformen angivna förutsättningar. Bestämmelserna om husrannsakan och andra straffprocessuella tvångsmedel utgör exempel på sådana inskränkningar. En infiltrationsoperation i underrättelsesyfte eller inom ramen för en förundersökning utgör i och för sig inte ett sådant intrång som avses i regeringsformen. Infiltrationen kan emellertid ge upphov till effekter som står effekterna av straffprocessuella tvångsmedel nära. Det sammanhänger med att de polismän som deltar i infiltrationen döljer att de är poliser och uppträder under fiktiva identiteter eller i antagna roller. Det kan t.ex. inträffa att en polisman som har infiltrerat en kriminell gruppering i samband med operationen blir inbjuden till en bostad och det står klart att inbjudan aldrig hade lämnats om polismannens rätta identitet hade varit känd. Situationen kan då – i synnerhet om polismannen antar inbjudan i syfte att skaffa sig kunskap om förhållandena inne i bostaden – komma att likna situationen vid en husrannsakan. Ett annat exempel är att en polisman i samband med en infiltration får tillgång till föremål som han eller hon inte hade fått tillgång till om hans eller hennes rätta identitet hade varit känd. Den situationen kan uppvisa vissa likheter med beslag.

I andra länder har det införts särskilda bestämmelser för situationer av detta slag. I svensk rätt saknas sådana särskilda regler såväl när infiltration företas inom ramen för förundersökningar om brott som när den sker inom ramen för polisens underrättelseverksamhet.

I utredningens uppdrag ingår därför att

- inhämta information om vad som i detta avseende gäller i övriga nordiska länder samt andra länder som bedöms vara relevanta för utredningsuppdraget,
- överväga förutsättningarna för att i samband med infiltrationsoperationer vidta åtgärder som i polisens vanliga verksamhet skulle ha krävt ett beslut om användande av tvångsmedel,
- överväga rätts säkerhets- och integritetsskyddsfrågor, bl.a. vem som bör fatta beslut om åtgärderna i olika situationer, och
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

7.1.2 Gällande rätt

Rättegångsbalkens regler om husrannsakan i brottsutredande syfte

Bestämmelser om husrannsakan i brottsutredande syfte finns i 28 kap. RB. En genomgång av dessa bestämmelser finns bl.a. i SOU 2003:74 s. 203 ff.

Husrannsakan innefattar en undersökning av hus, rum eller annat slutet förvaringsställe. Med hus avses inte bara bostadshus utan även andra byggnader, såsom ekonomi- och uthusbyggnader samt fabriker och magasin. Begreppet rum omfattar förutom bostadsrum även kontors- och lagerlokaler och till slutet förvaringsställe räknas t.ex. en stängd bil och ett kassafack i en bank.

En husrannsakan kan vara reell eller personell. En reell husrannsakan får enligt 28 kap. 1 § RB företas för eftersökande av föremål som är underkastade beslag eller annars för att utröna omständigheter som kan få betydelse för utredningen av ett brott eller om förverkande av utbyte av brottslig verksamhet. För sådan husrannsakan fordras att det finns anledning att anta att ett brott har förövats på vilket fängelse kan följa. Hos annan än den som skäligen kan misstänkas för brottet får husrannsakan företas i särskilda fall, nämligen om brottet har begåtts hos honom eller henne, om den misstänkte har gripits där, eller om det annars finns synnerlig anledning att det vid åtgärden ska anträffas föremål som kan tas i beslag eller i förvar eller att annan utredning om brottet eller om förverkande av utbyte av brottslig verksamhet kan vinnas.

För husrannsakan hos den misstänkte får inte i något fall åberopas hans eller hennes samtycke, om inte den misstänkte själv har begärt att åtgärden ska vidtas.

En personell husrannsakan får enligt 28 kap. 2 och 2 a §§ RB företas då polis söker efter en person oavsett brottets svårhetsgrad. Syftet ska vara att eftersöka den som ska gripas, anhållas eller häktas, hämtas till förhör, inställas vid rätten eller underkastas kroppsvisitation eller kroppsbesiktning. Husrannsakan får också genomföras för att söka en tilltalad för delgivning av stämning eller kallelse till förhandling i vissa fall. Husrannsakan får genomföras hos den som eftersöks. Den får även genomföras hos annan under förutsättning att det finns synnerlig anledning att anta att den sökte uppehåller sig där. I vissa fall av särskilt allvarlig brottslighet gäller särskilda regler för personell husrannsakan.

I 28 kap. 3 § första stycket RB finns en särskild regel om husrannsakan i bl.a. "lägenhet som är tillgänglig för allmänheten", t.ex. de öppna utrymmena i butiker, restauranger, kaféer samt teater- och biograflokaler. I sådana utrymmen får husrannsakan företas utan speciella villkor men endast för de ändamål som sägs i 28 kap. 1 och 2 §§ RB.

Bestämmelserna i 28 kap. 3 § andra stycket RB innebär att husrannsakan i vissa fall får genomföras i lokaler som brukar användas gemensamt av personer som kan antas ägna sig åt brottslig verksamhet och i utrymmen och fordon som finns i omedelbar anslutning till en sådan lokal. Det krävs att det förekommer anledning att brott har förövats för vilket det är föreskrivet fängelse ett år eller däröver och att det finns särskild anledning att anta att ändamålet med husrannsakan kommer att uppfyllas. Det är just bara för de ändamål som avses i 28 kap. 1 och 2 §§ RB som husrannsakan får genomföras. Ett annat krav är att lokalen inte huvudsakligen utgör bostad.

Reglerna i 28 kap. 3 § RB kom till år 1999 och hade som övergripande motiv att öka möjligheterna att ingripa mot vissa mc-klubbar och andra grupperingar, t.ex. vissa rasistiska sammanslutningar. Husrannsakan är alltså möjlig att i detta sammanhang genomföra även hos annan än den som är skäligen misstänkt för ett brott. Att de personer som använder lokalen ska antas ägna sig åt brottslig verksamhet innebär att misstankarna måste avse såväl verksamheten som sådan som vilka personer som ägnar sig åt den. Det framhålls i motiven att detta dock inte innebär någon särskilt hög tröskel (se prop. 1997/98:181 s. 48).

Enligt 28 kap. 10 § RB får det för samma ändamål som följer av 28 kap. 1 och 2 §§ RB företas annan undersökning på andra ställen än som avses i 28 kap. 1 § RB, även om ett sådant ställe inte är tillgängligt för allmänheten. Åtgärden är inte att betrakta som en husrannsakan och undersökningen får avse t.ex. gårdsplaner, fabriksområden, brädgårdar och byggnadsplatser (se Fitger, Rättegångsbalken. En kommentar på Internet, under 28 kap. 10 §).

Förordnande om husrannsakan meddelas av undersökningsledaren, åklagaren eller rätten (28 kap. 4 § första stycket RB). Förordnande för delgivning ska alltid meddelas av rätten. Rätten bör också enligt bestämmelsen förordna om husrannsakan när den kan antas bli av stor omfattning eller medföra synnerlig olägenhet för den hos vilken åtgärden vidtas. Vid fara i dröjsmål får polisman enligt 28 kap. 5 § RB företas husrannsakan även utan beslut från behörig befattningshavare. Enligt 28 kap. 9 § RB ska det föras protokoll över husrannsakan där bl.a. ändamålet med åtgärden ska anges.

Beslut om annan undersökning enligt 28 kap. 10 § RB meddelas av undersökningsledaren, åklagaren eller av polisman (utan att det behöver vara fråga om fara i dröjsmål).

Polislagens regler om särskilda befogenheter till husrannsakan och liknande åtgärder

För att söka efter en person som med laga stöd ska omhändertas får en polisman enligt 20 § polislagen bereda sig tillträde till den eftersöktes bostad eller till annat hus, rum eller ställe. Polismannen får också göra motsvarande för att undsätta en hjälplös person enligt 21 § polislagen.

I den skyddande och förebyggande verksamheten har en polisman befogenheter enligt 23 § polislagen. Befogenheterna får utövas när av särskilda skäl risk kan anses föreligga att något brott, som innebär allvarlig fara för liv eller hälsa eller för omfattande förstörelse av egendom, kommer att förövas på en viss plats. En polisman får då i syfte att avvärja brottet eller bereda skydd mot detta

1. bereda sig tillträde till ett hus, rum eller annat ställe för att söka efter sprängmedel, vapen eller något annat farligt föremål,

2. avstänga, utrymma eller förbjuda tillträde till ett hus, rum eller annat ställe, meddela förbud mot flyttande av visst föremål eller mot trafik med visst kommunikationsmedel eller vidta någon annan sådan åtgärd.

Föreligger allvarlig risk för den aktuella typen av brott får en polisman för att söka efter ett farligt föremål även kroppsvisitera personer som uppehåller sig på platsen. En åtgärd som avses i denna paragraf får endast om fara är i dröjsmål vidtas utan föregående beslut av polismyndigheten.

Genom bestämmelser i 29 § polislagen utvidgas rätten att använda lagligt våld utöver vad som föreskrivs i 10 § samma lag för polismän. Det gäller t.ex. tjänstemän vid Tullverket eller Kustbevakningen och enskilda vid s.k. envarsgripanden.

Beslag

Bestämmelser om beslag finns främst i 27 kap. RB. För en utförlig genomgång av dessa bestämmelser, se Lindberg, Gunnel, Straffprocessuella tvångsmedel, 2 uppl., s. 371 ff. (jfr SOU 2003:74 s. 215 ff.). Enligt huvudregeln i 27 kap. 1 § RB får föremål tas i beslag, om de skäligen kan antas äga betydelse för utredning om brott eller vara någon avhänt genom brott eller på grund av brott förverkat. Detsamma gäller föremål som skäligen kan antas ha betydelse för utredning om förverkande av utbyte av brottslig verksamhet. Vad som sägs om föremål gäller i princip även skriftliga handlingar, men i 27 kap. 2 och 3 §§ RB finns specialregler om beslag av sådana handlingar, brev, telegram och annan försändelse.

Frågan om vem som får besluta om beslag regleras i 27 kap. 4 § RB. Ett beslag avser normalt föremål som påträffas i samband med att en annan tvångsåtgärd vidtas, som gripande, anhållande, husrannsakan, kroppsvisitation eller kroppsbesiktning. Den som med laga rätt genomför den åtgärden har också rätt att då ta föremål i beslag. I annat fall fattas beslutet av undersökningsledaren eller åklagaren och, vid fara i dröjsmål, av polisman, tulltjänsteman eller tjänsteman vid Kustbevakningen (beträffande det sistnämnda, se 22 § lagen [2000:1225] om straff för smuggling).

I 27 kap. 5 § RB finns bestämmelser om att domstol under vissa förhållanden kan förordna om beslag. Om ett beslag har verkställts utan rättens förordnande kan den som har drabbats av beslaget be-

gära rättens prövning av åtgärden (27 kap. 6 § RB). När domstolen förordnar om beslag eller fastställer ett verkställt beslag, ska rätten också bestämma en tid inom vilken åtal ska väckas (27 kap. 7 § RB). Före år 1995 skulle åtal mer allmänt väckas inom en viss tid när polis och åklagare beslutade om beslag. Anledningen till att bestämmelserna om detta upphävdes var att det från rättssäkerhets-synpunkt ansågs tillräckligt att den som har drabbats av ett beslag har möjlighet att begära rättens prövning och genom en sådan begäran framtvunga en längsta frist för väckande av åtal (se prop. 1994/95:23 s. 115 och Fitger, Rättegångsbalken s. 27:18).

Om en försändelse som kan tas i beslag väntas komma in till ett beforderingsföretag, kan rätten med stöd av 27 kap. 9 § RB på yrkande av undersökningsledaren eller åklagaren förordna att försändelsen ska hållas kvar på beforderingsföretaget till dess frågan om beslag har avgjorts. Om en sådan försändelse har tagits i beslag ska mottagaren och eventuellt avsändaren underrättas om beslaget så snart det kan ske utan men för utredningen.

Underrättelse om beslag av andra föremål än sådana försändelser ska alltid utan dröjsmål lämnas till den från vilken beslaget sker.

Regeln om att den som berörs av ett beslag ska underrättas om åtgärden syftar framför allt till att ge den berörde möjlighet att i bevaka sin rätt, t.ex. genom att begära rättens prövning av beslaget. Därför är det å ena sidan viktigt att underrättelsen lämnas så snart som möjligt. Å andra sidan kan en underrättelse vara till men för utredningen. Avvägningen mellan effektivitets- och integritetsintressen har lett till att underrättelse om beslag som huvudregel ska lämnas utan dröjsmål. Då det gäller beslag av framför allt försändelser har det emellertid ansetts att man i vissa fall bör kunna avvakta med underrättelsen för att inte syftet med åtgärden ska omintetgöras, t.ex. vid kontrollerad leverans.

I princip kan frågan om beslagets bestånd komma under rättens prövning endast på begäran av den som har drabbats av beslaget. För att denne ska kunna utnyttja möjligheten att begära rättens prövning, måste det ske en underrättelse om beslaget. Även om underrättelsen kan utformas på ett sådant sätt att man inte lämnar ut mer information än vad som behövs för att den som har drabbats av beslaget ska kunna ta till vara sin rätt, kan en omedelbar underrättelse ändå ibland vara till skada för utredningen (se SOU 1995:47 s. 424 ff.). Blotta vetskapen hos en misstänkt eller annan om att det har skett en tvångsåtgärd från de brottsutredande myndigheternas sida kan alltså vara till skada för den fortsatta utredningen.

Sedan den 1 juli 2008 finns även en möjlighet att ta i beslag föremål som skäligen kan antas ha betydelse för utredning om förverkande av utbyte av brottslig verksamhet. Denna möjlighet framgår av 27 kap. 1 § första stycket andra meningen RB.

7.2 Internationell utblick

7.2.1 Danmark

I Danmark finns inga särskilda regler om tillträde till privata rum eller beslag i samband med infiltrationsoperationer. Om ett föremål ska tas i beslag i samband med en infiltrationsoperation tillämpas vanliga beslagsregler.

7.2.2 Finland

I samband med införandet av reglerna om täckoperationer (motsv. infiltrationsoperationer) infördes i polislagens 3 kap. 31a § en bestämmelse som anger att täckoperation är tillåten i en bostad om tillträdet eller vistelsen sker under aktiv medverkan av den som använder bostaden och att det beträffande husrannsakan gäller vad som bestäms om sådan i tvångsmedelslagen.

I den proposition som föregick lagändringen (RP 34/1999 rd) redogjordes för att täckoperationer inte berättigade till t.ex. hemlig husrannsakan. Däremot hade den person som företog en täckoperation rätt att gå in i en persons bostad genom att utnyttja sin täckidentitet i syfte att förhindra att bli avslöjad. Likaså framhölls att den som företog en täckoperation hade rätt att utföra sitt uppdrag i en persons bostad, om vistelsen skedde under medverkan av den som använde bostaden, något som ansågs tillåtet redan enligt gällande rätt "om verksamheten baserade sig på ett tillstånd". Med uttrycket "under medverkan av" avsågs alla uttalade eller tysta viljeyttringar, utifrån vilka det kunde tolkas som att personen hade godkänt tillträdet eller vistelsen i bostaden.

I propositionen konstaterades vidare att bestämmelserna om täckoperationer inte berättigade till teknisk observation (som reglerades i polislagen och tvångsmedelslagen). Däremot ansågs det inte utgöra sådan teknisk observation att en polisman under en täckoperation medför en anordning för teknisk avlyssning, optisk övervakning eller teknisk spårning för att säkerställa den personliga säkerheten.

Med hänvisning till att det t.ex. ansågs tillåtet att banda sina egna samtal var detta överensstämmande med sedan tidigare gällande rättsläge.

I utskottsbehandlingen i det finska parlamentet framförde Grundlagsutskottet (GrUU 5/1999 rd s. 6) synpunkter på att det av propositionen framgick att alla uttalade eller tysta viljeyttringar, utifrån vilka det kunde tolkas som att personen hade godkänt tillträdet eller vistelsen i bostaden var nog för att uppfylla kriteriet "medverkan". Av konstitutionella skäl ansåg dock Grundlagsutskottet att det var nödvändigt att skilja mellan om det varit den som använder bostaden eller en polisman förklädd till exempelvis hantverkare som varit den "avgjort aktivaste" när det gällde tillträde till bostaden. Utskottet menade att fall av det sistnämnda slaget inte kan anses godtagbara med hänsyn till det i Finland grundlagsfästa skyddet för hemfriden.

Förvaltningsutskottet beaktade i sitt betänkande (FvUB 17/2000 rd s. 6) ovannämnda synpunkter från Grundlagsutskottet och föreslog att förslaget skulle ändras så att täckoperation i en bostad är tillåten bara om tillträdet eller vistelsen sker under *aktiv* medverkan av den som använder bostaden. Som framgår ovan är det så bestämmelsen slutligen utformades.

Förundersöknings- och tvångsmedelskommissionen har nyligen föreslagit (se 2009:2 s. 872) att bestämmelsen ska tas in i 10 kap. 25 § tvångsmedelslagen utan andra ändringar i sak än ett förtydligande av att täckoperation är tillåten i en bostad *bara* om tillträdet eller vistelsen sker under aktiv medverkan av den som använder bostaden.

7.2.3 Norge

När det gäller möjligheterna för polismän som arbetar under täckmantel att vistas i privata hem eller andra skyddade miljöer finns inga särskilda begränsningar annat än vad som allmänt gäller för genomförande av infiltrationsoperationer.

Det norska Politimetodeutvalget konstaterade visserligen i betänkandet NOU 2004:6 att integritetsintrånget när polisen använder sig av infiltration för att få tillgång till privata rum kunde anses vara så stort att infiltrationsoperationer bl.a. därför borde lagregleras för att inte riskera att stå i strid med Europakonventionens artikel 8. Förslaget har dock inte lett till lagstiftning.

7.2.4 Tyskland

Av 110c § Strafprozessordnung framgår att poliser under täckmantel får gå in och vistas på privat område med samtycke från t.ex. ägaren eller annan berättigad person. Användningen av infiltrationsoperationer där en polis under täckmantel går in eller vistas på privat område som inte är allmänt tillgängligt kräver rättsens tillstånd enligt 110b § (2) Strafprozessordnung.

7.3 Överväganden och förslag

7.3.1 Behovet av en reglering

Bedömning: Den nuvarande ordningen kan inte anses stå i strid med Europakonventionen eller med den nya lydelsen av 2 kap. 6 § RF. Det föreligger dock, med hänsyn till framför allt utvecklingen av Europadomstolens praxis, skäl att införa ett uttryckligt lagstöd, förenat med ett krav på tillstånd, när brottsbekämpande myndigheter genom vilseledande åtgärder bereder sig tillträde till vissa särskilt skyddade utrymmen.

Någon särskild reglering avseende beslagssituationer under en infiltrationsoperation bör inte införas.

Det finns däremot ett behov av att införa en generell möjlighet för brottsbekämpande myndigheter att avvakta med under rättelser om beslag.

Många gånger kommer en polisman som arbetar under täckmantel att hamna i situationer där det kan diskuteras om operationen innebär en inskränkning av rättigheter enligt Europakonventionen eller regeringsformen. En typisk sådan situation är när en polisman under täckmantel blir inbjuden till någons bostad. Att acceptera en sådan inbjudan kan vara ett viktigt delmål i en infiltrationsoperation men kan också vara mer eller mindre viktigt bara för att kunna upprätthålla täckmanteln.

De regler som främst kan anses vara berörda av detta är rätten till privatliv enligt artikel 8 i Europakonventionen samt i viss mån skyddet mot husrannsakan och liknande intrång i 2 kap. 6 § RF.

Som framgår av praxisgenomgången (se bilaga 3–4 avsnitt 5.2.3) kan det inte anses föreligga ett absolut krav på lagstöd för att en polisman under täckmantel ska få gå in i någons bostad. Inte heller

kan det anses föreligga ett sådant krav enligt 2 kap. 6 § RF, varken i nu gällande eller den lydelse som kommer att gälla från den 1 januari 2011. Däremot finns det enligt utredningen goda skäl till att ändå föreslå en sådan reglering. Det främsta skälet är att en sådan reglering får anses stå i linje med den utveckling som Europadomstolens praxis ger vid handen, när det gäller krav på ökat lagstöd för sådana polisiära åtgärder som kan innebära inskränkningar av de skyddade rättigheterna. Mot detta kan ställas att åtgärden att under täckmantel gå in i någons bostad efter att ha blivit inbjuden hittills ansetts innefattas i polisens allmänna spaningsbefogenheter enligt polislagen. Även detta synsätt har fog för sig. Vid en internationell utblick kan man se att liknande reglering finns i Finland och har tidigare föreslagits, men inte införts, i Norge. Utredningen gör sammantaget bedömningen att övervägande skäl ändå talar för en särskild lagreglering.

När det gäller beslag förhåller det sig dock annorlunda.

Såvitt utredningen har kunnat erfara finns det inga särskilda frågor med anknytning till beslagsbegreppet i sig eller förutsättningarna för beslag som medför problem när det gäller beslag i samband med infiltrationsoperationer. Inte heller framstår förutsättningarna för att besluta och verkställa beslag som något särskilt problem. Det finns därför inte heller någon grund för utredningen att föreslå en specialreglering för beslag som verkställs under infiltrationsoperationer.

Det finns däremot när det gäller beslag som verkställs i samband med en infiltrationsoperation problem med den underrättelseskyldighet som föreligger vid beslag. Detta problem är emellertid inte begränsat till situationer vid infiltrationsoperationer.

Att beslag genomförs är många gånger av grundläggande betydelse för ett framgångsrikt utredningsresultat. Ett stort problem när beslag genomförs utan att den från vilket beslaget sker är närvarande kan vara att personen omedelbart ska underrättas om åtgärden. Det kan innebära att personen kommer att ges möjlighet att genomföra åtgärder som direkt skulle kunna motverka det brottsbekämpande arbetet. Det finns därför ett behov av att införa en generell möjlighet för brottsbekämpande myndigheter att avvakta med underrättelser om beslag.

7.3.2 Tillträde till vissa utrymmen

Vad ska befogenheten avse?

Förslag: Polisen ska, efter särskilt tillstånd, genom vilseledande åtgärder få bereda sig tillträde till bostad, annat hus, rum eller ställe som inte är tillgängligt för allmänheten.

Som framgår i avsnitt 7.3.1 ovan gör utredningen bedömningen att det bör införas uttryckligt lagstöd för att en polis inom ramen för en infiltrationsoperation ska få ta sig in och vistas i vissa skyddade områden. Det område som bör omfattas av bestämmelsen är för det första bostäder. Med bostad avses sådana utrymmen som omfattas av bestämmelsen om hemfridsbrott i 4 kap. 6 § första stycket BrB. Vid sidan om bostad omfattar skyddet annat hus, rum eller ställe som inte är tillgängligt för allmänheten. Med det avses utrymmen som omfattas av bestämmelsen om olaga intrång i 4 kap. 6 § andra stycket BrB.

Det bör, för att åtgärden ska få vidtas, krävas att det fattas ett särskilt beslut om tillstånd till åtgärden. Närmare om beslutsbefogenheterna framgår nedan.

När ska befogenheten få användas?

Förslag: Tillstånd ska få ges endast om skälen för tillträdet uppväger det men som det kan innebära för allmänna eller enskilda intressen.

Att en polisman under täckmantel går in i en bostad som han eller hon blir inbjuden till kan som ovan framhållits anses utgöra ett visst integritetsintrång. För bedömningen av vilka förutsättningar som ska uppställas för att så ska få ske måste dock framhållas att det handlar om att bli inbjuden av en person som visserligen i normalfallet är vilseledd om polismannens verkliga identitet eller syfte, men som ändå är medveten om att en besökare bjuds in i bostaden. Personen som disponerar bostaden har också alla möjligheter att kontrollera vad den inbjudne kan se och inte se i bostaden. Det är handlar alltså om ett medvetet agerande där personen i princip enbart svävar i okunnighet om polismannens verkliga identitet och uppdrag.

Enligt utredningen är det i viss utsträckning relevant att jämföra med vad som enligt rättegångsbalken gäller för beslut om husrannsakan. Det bör dock betonas att en husrannsakan normalt är att anse som en mer ingripande åtgärd med ett påtagligt större inslag av tvång än att under täckmantel gå in i en bostad till vilken man blivit inbjuden. Detta bör enligt utredningen också avspeglats i att kraven för sistnämnda åtgärd bör sättas lägre än vad som gäller för husrannsakan.

Utredningen gör bedömningen att det inte bör ställas upp något särskilt krav på den misstänkta brottslighetens svårhet eller att föreskriva att den aktuella åtgärden ska vara av särskild eller t.o.m. synnerlig betydelse för utredningen eller undersökningen. I vilka fall åtgärden ska få vidtas ska i stället avgöras på grundval av en tillämpning av behovs- och proportionalitetsprinciperna. Detta motsvarar vad som enligt polislagens allmänna bestämmelser nu gäller för åtgärden och kan även jämföras med kravet för att få vidta reell husrannsakan enligt 28 kap. 3 a § RB.

Vem ska fatta beslut?

Förslag: I förundersökning ska frågor om tillstånd till tillträde till vissa utrymmen prövas av undersökningsledaren eller åklagaren. Vid fara i dröjsmål ska polisman utan särskilt tillstånd få bereda sig sådant tillträde.

I underrättelseverksamhet ska frågor om tillstånd till tillträde prövas av polismyndigheten. Vid fara i dröjsmål ska polisman utan särskilt tillstånd få bereda sig sådant tillträde.

Liksom när det gäller förutsättningarna för åtgärden är det i viss utsträckning relevant att jämföra med vad som enligt rättegångsbalken gäller för beslut om husrannsakan. Som framhållits ovan är dock en husrannsakan normalt att anse som en mer ingripande åtgärd med ett påtagligt större inslag av tvång än att under täckmantel gå in i en bostad till vilken man blivit inbjuden.

På motsvarande sätt som när det gäller förutsättningarna för att över huvud taget få gå in i en annan persons bostad inom ramen för en infiltrationsoperation bör beslutsfattandet inte avvika i någon större utsträckning från vad som gäller för närvarande. Samtidigt kan det vara en fördel ur ett rättssäkerhetsperspektiv att beslutet i

förundersökning normalt fattas av åklagare eller annan förundersökningsledare. Med hänsyn till infiltrationsoperationernas speciella natur där behovet av att kunna upprätthålla en täckmantel är av yttersta vikt bör även en enskild polisman kunna fatta ett sådant beslut om det är fara i dröjsmål. I underrättelseverksamhet bör beslut fattas av polismyndigheten. Det bör vidare införas en motsvarande rätt inom underrättelseverksamheten för en enskild polisman att fatta beslut vid fara i dröjsmål.

7.3.3 Underrättelseskyldighet vid beslag

Förslag: Det ska införas en generell möjlighet för brottsbekämpande myndigheter att avvakta med att underrätta den från vilken ett beslag sker, till dess underrättelse kan ske utan men för utredningen.

Ett problem som inte sällan aktualiseras i samband med infiltrationsoperationer och provokativa åtgärder är hanteringen av beslagtagna föremål. Som regelverket är utformat finns en ovillkorlig skyldighet för polisen att underrätta den från vilket ett beslag har gjorts om beslaget. Detta leder generellt till problem när polisen i samband med infiltrationsoperationer eller provokativa åtgärder kommer i kontakt med t.ex. vapen, narkotika eller hälerigods som bör beslagtas för att inte spridas. Dock kan i många fall ett verkställt beslag äventyra en hel operation på grund av underrättelseskyldigheten.

Om en polis som under täckmantel kommer över t.ex. vapen eller narkotika som bör beslagtas framstår det inte som praktiskt möjligt eller ens önskvärt att underrätta den person från vilken beslaget verkställts. Till saken hör att formerna för verkställande av ett beslag i samband med en infiltrationsoperation kan se påtagligt annorlunda ut än vid mer traditionella verkställanden av beslag. Detta leder också till att en underrättelse om ett beslag får helt andra konsekvenser än vid ett traditionellt beslag. Att t.ex. underrätta en vapenförsäljare från vilken en polis under täckmantel nyss köpt ett illegalt vapen i syfte att få det bort från marknaden, framstår som helt kontraproduktivt för effektiviteten. En sådan underrättelse skulle dessutom kunna innebära att den polis som köpt vapnet utsätts för onödig fara.

Problemet med underrättelseskyldighet vid beslag är dock mer generellt. BRU föreslog i betänkandet SOU 2003:74 att det borde införas en möjlighet för brottsbekämpande myndigheter att avvakta att underrätta den från vilken ett beslag sker, till dess underrättelse kan ske utan men för utredningen. Ett liknande förslag hade år 1995 lämnats av Polisrättsutredningen. Inget av förslagen har dock lett till lagstiftning.

Utredningen gör dock bedömningen att det i samband med infiltrationsoperationer och provokativa åtgärder uppkommer ett så starkt behov av att kunna underlåta att underrätta en person om ett verkställt beslag att ett sådant system bör föreslås. En jämförelse kan t.ex. göras med de möjligheter som finns att avvakta med underrättelse vid husrannsakan. Utredningen har också erfarit att det finns ett motsvarande stort behov även inom andra områden av den polisiära verksamheten. Förändringen av underrättelseskyldigheten vid beslag bör därför inte vara begränsad till situationer som uppstår under infiltrationsoperationer utan bör ges en generell räckvidd.

Utredningen ansluter sig således till det förslag som BRU lade fram år 2003. Förslaget innebär att bestämmelsen om underrättelseskyldighet kompletteras med ett rekvisit som gör klart vid vilken tidpunkt underrättelsen ska lämnas. Det uttryck som då lämpligen kan användas är detsamma som i dag finns vid beslag hos befordringsföretag och vid husrannsakan. Utredningens förslag blir därför att det i 27 kap. 11 § RB ska föreskrivas att om den från vilket beslaget sker inte är närvarande vid beslaget, ska han eller hon, så snart det kan ske utan men för utredningen, underrättas om åtgärden och vad som har skett med det beslagtagna.

8 Biträde av enskilda

8.1 Bakgrund

8.1.1 Uppdraget

Utredningen ska enligt direktiven överväga i vilken utsträckning tjänstemän vid de brottsbekämpande myndigheterna vid infiltrationsoperationer bör kunna ta hjälp av enskilda privatpersoner, också när dessa förutsätts ta del i brottslig verksamhet.

8.1.2 Enskildas biträde till brottsbekämpande myndigheter

Information från privatpersoner har alltid varit grunden för att förhindra brott och utreda redan begångna brott.

En viktig del av kriminella grupperingars verksamhet ligger i att hota och skrämmas. Detta riskerar att få till följd att personer blir mindre benägna att lämna information till polisen.

Enligt vad utredningen erfarit uppfattar dessutom polisen, både i Sverige och i andra länder, att utbytet av spaning med hjälp av traditionell teknik minskat. Detta beror bl.a. på att sätten att kommunicera blivit allt mer tekniskt komplicerade med möjligheter till att kryptera information och kommunicera via tekniska hjälpmedel som är svåra att avlyssna för de brottsbekämpande myndigheterna.

Bl.a. som en följd av detta har mänskliga informationskällor blivit en allt viktigare resurs för brottsbekämpningen. Detta gäller såväl för den öppna polisen som för Säkerhetspolisen och Tullverket.

Privatpersoner kan dock användas av brottsbekämpande myndigheter inte enbart som uppgiftslämnare utan även ges andra former av uppdrag för att bistå myndigheterna. Ett exempel på sådant bistånd som är lagreglerat är möjligheten enligt 28 kap. 7 § första stycket RB att vid husrannsakan anlita biträde. Långt ifrån alla former av biträde som privatpersoner kan lämna är dock reglerade. Polisens och

andra brottsbekämpande myndigheters användning av privatpersoner för utförande av infiltrationsoperationer eller provokativa åtgärder styrs av principer som lagts fast i praxis genom uttalanden från JO och JK.

JO har flera gånger haft att pröva polisens möjligheter att använda privatpersoner för provokativa åtgärder. JO har i dessa sammanhang uttalat att ett samarbete med privatpersoner enbart i rena undantagsfall kan vara befogat samt att det under inga omständigheter kan accepteras att polisen har ett organiserat samarbete med privatpersoner i syfte att provocera fram brottsliga handlingar (se JO 1977/78 s. 126, JO 1997/98 s. 118 och JO 2008/09 s. 140).

Även JK har uttryckt en liknande uppfattning i det s.k. Fleming Bromanärendet (JK 1982 s. 156). I detta ärende konstaterade JK att omständigheterna i ärendet (som rörde misstanke om innehav av ett parti heroin) var sådana att det inte fanns anledning att anta att användande av en polisman som provokatör skulle ha lett till framgångsrikt resultat. JK fann därför – och med hänsyn till att det rörde sig om ett enstaka fall – inte anledning att rikta kritik mot att en person med ett förflutet i narkotikabranschen anlätades för uppdraget. JK hänvisade vidare till bl.a. en inom Justitiedepartementet år 1981 upprättad promemoria varav framgår att provokativa åtgärder ska föregås av tillstånd från åklagare eller polischefsutbildad polisman.

JK har i beslut den 25 maj 1989 (JK 1989 A 7) granskat polisens användande av en intagen på kriminalvårdsanstalt som hjälp i spaningsarbetet i samband med utredningen av mordet på statsminister Olof Palme. JK bedömde bl.a. användandet av personen, X, för kontakter med illegal vapenhandel och såsom vapenköpare. Dessa moment innefattade enligt JK infiltration och provokation. Syftet med X medverkan var från början att ge information som rent allmänt hade med illegal vapenhandel att göra. I samband med utredningen av mordet på Olof Palme kom polisens intresse av en speciell vapenhandlare att bli aktuellt. X fick i uppdrag att ta kontakt med vapenhandlaren i syfte att vinna kunskap om dennes befattning med vapen eller dennes kännedom om vapenförsäljningar som eventuellt kunde leda till att mordvapnet kunde spåras. X skulle ta kontakt med vapenhandlaren och uppträda som köpare av vapen. För detta ändamål utrustades han med pengar för att rollen som köpare skulle vara trovärdig.

JK ansåg att det funnits fog att använda X i det polisiära spaningsarbetet på sätt som skedde. Dock framhöll JK en viss tveksamhet inför den personliga fara som X utsattes för med hänsyn bl.a. till

riskerna för repressalier. Vidare framhöll JK att det, även om det inte finns några hinder mot att polisen använder en enskild person som provokatör eller infiltratör, måste iaktas stor försiktighet, samt att polisens samarbete med privatpersoner bör ske i undantagsfall och endast om det finns anledning att anta att en polis inte skulle ha kunnat användas.

I JK:s granskning av den s.k. Ebbe Carlsson-affären (beslut 1988-07-01 dnr 2102-88-9 A) gjordes, även om granskningen inte avsåg någon form av infiltration eller provokation, vissa uttalanden av relevans. JK uttalade att Ebbe Carlsson borde betraktas som enbart en privatperson under resorna och att resorna inte kunde betraktas som något led i en polisiär spaningsverksamhet. JK ansåg att det i och för sig var befogat att utnyttja de möjligheter som yppades och att det inte var anmärkningsvärt att det betalades ersättning för utlägg eller att en polis följde med som stöd.

De uppgifter som utredningen inhämtat från polisen visar att det förekommer, om än mycket sällan, att informatörer anlitas för att utföra infiltrationsoperationer.

8.2 Internationell utblick

8.2.1 Danmark

Inom den öppna polisens område krävs att agenter är polisutbildade.

I samband med utredning av bl.a. misstänkta terrorbrott får även privatpersoner anlitas som agenter (dock gäller även för den danska säkerhetspolisen (PET) att de inte får provocera fram brottsliga handlingar som annars inte hade begåtts).

8.2.2 Finland

Enbart poliser med särskild utbildning får genomföra täckoperationer. Däremot kan enskilda bistå polisen under en täckoperation så länge de inte vidtar sådana åtgärder som bara poliser får göra.

8.2.3 Norge

Enligt norsk rättspraxis är en informatör en person som endast förser polisen med information. Om personen på polisens uppdrag infiltrerar en kriminell miljö, eller genomför en provokation på uppdrag av polisen, är han eller hon att beteckna som en polisagent. Det finns inga hinder mot att använda enskilda för att genomföra bevisprovokationer.

I vilken utsträckning enskilda får anlitas av polisen har varit föremål för domstolsprövning i flera fall. Ett exempel där användning av enskilda har godkänts är Rt 1994 s. 319. Målet gällde svarttaxitrafik och domstolen godtog att det var företrädare för taxirörelsen som observerat en svarttaxibil, dokumenterat händelseförloppet och själv avtalat om en resa med svarttaxiföraren. Inte heller i målet Rt 1990 s. 531 hade Högsta domstolen några invändningar mot att enskilda användes som infiltratörer, trots att de var medlemmar i en organisation som hade för avsikt att spränga en flyktmottagning. I Rt 2000 s. 1223 intog Högsta domstolen dock en mera skeptisk inställning till användning av en enskild som agent, men det kan inte utläsas något förbud mot förfarandet. Däremot kan det sägas vara svårare att uppfylla kraven på en lagenlig provokation om den utförs av en enskild i rollen som agent.

8.2.4 Nederländerna

Enligt Special Powers of Investigation Act (Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheid) kan åklagaren besluta att anlita en privatperson som infiltratör, om det inte är möjligt att använda en polis. Ett skriftligt avtal måste upprättas angående ersättning och i vilken utsträckning personen inom ramen för uppdraget får begå gärningar som annars hade varit brottsliga. Även privatpersoner som själva är att betrakta som kriminella får i undantagsfall anlitas som infiltratörer.

8.2.5 Storbritannien

En enskild person som utför en infiltrationsoperation anses vara en Covert Human Intelligence Source (CHIS) och styrs av en mängd regler bl.a. i Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA). I det fall att en polis som är beslutsfattare (Authorizing Officer) utser

en person att under en period vara en CHIS så likställs denne informatör med en polis som arbetar under täckmantel. Det brittiska systemet skiljer således inte på enskilda personer och poliser.

I samband med att en informatör antas som CHIS delges han eller hon ett skriftligt dokument som ska undertecknas med personens rätta namn. Där framgår förutsättningarna för vad en CHIS får göra och inte får göra. En informatör som anlitas som en CHIS anses inte vara anställd av den brittiska polisen och regler som rör arbetsgivare och arbetstagare är således inte tillämpliga. Om något skulle hända en CHIS som agerar på uppdrag av brittisk polis, så omfattas denne inte av någon försäkring, utan det får lösas från fall till fall. Ett sätt är att utge ekonomisk kompensation.

8.3 Överväganden och förslag

8.3.1 Behöver anlitaandet av enskilda personer lagregleras?

Bedömning: Befogenheten att anlita enskilda personer för att utföra eller bistå vid utförandet av infiltrationsoperationer och särskilda provokativa åtgärder bör framgå i lag. Dessutom bör det framgå i lag i vilken utsträckning en enskild person under ett sådant uppdrag får vidta åtgärder som användande av utrustning för ljud- eller bildupptagning eller tillträde till vissa utrymmen.

Allmänt om myndighetsutövning

Relevant för frågor som rör behovet av lagreglering av användandet av enskilda personer i infiltrationsoperationer eller provokativa åtgärder är vilka åtgärder som kan anses utgöra myndighetsutövning.

Enligt 11 kap. 6 § tredje stycket RF kan offentliga förvaltningsuppgifter överlämnas till bolag, föreningar, samfälligheter, stiftelser och enskilda individer. Innefattar uppgiften myndighetsutövning, ska det ske med stöd av lag.

Gemensamt för all myndighetsutövning är att det rör sig om beslut eller andra åtgärder som ytterst är uttryck för samhällets maktbefogenheter i förhållande till medborgarna. Begreppet myndighetsutövning förekommer i olika författningar, dock inte alltid med samma innebörd. Regeringsformens begrepp är avsett att överensstämma med motsvarande begrepp enligt äldre förvaltningslagen

(1971:290). Detsamma gäller i allt väsentligt för motsvarande begrepp i 3 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:205), som föreskriver skadeståndsansvar för bl.a. staten i vissa fall vid myndighetsutövning (prop. 1972:5 s. 312). Med uttryckssättet ”vid myndighetsutövning” avses ett vidare tillämpningsområde än enbart myndighetsutövning (jfr Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I, 1976, s. 104 f.). I övrigt har man för bedömningen av frågan att falla tillbaka på de med nödvändighet allmänna uttalanden i ämnet som har gjorts främst i lagförarbeten samt i den rättsliga doktrinen.

Ett slags sammanfattning av myndighetsutövningsbegreppet görs av Petrén/Ragnemalm i Sveriges grundlagar, 12:e upplagan, 1980, s. 280:

Både betungande och gynnande beslut, innefattande antingen direkta eller indirekta handlingsmönster, anses utgöra resultat av myndighetsutövning, blott någon form av tvång skymtar i bakgrunden eller den enskilde i vart fall befinner sig i något slag av beroendeförhållande till myndigheten. I själva verket framträder förankringen i offentlighetsrättsliga normer jämte den omständigheten, att den enskildes personliga eller ekonomiska situation i väsentlig mån kan påverkas av verksamheten, som det avgörande kriteriet.

Närmare om vilka åtgärder som utgör myndighetsutövning

Inledningsvis kan nämnas rättsfallet NJA 1988 s. 665. Målet gällde åtal mot två poliser som påstods ha förmått andra personer att begå narkotikabrott. Hovrätten konstaterade att den spaningsverksamhet som föregick gripandet inte innefattade några beslut av poliserna utan enbart bestod i en rad faktiska åtgärder. Ingen av åtgärderna innefattade någon form av offentlig maktutövning och de ansågs därför ej utgöra myndighetsutövning. Hovrätten ogillade åtalet för vårdslös myndighetsutövning. Frågan kom inte under Högsta domstolens ställningstagande och hovrättens ställningstagande får enligt utredningen bedömas ha begränsat värde.

JK behandlade i ett beslut (2008-11-24 dnr 6657-08-21) frågan i vilken utsträckning ordningsvakter vid en domstol utförde myndighetsutövning. JK konstaterade att det var rättens ordförande som fattade övergripande beslut om fördelningen av platserna i rättsalen. Ett direkt verkställande av ett sådant beslut från en ordningsvachts sida genom att t.ex. mer eller mindre handgripligen förhindra en person från att komma in till förhandlingen fick anses vara en sådan åtgärd från det allmännas sida som var ett uttryck för statens makt-

befogenheter över medborgarna och därmed innefattade myndighetsutövning. JK påpekade samtidigt att flera andra uppgifter som en vakt hade inte innefattade myndighetsutövning, t.ex. kunde en ren upplysning från en vakts sida om vad som gäller i fråga om fördelningen av platser vid en förhandling inte anses innefatta myndighetsutövning.

I propositionen Polissamarbete m.m. med anledning av Sveriges anslutning till Schengen (se prop. 1999/2000:64 s. 94 f.) behandlades frågan om det gränsöverskridande förföljande och gränsöverskridande övervakning kunde anses vara myndighetsutövning (se även prop. 2002/03:66 s. 12 f.).

All tjänsteutövning av myndighetspersoner är inte samtidigt myndighetsutövning. Utmärkande för myndighetsutövning brukar anges vara att det rör sig om beslut eller andra åtgärder som ytterst är uttryck för samhällets maktbefogenheter. Åtgärderna skall komma till stånd och få sina rättsverkningar mot den enskilde i kraft av offentligrättsliga regler. En åtgärd skall vidare beslutas ensidigt av det allmännas företrädare, och av ett rättssubjekt som intar en monopolställning på så sätt att ingen enskild kan vidta samma åtgärd med motsvarande verkan.

Syftet med gränsöverskridande förföljande av en person är att denne skall berövas friheten, antingen av de förföljande tjänstemännen eller av den mottagande statens tjänstemän. Ett frihetsberövande är en åtgärd som innebär myndighetsutövning. Mot detta skulle kunna anföras att de befogenheter som tillkommer en utländsk polisman vid förföljande enligt artikel 41 i Schengenkonventionen respektive artiklarna 6 och 8 i det svensk-danska polissamarbetsavtalet i stort sett sammanfaller med de befogenheter som enligt 24 kap. 7 § andra stycket RB tillkommer envar som påträffar en brottsling på bar gärning. Det kan emellertid knappast hävdas att en polisman i tjänsten omfattas av den regeln. Det torde därför enligt regeringens uppfattning stå klart att fortsatt förföljande enligt artikel 41 i Schengenkonventionen respektive artiklarna 6 och 8 i det svensk-danska polissamarbetsavtalet kan innefatta myndighetsutövning här i landet.

När det däremot gäller gränsöverskridande övervakning enligt artikel 40 i Schengenkonventionen, är det inte lika klart att förfarandet innefattar myndighetsutövning.

Gränsöverskridande övervakning sker inom ramen för en brottsutredning som pågår i den främmande staten, och riktar sig mot den som misstänks för delaktighet i det brott som utredningen avser. Övervakningen kan således ses åtminstone som ett utflöde av myndighetsutövning. Åtgärden kan därför ses som ett uttryck för samhällets maktbefogenheter som kommer till stånd genom offentligrättsliga regler. I sammanhanget är det också av betydelse att en utländsk tjänsteman som fortsätter en övervakning eller ett förföljande över gränsen in i Sverige, enligt artikel 42 i Schengenkonventionen skall likställas med svenska polismän om han eller hon skulle utsättas för eller begå brottsliga hand-

lingar. Samma förhållande gäller enligt artikel 43 när det gäller att kunna orsaka den svenska staten skadeståndsskyldighet. Övervägande skäl talar därför enligt regeringens mening för att också gränsöverskridande övervakning kan komma att innefatta myndighetsutövning.

Överlämnande av åtgärder som innefattar myndighetsutövning

I JO 2000/01 s. 137 (ang. den s.k. snattefonen) uttalade JO att fastställandet av den misstänktes identitet (vid snatteribrott) var en utredningsåtgärd som vidtas vid polisens myndighetsutövning och som inte till någon del kan överlåtas på en enskild person.

I beslut 2006-10-23 dnr 4919-05-22 behandlade JK frågan om Kronofogdemyndighetens anlitan av privata delgivningsmän för verkställighet av beslut om s.k. spikning utgjorde myndighetsutövning. JK konstaterade inledningsvis att delgivningsverksamhet var en sådan förvaltningsuppgift som omnämns i 11 kap. 6 § RF. JK ansåg att det förelåg ett nödvändigt samband mellan beslutet om delgivning och verkställigheten samt att rättsverkningarna för den eftersökte var direkt beroende av de åtgärder som vidtas och inträder på verkställighetsstadiet. JK ansåg därför att åtgärder till verkställande av ett delgivningsbeslut innefattade myndighetsutövning och att det krävdes lagstöd för att överlåta uppgiften till en privat delgivningsman.

Även frågan om utländskt biträde till svensk polis kan vara relevant att jämföra med för frågan om överlämnande av polisiär myndighetsutövning till privatpersoner. JO:s granskning av Säkerhetspolisens verkställighet av regeringens beslut om avvisning av två egyptiska medborgare (beslut 2005-03-22, dnr 2169-2004) är i sammanhanget av visst intresse. Personerna hade omhändertagits och förts till Bromma flygplats för vidare transport till Kairo med ett amerikanskt flygplan. Ombord på planet fanns, förutom svenska och egyptiska tjänstemän, också amerikansk bevakningspersonal. Innan planet lämnade flygplatsen utförde de amerikanska tjänstemännen en säkerhetskontroll av personerna inne på flygplatsens polisstation. Vid denna kontroll kom olika vålds- och tvångsåtgärder till användning. JO anförde:

I den mån svensk lag inte föreskriver annat bygger den svenska rättsordningen på förutsättningen att polisverksamhet här i landet ombesörjs av svensk polis. Den nu gällande ordningen tillåter alltså inte att utländska tjänstemän bedriver polisverksamhet här i landet annat än i form

av biträde åt svensk polis och att sådana tjänstemäns medverkan i svensk polisverksamhet alltid skall äga rum i närvaro av svenska polismän.

Ett starkt skäl till att inte frångå denna ordning är det straffrättsliga tjänstefelsansvaret som endast gäller vid svensk myndighetsutövning (20 kap. 1 § brottsbalken). I fall då det – till följd av överenskommelse med andra stater – föreskrivits en möjlighet för utländska polismän att vidta vissa myndighetsåtgärder i Sverige har detta ansvar utsträckts till att omfatta också sådana polismän. Av 12 § lagen om internationellt polisiärt samarbete (Schengensamarbetet) följer att utländska tjänstemän som utövar myndighet i Sverige är underkastade ansvar för tjänstefel enligt 20 kap. 1 § brottsbalken på motsvarande sätt som om det varit fråga om svensk myndighetsutövning. De utländska tjänstemännen jämställs således i detta hänseende med svenska polismän. Enligt min uppfattning är det inte godtagbart med en ordning som möjliggör att utländska tjänstemän vidtar myndighetsåtgärder här i landet utan att vara underkastade brottsbalkens regler om straffrättsligt ansvar för tjänstefel. Det kan därutöver förtjäna att framhållas att även skadeståndsrättsliga problem kan uppkomma om utländska tjänstemän vållar skada här i landet (jfr 13 § lagen om internationellt polisiärt samarbete).

Utredningens bedömning

Vad gäller då i detta avseende för åtgärder som vidtas i samband med infiltrationsoperationer eller provokativa åtgärder? Generellt får ett stort antal åtgärder inom brottsbekämpningen anses innefatta myndighetsutövning. Åtgärder som att hålla förhör med misstänkta, genomföra brottsplatsundersökningar, besluta om och verkställa beslag, husrannsakan m.m. måste anses innefatta myndighetsutövning. Detsamma gäller beslut om hemliga tvångsmedel, hantering av informatörer och sökningar i polisdatalagsregister. Det finns enligt utredningen mycket som talar för att beslut om och verkställande av en infiltrationsoperation eller en provokativ åtgärd åtminstone i många fall har moment som kan anses innefatta myndighetsutövning eller i vart fall kan ses som ett utflöde av myndighetsutövning (jfr prop. 1999/2000:64 s. 94 f.).

Utredningen gör bedömningen att frågan om myndighetsutövning utgör ett visst stöd för att i lag reglera i vilken utsträckning brottsbekämpande myndigheter kan biträdas av enskilda. Det finns dessutom enligt utredningen även andra skäl att lagreglera de brottsbekämpande myndigheternas möjligheter att ta hjälp av enskilda i vissa situationer. Inte minst är detta viktigt för att dra upp en klarare linje gällande vad som är tillåtet och inte tillåtet i detta avseende. Utredningens uppfattning är att polisens, Säkerhetspolisens och Tullverkets

hantering av enskilda personer som samarbetar med myndigheterna som t.ex. informatörer eller källor är omgärdade av ett bra regelverk. Trots detta kan konstateras att det också inom polisen har förekommit hantering av enskilda personer som informatörer eller infiltratörer som varit direkt felaktig. För att minska risken för felaktig användning av enskilda och utgöra ett stöd även för den enskilde är det utredningens slutsats att en lagreglering bör ske.

8.3.2 I vilken utsträckning bör enskilda personer få anlitas i samband med infiltrationsoperationer och provokativa åtgärder?

Bedömning: Att i samband med infiltrationsoperationer eller provokativa åtgärder anlita enskilda personer bör generellt ske med stor försiktighet. I likhet med vad som redan gäller bör det få ske enbart i undantagsfall och endast om det finns anledning att anta att en polis inte skulle ha kunnat användas för uppdraget.

Förslag: Vid infiltrationsverksamhet och andra provokativa åtgärder än sådana särskilda provokativa åtgärder som avses i 5 kap. inhämtningslagen ska brottsbekämpande myndigheter, om det finns särskilda skäl, få ta biträde av enskilda. Detsamma ska gälla vid åtgärder som avser ljud- eller bildupptagning som sker dolt eller genom vilseledande samt vid användandet av teknisk utrustning för att lokalisera en person.

När det gäller biträde vid sådana särskilda provokativa åtgärder som föreslås lagregleras i 5 kap. inhämtningslagen samt när det gäller biträde vid utförande av annars brottsliga gärningar ska brottsbekämpande myndigheter endast om det finns synnerliga skäl få ta biträde av enskilda. Sådant biträde ska endast få avse åtgärder som syftar till att en polisman ska kunna genomföra de åtgärder som avses i tillståndet.

I vilken utsträckning bör anlitan av enskilda personer kunna ske?

I vissa miljöer är det svårt, eller i realiteten omöjligt, för en polis under täckmantel att få tillträde. I vissa gäng eller etniska grupper krävs en specifik bakgrund för att accepteras. Vid infiltration är det därför i vissa fall enda möjligheten att använda sig av en enskild

som redan finns i eller i närheten av gängen eller grupperingarna. Det kan vara en bedömt stabil informatör som genom styrda uppdrag i miljön övergår till att betraktas mera som en infiltratör än som en informatör.

Som tidigare framhållits har JO och JK flera gånger uttalat sig när det gäller användningen av privatpersoner som infiltratörer eller provokatörer och har i dessa sammanhang framhållit att ett samarbete med enskilda enbart i rena undantagsfall kan vara befogat samt att det under inga omständigheter kan accepteras att polisen har ett organiserat samarbete med enskilda i syfte att provocera fram brottsliga handlingar (se JO 1977/78 s. 126, JO 1997/98 s. 118 och JO 2008/09 s. 140). Även JK har uttryckt liknande uppfattning i det s.k. Fleming Bromanärendet (JK 1982 s. 156).

Med enskild i detta sammanhang bör enligt utredningen förstås personer som inte är anställda vid någon brottsbekämpande myndighet. Det är utredningens uppfattning att deltagande i infiltrationsoperationer och provokativa åtgärder är en så pass kvalificerad och riskfylld uppgift att den i första hand bör utföras av särskilt utbildade poliser. Samtidigt ser brottsligheten, framförallt den grova organiserade brottsligheten, ut så i dag att det många gånger är svårt, för att inte säga omöjligt för en polisman att kunna utföra en infiltrationsoperation eller en provokativ åtgärd utan att ta biträde av enskilda, t.ex. av en informatör. Det har vidare kunnat konstateras att de personer som anlitas många gånger själva tillhör de kretsar som är kriminellt belastade.

Utredningen finner att det finns ett starkt behov av att de brottsbekämpande myndigheterna ska ha vissa möjligheter att ta bistånd av enskilda i samband med infiltrationsoperationer eller provokativa åtgärder. Med hänsyn till de risker det kan innebära för en enskild som inte har fått samma omfattande utbildning som t.ex. en polisman som är särskilt tränad att agera under täckmantel i kriminella miljöer, bör det emellertid ske endast undantagsvis och som en sista utväg. Utredningen anser således att det sammantaget finns goda skäl för en fortsatt restriktiv hållning när det gäller anlita av privatpersoner för uppdrag som rör infiltration eller provokativa åtgärder. Det innebär att anlita av enskilda personer ska ske med stor försiktighet, att det får ske endast i undantagsfall och att det får ske endast om det finns anledning att anta att en polis inte skulle ha kunnat användas för uppdraget.

Närmare om lagregleringens utformning

En lagreglering bör ta sikte på att brottsbekämpande myndigheter ges befogenhet att ta biträde av enskilda för att utföra sådana åtgärder i den brottsbekämpande verksamheten som myndigheten har att utföra. Det innebär att det normalt inte är den enskilde som självständigt kan anses utföra en viss åtgärd utan att den enskilde handlar på instruktion av och under överinseende av den brottsbekämpande myndigheten. De regler som har ställts upp för hanteringen av informatörer och källor kan i detta avseende tjäna som utgångspunkt även när den enskilde på myndighetens initiativ tar en mer aktiv del i ett händelseförlopp.

Utredningen gör bedömningen att lagregleringen bör utformas med två nivåer. Vid infiltrationsverksamhet och "ordinära" provokativa åtgärder, alltså inte sådana särskilda provokativa åtgärder som avses i 5 kap. inhämtningslagen, bör polisen få ta biträde av enskilda om det finns särskilda skäl. Detsamma ska gälla vid sådana åtgärder som regleras i 2 kap. inhämtningslagen (ljud- eller bildupptagning som sker dolt eller genom vilseledande samt användandet av teknisk utrustning för att lokalisera en person).

I kravet på att det ska föreligga särskilda skäl innefattas det nu gällande kravet att anlita en enskild ska ske enbart i undantagsfall. Rekvisitetet särskilda skäl får även anses innefatta ett krav på att en polis inte ska ha kunna användas för uppdraget. Detta är i princip vad som gäller redan nu.

När det sedan gäller biträde vid sådana särskilda provokativa åtgärder som föreslås lagregleras i 5 kap. inhämtningslagen samt biträde vid utförande av annars brottsliga handlingar enligt 6 kap. samma lag, finns det skäl för en än mer restriktiv hållning. Detta är åtgärder som inte tidigare har fått vidtas av brottsbekämpande myndigheter. Här gör utredningen bedömningen att polisen endast om det finns synnerliga skäl bör få ta biträde av enskilda. Det bör vidare uppställas ett krav på att sådant biträde endast ska få avse åtgärder som syftar till att en polisman ska kunna genomföra de åtgärder som avses i tillståndet.

8.3.3 Särskilt om Säkerhetspolisens användning av källor

Förslag: Det bör införas en särskild bestämmelse som ger Säkerhetspolisen möjlighet att anlita enskilda personer i större utsträckning än vad som gäller för övriga brottsbekämpande myndigheter. Säkerhetspolisen ska under samma förutsättningar som övriga brottsbekämpande myndigheter ha möjlighet att ta biträde av enskilda vid särskilda provocativa åtgärder samt för biträde vid utförande av annars brottsliga gärningar. Sådant biträde ska dock kunna ges utan den begränsning som i övrigt gäller, att biträdet endast ska få avse sådana åtgärder som syftar till att en polisman ska kunna genomföra de åtgärder som avses i tillståndet.

De brott som Säkerhetspolisen ska förebygga har oftast sitt ursprung i en väl organiserad brottslig verksamhet. Verksamheten bygger ofta på starka personliga band vilket i princip omöjliggör för Säkerhetspolisens tjänstemän att själva ta sig in i verksamheten för att inhämta information. Säkerhetspolisen är därför, liksom övriga brottsbekämpande myndigheter, beroende av information från privatpersoner – s.k. källor – som vistas i de miljöer där den brottsliga verksamheten bedrivs.

Säkerhetspolisens användning av källor sker i allt väsentligt inom ramen för underrättelseverksamheten. Avsikten är inte heller att få fram uppgifter som kan användas som bevisning mot den enskilde. Syftet med verksamheten är istället att hämta in information så att myndigheten kan vidta adekvata brottsförebyggande åtgärder. Det kan vara allt från åtgärder där någon uppmärksammas på att den som kontaktat honom eller henne gjort det under falska förespeglningar och att personen egentligen arbetar för främmande makts underrättelsetjänst till att förändra skyddet av en person i den centrala statsledningen.

Informationsinhämtningen från källor inriktas utifrån en bedömning av i vilka miljöer som den brottsliga verksamheten kan förekomma. Vidare ska inhämtningen ta fasta på ett konkret behov av underrättelser och ske efter en i förhand fastställd plan som i stort anger ramarna för verksamheten. Planen gäller under en begränsad tid och alla åtgärder som vidtas dokumenteras. Under inhämtningen sker en kontinuerlig utvärdering av den information som inhämtas, källans säkerhet, fortsatt behov av information och andra omständigheter av betydelse för verksamheten. Utvärderingen kan leda till

att inhämtningsplanen ändras eller att inhämtningen avbryts. När en inhämtningsplan löpt ut sker en förnyad prövning av nyttan med inhämtningen och om inhämtningen ska fortsätta. Om det finns behov av ytterligare uppgifter och det behovet alltså överväger det intrång och men som åtgärden medför upprättas en ny inhämtningsplan.

Till skillnad från brottsutredande verksamhet är effekterna av olika åtgärder i det brottsförebyggande arbetet inte alltid tydliga, eftersom det inte är möjligt att med säkerhet avgöra om en viss åtgärd faktiskt förhindrat brott eller om andra okända faktorer medfört att ett brott inte begåtts. Säkerhetspolisen har dock uppgett att informationen från källorna ger ett mycket viktigt underlag för myndighetens brottsförebyggande arbete och att den har central betydelse för såväl terroristbekämpningen i Sverige som för kontraspionaget och författningsskyddsverksamheten. Genom att inhämtad under rättelseinformation även kan ligga till grund för hotbilda- bedömningar när det gäller skyddspersoner är informationen från källorna också av betydande vikt för Säkerhetspolisens personskyddsarbete.

Säkerhetspolisens hantering av källor är omgärdad av sekretess för att skydda dem som lämnar uppgifter till myndigheten. Säkerhetspolisen har därför inte i detalj redovisat enskilda ärenden. De exempel som utredningen ändå har tagit del av ger klart stöd för Säkerhetspolisens uppfattning om källdrivningens betydelse för det brottsförebyggande arbetet. Bland de exempel utredningen sett har det också framkommit att Säkerhetspolisens källdrivningsverksamhet gjort att mycket långt gångna attentatsplaner i ett annat land avslöjats och att attentatet kunnat förhindras. Uppgifter från källdrivningsverksamheten har också varit helt avgörande för att skydda personer som levt under ständiga hot.

Det finns flera exempel på när det skulle vara av stort värde för Säkerhetspolisen om en källa kunde utföra handlingar på ett mer självständigt sätt än vad utredningen har ansett bör vara tillåtet för övriga brottsbekämpande myndigheter. Ett sådant exempel, som är tillämpligt inom kontraspionage, kontraterror och författningsskydd, är att en värvad källa ibland kan bli tvungen att ta sig in i låsta skåp, datorer eller ta sig in i för källan obehöriga områden. Källan måste ibland själv fatta snabba beslut om att ta sig in där informationen finns. Vid dessa tillfällen finns det risk att denne gör sig skyldig till flera olika typer av brott, som olaga intrång, dataintrång eller olovligt brukande. Det kan även handla om en operation inom kontraspionaget där källan arbetar inom ett svenskt konsultföretag med

anknytning till försvarsindustrin. Ett främmande lands underrättelseofficer har kontaktat källan under falska förespeglingar och bearbetat källan under en längre tid. Underrättelseofficeren utgav sig för att vara representant för ett företag i hemlandet och ville ha källans hjälp att inhandla exportkontrollerat krigsmateriel. I detta autentiska exempel var det viktigt för Säkerhetspolisen att få veta vilka andra produkter som man var ute efter och på så sätt kunna vidta operativa motåtgärder. Eftersom det inte var möjligt att lämna ut hemliga handlingar, ej ens sådana som bedömdes som i sammanhanget ofarliga för svenskt vidkommande, blev det nödvändigt att avsluta operationen i förtid och därmed överlämna initiativet till underrättelseofficeren och det aktuella landet. Om det hade funnits möjlighet att låta källan, under starkt kontrollerade former, lämna ut vissa hemliga handlingar till underrättelseofficeren så hade operationen kunnat fortsätta och lett till effektiva åtgärder för att förhindra fortsatt underrättelseinhämtning.

Med hänsyn till att Säkerhetspolisens genom sitt uppdrag och den miljö som man verkar i skiljer sig från övriga brottsbekämpande myndigheter finns det skäl för utredningen att föreslå en vidare rätt för Säkerhetspolisen att ta biträde av källor än vad andra brottsbekämpande myndigheter bör kunna göra. Denna möjlighet bör utformas så att källorna kan ta större del i utförandet av en annars brottslig gärning eller en särskild provokativ åtgärd, än vad som gäller för övriga myndigheter genom att åtgärden inte ska behöva avse biträde för att polisman ska kunna genomföra åtgärden.

Med hänsyn till att Säkerhetspolisen även ges möjlighet att utföra särskilda provokativa åtgärder i underrättelseverksamheten bör möjligheterna till biträde av enskilda även omfatta sådana åtgärder.

9 Undantag från åtalsplikt m.m.

9.1 Uppdraget

Regeringen konstaterar i utredningens direktiv att ett problem som kan uppkomma i samband med infiltrationsoperationer hänger samman med att svensk polis som huvudregel är skyldig att rapportera, anmäla och ingripa mot brott som kommer till dess kännedom och att svenska åklagare som huvudregel är skyldiga att väcka åtal när konstaterade brott hör under allmänt åtal. Har en polisman infiltrerat en kriminell gruppering, kan de tjänstemän som deltar i operationen vara skyldiga att rapportera och även ingripa mot ett mindre brott som kan konstateras i samband med operationen, trots att rapporteringen med åtföljande ingripande och åtal kan medföra att polismannens identitet röjs och att hela infiltrationsoperationen därmed går om intet. Visserligen anses gripande, förhör och andra åtgärder kunna skjutas upp genom s.k. interimistisk passivitet, men det måste då säkerställas att ett ingripande kan ske vid ett senare tillfälle.

Utredningen ska överväga om det finns anledning att begränsa polisens och tullens rapporterings- anmälnings- och ingripandeskyldighet samt åklagarens åtalsplikt avseende brott som uppmärksammas i samband med infiltrationsoperationer i den utsträckning det behövs för att angelägen brottsbekämpande verksamhet inte ska skadas.

9.2 Gällande rätt

9.2.1 Allmänt om polisens uppgifter och skyldighet att ingripa

Av 1 § polislagen framgår att polisens arbete, som ett led i samhällets verksamhet för att främja rättvisa och trygghet, ska syfta till att upprätthålla allmän ordning och säkerhet samt att i övrigt tillförsäkra allmänheten skydd och annan hjälp.

Till polisens uppgifter hör, enligt 2 § polislagen, att förebygga brott och andra störningar av den allmänna ordningen eller säkerheten, övervaka den allmänna ordningen och säkerheten, hindra störningar därav samt ingripa när sådana har inträffat, bedriva spaning och utredning i fråga om brott som hör under allmänt åtal, lämna allmänheten skydd, upplysningar och annan hjälp, när sådant bistånd lämpligen kan ges av polisen och fullgöra den verksamhet som ankommer på polisen enligt särskilda bestämmelser.

Olika försök har gjorts att närmare definiera innehållet i begreppet ”allmän ordning och säkerhet”, som sedan lång tid tillbaka har använts i olika polisrättsliga författningar. Begreppet uppfattas vanligen så att polisen har skyldighet och befogenhet att söka förebygga, förhindra och vidta åtgärder mot överträdelser av straffsanktionerade normer under förutsättning att överträdelserna faller under allmänt åtal (se Berggren/Munck, Polislagen En kommentar, 7 uppl., s. 28 f). I rättsfallet NJA 1989 s. 308 gör Högsta domstolen följande uttalande.

Begreppet ”allmän ordning” har sedan lång tid tillbaka brukat användas i ganska vid mening i politirättslig lagstiftning. Så t.ex. innebar regeringen i både 1925 års polislag (1925:170) och 1948 års allmänna polisinstruktion (1948:331) att hela polisens verksamhet till förebyggande och förhindrande av brott var att se som ett led i dess uppgift att upprätthålla allmän ordning och säkerhet (jfr t ex SOU 1947:45 s 80 f). Liksom 1 och 2 §§ i nu gällande polislag (1984:387) har dessa författningar otvivelaktigt vilat på det synsättet att varje brott, åtminstone om det faller under allmänt åtal, i princip innefattar ett störande av den allmänna ordningen, mot vilket polisen har skyldighet att ingripa.

Polisen har alltså en skyldighet att ingripa när ett brott begås. Dock ska detta göras med hänsyn till den egna och tredje mans säkerhet samt även bedömas ur ett taktiskt perspektiv för att nå största möjliga framgång med ingripandet. Ingripandet måste också stå i proportion till brottet/händelsen.

9.2.2 Polisingripanden

Inledning

I 8 § polislagen anges vissa allmänna principer för polisingripanden. En polisman som har att verkställa en tjänsteuppgift ska under iakttagande av vad som föreskrivs i lag eller annan författning ingripa på ett sätt som är försvarligt med hänsyn till åtgärdens syfte och övriga omständigheter. Måste tvång tillgripas ska det ske endast i den form och i den utsträckning som behövs för att det avsedda resultatet ska uppnås. Bestämmelsen ger uttryck för de s.k. behovs- och proportionalitetsprinciperna som ska beaktas vid varje polisingripande. Bestämmelsen är dessutom avsedd att utgöra ett allmänt bemyndigande för polisen att vidta de åtgärder som är försvarliga för att fullgöra dess uppgifter, så länge det inte är frågan om att begränsa en grundlagsskyddad rättighet eller vidta åtgärder som står i strid mot någon specialreglering (se prop. 1983/84:111 s. 78).

Av 4 kap. 10 § 2 p polisförordningen (1998:1558) framgår att polismän, även när de är lediga, är skyldiga att självmant ingripa för att trygga den allmänna ordningen och säkerheten inom det polisdistrikt där de är anställda.

Vad är ett polisingripande?

I Polisrättsutredningens delbetänkande Polisens rättsliga befogenheter (SOU 1993:60, s. 85f.) föreslogs att en ny bestämmelse skulle införas i polislagen där begreppet polisingripande skulle definieras. Utredningen ansåg att en åtgärd, för att kunna betecknas som ett polisingripande, borde syfta till att åstadkomma ett konkret resultat som riktar sig mot en eller flera bestämda personer eller en bestämd grupp av personer och som medför synbara eller kännbara verkningar. Dessutom skulle det enligt utredningen vara fråga om en åtgärd som på något sätt kan förenas med tvång.

Utredningens förslag togs upp i propositionen Ändringar i polislagen m.m. (prop. 1996/97:175 s. 68 f.). Regeringen gjorde bedömningen att någon definition av begreppet polisingripande inte borde införas. Regeringen ansåg att det i och för sig kunde vara av värde att i polislagen uttryckligen och uttömmande reglera vad som avsågs med ett polisingripande, men att en sådan bestämmelse med nödvändighet skulle bli relativt vag och obestämd. Det fanns även

en risk att bestämmelsen inte skulle bli heltäckande. Dessutom saknades det, enligt regeringens bedömning, ett mer påtagligt behov av en sådan bestämmelse.

Ingripandeskyldigheten

I rättsfallet NJA 1987 s. 665 prövade Högsta domstolen frågan om i vilken utsträckning polismän genom sin underlåtenhet att ingripa straffrättsligt ansvarade för att en grupp polismän i en polisbuss, utan att laga grund förelegat, med våld hade tvingat en person att åka med i polisbussen.

Högsta domstolen uttalade bl.a.:

I fråga om S-ÅW gäller åtalet att han underlåtit att förhindra de olagliga åtgärder som vidtogs mot LF. Det får alltså närmare undersökas i vad mån en person i S-ÅW:s situation är skyldig att handla, med risk att han annars straffas för sin underlåtenhet.

Bestämmelsen i 2 § i 1972 års polisinstruktion om att polisen bl a skall förebygga brott kan knappast åberopas till stöd för att döma en polisman, som underlåtit att hindra ett brott, för medverkan till brottet (jfr Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten, 1976, s 323 och Jareborg, Brotten, 1 häftet, 2 uppl 1984, s 221). Något annat får däremot anses gälla, om det som följt av polismannens ställning har uppstått ett konkret tillsyns- eller omsorgsförhållande (jfr Andenaes, Allminnelig straffrätt, 2 utg 1974, s 153). Att en polisman i förmanställning på grund av underlåtenhet kan bli medansvarig för en underordnads handlingar torde vara klart.

Enligt 6 § i 1972 års polisinstruktion, som gällde vid tillfället, var S-ÅW inte förman för de övriga polismännen i bussen. Han kan inte heller på någon annan grund anses ha intagit en sådan ställning. Detta innebär att S-ÅW inte i egenskap av förman kan göras ansvarig för de åtgärder som vidtogs av de andra polismännen. När en grupp poliser som i det aktuella fallet tjänstgör gemensamt, måste emellertid var och en av dem anses ha ett visst ansvar för vad som händer i gruppen. Även den som inte har befälsställning måste anses skyldig att ingripa, om han ser att någon annan i gruppen vidtar en uppenbart lagstridig åtgärd, med den påföljden att han annars kan bli medansvarig för det skedd.

Lika litet som LJ kan S-ÅW ha undgått att lägga märke till de åtgärder som vidtogs mot LF. I enlighet med det nyss anförda hade det ålegat honom att ingripa, trots att han inte hade ställning som förman. Vad som har upplysts om förhållandet mellan de olika polismännen berättigar också till slutsatsen att ett ingripande från S-ÅW:s sida inte skulle ha saknat verkan.

Genom sin underlåtenhet att söka förhindra de åtgärder som vidtogs mot LF får alltså S-ÅW anses ha medverkat till åtgärderna på ett sådant sätt att även han skall fällas till ansvar för olaga tvång.

Även om rättsfallet huvudsakligen gällde frågan om straffrättslig medverkan kan Högsta domstolens ställningstagande även ge viss ledning avseende tolkningen av en polismans ingripandeskyldighet.

9.2.3 Rapporteringsskyldighet och rapportteftergift

Enligt 9 § första stycket polislagen ska en polisman som får kännedom om ett brott som hör under allmänt åtal lämna rapport om det till sin förman så snart det kan ske. Skyldigheten gäller alla polismän. Vid ett uppdrag som polismän utför gemensamt har den som är befäl det huvudsakliga ansvaret för rapporteringen (jfr JO 1992/92 s. 102 ff.).

Enligt samma paragrafs andra stycke får en polisman lämna rapportteftergift, om brottet med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet är obetydligt och det är uppenbart att brottet inte skulle föranleda annan påföljd än böter.

Möjligheten att lämna rapportteftergift är främst avsedd för fall då den felande har begått brott på grund av glömska, missuppfattning eller förbiseende, även om brott som begåtts avsiktligt ibland skulle kunna bedömas som obetydliga med hänsyn till omständigheterna. Möjligheten att lämna rapportteftergift är inte avsedd att utnyttjas som en ersättning för åklagarens beslut att underlåta åtal eller att i begränsningssyfte lägga ned eller inte inleda en förundersökning. Åklagarens möjligheter att meddela åtalsunderlåtelse har ansetts sträcka sig betydligt längre än polismannens rätt att lämna rapportteftergift (se Berggren/Munck, Polislagen En kommentar, 7 uppl. s. 74 f.)

Rikspolisstyrelsen har meddelat föreskrifter och allmänna råd om rapportteftergift (FAP 101-2, RPSFS 2000:36). Av de allmänna råden framgår bl.a. att brott som har inneburit påtaglig fara för någons liv eller hälsa eller för värdefull egendom inte bör anses som obetydligt. Som exempel på brott för vilka rapportteftergift bör kunna ges nämns mycket lindriga former av bedrägligt beteende, egenmäktigt förfarande, snatteri samt obetydliga överträdelse av vissa specialstraffrättsliga bestämmelser.

Av föreskrifterna (4 §) framgår att rapportteftergift kan beslutas omedelbart av polisman eller i efterhand av polis med befogenhet att vara förundersökningsledare. Det framgår vidare (5 §) att den misstänkte på lämpligt sätt ska underrättas om innebörden av rapportteftergiften. När det gäller dokumentation behöver beslut

om omedelbar rapportteftergift endast dokumenteras när det finns en målsägande. Ett beslut om rapportteftergift i efterhand ska som huvudregel dokumenteras. Dokumentation och underrättelse till misstänkt kan dock underlåtas när intresset av detta inte står i rimlig proportion till den insats som krävs för att genomföra åtgärderna eller det annars finns särskilda skäl. Som exempel på en situation när intresset av dokumentation och underrättelse inte står i rimlig proportion till den insats som krävs för att genomföra åtgärderna anges i de allmänna råden att en polispatrull i tät rusningstrafik möter en bil vars förare inte har bilbältet på sig. Det anges vidare att särskilda skäl för att inte dokumentera eller underrätta vid beslut om rapportteftergift kan föreligga när andra brådskande arbetsuppgifter måste prioriteras.

9.2.4 Interimistisk passivitet

Att de brottsbekämpande myndigheterna för viss tid avstår från att ingripa mot misstänkt brottslighet med tillämpning av principen om s.k. interimistisk passivitet för att inte störa pågående spaning, är redan nu tillåtet. Interimistisk passivitet är inte generellt lagreglerad utan anses följa av de principer som följer av regleringen i främst 2, 8 och 9 §§ polislagen (se SOU 2003:74 s. 123 f. och 168 ff.).

I polislagens förarbeten (SOU 1982:63 s. 141 f.) uttalade Polisberedningen följande.

När en polisman får kännedom om ett brott ska han, om inte annat följer av reglerna om rapportteftergift, anmäla detta till sin förman så snart det kan ske. Och finns det anledning anta att ett brott har förövats, ska förundersökning inledas, när annat ej har föreskrivits. Dessa regler bör aldrig få åsidosättas även om syftet är att komma åt mycket grov brottslighet och åtgärderna bör dokumenteras enligt de bestämmelser som gäller härom. En annan sak är att gripande, förhör och sådana åtgärder ibland måste uppskjutas av sådana skäl (s.k. interimistisk passivitet). Ett exempel erbjuder kontrollerade leveranser, där man avvaktar med ingripandet för att huvudmannen och övriga medlemmar av en brottslig organisation ska kunna avslöjas. Det kan ibland även finnas anledning att dröja med ingripande i fråga om visst brott i syfte att inte störa spaning mot samma person i anledning av misstanke om annat grövre brott. Men i dessa fall måste så långt som det är möjligt säkerställas att ingripandet kan ske vid ett senare tillfälle. En annan ordning skulle innebära ett åsidosättande av legalitetsprincipen.

I den efterföljande propositionen (prop. 1983/84:111 s. 44 ff.) godtog departementschefen Polisberedningens slutsats.

JK har i beslut den 8 oktober 2008 (dnr 6030-08-21) prövat i vilken utsträckning polisen kunde avvakta med att verkställa en domstols beslut att häkta en person i sin utevaro för att under tiden samla bevis om ny, allvarlig brottslighet. Förfarandet är väl knappast att anse som en tillämpning av interimistisk passivitet som den beskrivits ovan men inrymmer ändå överväganden av intresse i detta sammanhang.

JK uttalade i beslutet bl.a. att det i det aktuella fallet knappast var fel av polisen att, efter ett beslut av förundersökningsledaren, avvakta med att gripa den misstänkte till dess att man eventuellt hade fått fram tillräcklig bevisning för att kunna gripa och anhålla honom för den nya brottsmisstanken. Detta särskilt eftersom det rörde sig om en allvarlig brottsmisstanke med flera misstänkta och där brottet redan hade påbörjats när polisen fick reda på var den efterlyste personen uppehöll sig. JK konstaterade i beslutet att om polisen skulle vara tvungen att omedelbart verkställa häktningsbeslutet skulle det i förlängningen kunna innebära att man i brist på bevisning inte kunde få någon av de misstänkta fällda för de brott som den nya misstanken avsåg. En sådan ordning ansåg JK skulle stå i strid med polisens uppgifter att utreda och beivra brott. JK utgick från att polisen, för det fall den efterlyste personen kunde utgöra en fara för någon annan person, hade den misstänkte under uppsikt i avvaktan på att denne greps. Vidare framhölls att det sagda naturligtvis inte undanskymde det faktum att situationer som den aktuella ofta inrymmer svåra överväganden med viktiga motstående intressen.

Med dessa uttalanden och med hänvisning till denna utredningsarbete och JO:s uttalande den 25 juni 2008 rörande användningen av provokativa åtgärder m.m. (se JO 2008/08 s. 140) fann JK att det saknades tillräckliga skäl att närmare granska agerandet i det aktuella fallet.

9.2.5 Förundersöknings- och åtalsplikt

Svensk straffprocessrätt bygger bl.a. på principen om åklagarens absoluta åtalsplikt. Denna åtalsplikt är förenad med en motsvarande förundersökningsplikt. Förundersökning ska enligt 23 kap. 1 § första stycket RB inledas så snart det finns anledning att anta att ett brott

som hör under allmänt åtal har förövats. Beslut att inleda en förundersökning ska fattas av polismyndighet eller åklagare.

Enligt 23 kap. 4 § andra stycket RB ska en förundersökning läggas ned om det inte längre finns anledning till dess fullföljande. Enligt 23 kap. 4 a § första stycket RB får förundersökning vidare läggas ned om fortsatt utredning skulle kräva kostnader som inte står i rimligt förhållande till sakens betydelse och det dessutom kan antas att brottet i händelse av lagföring inte skulle leda till någon svårare påföljd än böter, eller om det kan antas att åtal för brottet inte skulle komma att ske till följd av bestämmelser om åtalsunderlåtelse i 20 kap. eller om särskild åtalsprövning samt något väsentligt allmänt eller enskilt intresse ej åsidosätts genom att förundersökningen läggs ned.

Undantag från skyldigheten att inleda förundersökning görs enligt 23 kap. 1 § andra stycket RB när det är fråga om brott som uppenbart inte går att utreda samt för de situationer som avses med reglerna om s.k. förundersökningsbegränsning enligt 23 kap. 4 a § andra stycket RB och förenklat utredningsförfarande enligt 23 kap. 22 § RB. Tröskeln för att inleda förundersökning har satts lågt. Det räcker med att det förekommer anledning till misstanke om brott. En förundersökning kan således inledas på mycket vaga misstankar så snart dessa avser något som kan vara ett brott (se JO 1953 s. 107).

Beslut att lägga ned en förundersökning enligt 23 kap. 4 a § första stycket RB eller att inte inleda en förundersökning enligt 23 kap. 1 § andra stycket ska fattas av åklagare. Av 10 § åklagarförordningen (2004:1265) följer att beslut att inte inleda eller lägga ned en förundersökning i sådana fall som avses i 23 kap. 4 a § första stycket 1 p RB endast får fattas av riksåklagaren, vice riksåklagaren, överåklagare, vice överåklagare, chefsåklagare eller vice chefsåklagare.

Av 20 kap. 6 § RB följer att åklagaren, om inte annat är föreskrivet, är skyldig att väcka åtal för brott som hör under allmänt åtal. Bestämmelsen ger uttryck åt principen om absolut åtalsplikt. Åtal kan dock underlåtas med stöd av bl.a. reglerna om åtalsunderlåtelse i 20 kap. 7 § RB eller enligt föreskrift i annan författning.

9.2.6 Åtalsunderlåtelse

I 20 kap. 7 § första stycket RB anges fyra olika grunder för åtalsunderlåtelse. Det rör

1. fall där det kan antas att brottet inte skulle föranleda annan påföljd än böter,
2. fall där det kan antas att påföljden skulle bli villkorlig dom och det finns särskilda skäl för åtalsunderlåtelse,
3. fall där den misstänkte begått annat brott och det utöver påföljden för det brottet inte krävs påföljd med anledning av det föreliggande brottet, eller
4. om psykiatrisk vård eller insatser enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade kommer till stånd.

Som en gemensam förutsättning för åtalsunderlåtelse i dessa fall gäller att något väsentligt allmänt eller enskilt intresse inte åsidosätts.

Enligt 20 kap. 7 § andra stycket RB får åtal underlätas i andra fall än som nämns i första stycket, om det av särskilda skäl är uppenbart att det inte krävs någon påföljd för att avhålla den misstänkte från vidare brottslighet. Bestämmelsen kan tillämpas även vid allvarlig brottslighet. Åtalsunderlåtelse enligt detta stycke får tillämpas endast i extraordinära fall. Av 10 § åklagarförordningen (2004:1265) följer att beslut om åtalsunderlåtelse enligt 20 kap. 7 § andra stycket RB endast får fattas av riksåklagaren, vice riksåklagaren, överåklagare, vice överåklagare, chefsåklagare eller vice chefsåklagare.

9.3 Tidigare utredningar

I betänkandet Vår beredskap efter den 11 september (SOU 2003:32) behandlade 11 september-utredningen frågan om inrättandet av en icke-polisiär civil säkerhetstjänst. I det sammanhanget behandlades även frågan om säkerhetstjänsten borde frikopplas från ingripande- och rapporteringsskyldigheterna. Utredningen konstaterade följande (se SOU 2003:32 s. 260).

Som en mycket stor fördel för den svenska säkerhetstjänstens effektivitet ser utredningen att en övergång till en icke-polisiär säkerhetstjänst skulle innebära att säkerhetstjänsten frikopplas från den principiella skyldighet att rapportera och ingripa mot brott som enligt polislagen är grundläggande för polisverksamheten. Just på det område som säker-

hetstjänsten svarar för är detta inte en lämplig ordning. Man måste acceptera att vissa mindre allvarliga brott – t.ex. vårdslöshet med hemlig uppgift – ibland lämnas obeivrade, om detta är nödvändigt för att inte värdefull underrättelseverksamhet skall försvåras eller avbrytas.

11 september-utredningen fortsatte med att redogöra för de problem i samarbetet med underrättelseverksamheten inom Försvarmakten och med säkerhetstjänster i andra länder som dessa skyldigheter innebär. Utredningen tog också upp frågan om problem med över-skottsinformation och fortsatte (s. 261):

Om utredningens förslag i organisationsfrågan skulle ställas på framtiden finns det anledning att överväga om inte Säkerhetspolisen genom ändringar i polislagen bör befrias från rapporteringsplikten inom ramen för nuvarande organisation. Någon idealisk lösning är emellertid inte detta, med hänsyn till att det skulle innebära en avvikelse från vad som hittills har ansetts vara grundläggande för polisverksamheten. De problem som nu föreligger i detta avseende skulle inte heller lösas fullt ut.

I promemorian Tvångsmedel för att förebygga eller förhindra allvarlig brottslighet (Ds 2005:21) gjordes en översyn av vissa frågor på Säkerhetspolisens område. I promemorian lämnades förslag till en lag om användning av tvångsmedel för att förebygga eller förhindra särskilt allvarlig brottslighet. Promemorian tog även upp frågan om undantag från polisens skyldighet att rapportera, ingripa mot och utreda brott. I den delen konstaterades (s. 242) att det fanns ett behov för Säkerhetspolisen och den öppna polisen att i vissa fall inte ingripa mot brott samt att det fanns ett behov för brottsbekämpande myndigheter att i vissa fall inte utreda brott.

I promemorian (s. 244) föreslogs att det i polislagen skulle införas bestämmelser om att polisen i vissa fall inte behöver ingripa mot brott eller andra störningar av den allmänna ordningen och säkerheten. Bestämmelserna skulle vara tillämpliga endast i polisens underrättelseverksamhet, eller i Säkerhetspolisens verksamhet i annat fall för att förebygga eller avslöja brott mot rikets säkerhet eller terroristbrott enligt 2 § lagen (2003:148) om straff för terroristbrott. Det skulle också krävas att verksamheten rörde brottslighet som innefattade någon sådan gärning som avses i föreslagna lagen om förebyggande eller förhindrande av särskilt allvarlig brottslighet. Polisen skulle enligt de föreslagna reglerna inte behöva ingripa om syftet med beslutade eller förutsedda åtgärder skulle motverkas eller den framtida verksamheten skadas. Om det var fråga om brott för vilket svårare straff än fängelse två år var föreskrivet och något

väsentligt allmänt eller enskilt intresse skulle åsidosättas skulle reglerna inte vara tillämpliga.

I promemorian föreslogs vidare att det i rättegångsbalken skulle införas motsvarande undantagsbestämmelser avseende skyldigheten att inleda förundersökning.

Promemorians förslag togs upp i propositionen Åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott (prop. 2005/06:177). När det gällde frågan om undantag från skyldigheterna att rapportera, ingripa mot eller utreda brott gjorde regeringen (a. prop. s. 72) bedömningen att det för närvarande inte borde införas några ytterligare begränsningar i detta avseende. Regeringen konstaterade att det genom regleringen av användningen av information om brott som åtkommit genom de aktuella tvångsmedlen så var behovet av undantag till viss del tillgodosett. Regeringen bedömde därför att det inom ramen för det lagstiftningsärendet inte var lämpligt att ytterligare begränsa skyldigheterna att rapportera, ingripa mot eller utreda brott, dock borde frågan, enligt regeringen, tas upp i ett senare sammanhang.

9.4 Internationell utblick

I *Danmark* och *Norge* har åklagare som huvudregel åtalsplikt, även om vissa undantag förekommer. Med svenska mått mäts dock åtalsplikten vara relativ, inte absolut. Några särskilda problem i samband med infiltrationsoperationer i detta avseende har inte framkommit.

I *Norge* förekommer det vidare en ingripandeskyldighet för poliser. Är ett brott tillräckligt allvarligt måste polisen ingripa mot det. Det finns dock vissa möjligheter att skjuta upp ingripandet.

Finland har däremot, liksom Sverige, en absolut åtalsplikt, även om den precis som i Sverige är försedd med vissa undantag. När det gäller för utredningen aktuella frågor är främst bestämmelserna om åtgärdsfördröjning och åtgärdseftergift i 5 § i den finska polislagen av intresse.

Bestämmelsen innebär att poliser som vidtar vissa informationsinhämtningsåtgärder som t.ex. olika former av hemlig spaning, innefattande infiltrationsoperationer och provokativa åtgärder, får dröja med att ingripa mot ett pågående brott som inte orsakar överhängande, allvarlig fara för någons liv, hälsa eller frihet eller överhängande risk för betydande miljö-, egendoms- eller förmögenhetsskada. Vidare

krävs att åtgärdsfördröjningen är nödvändig för att dölja att information inhämtas eller för att trygga syftet med att informationen inhämtas.

Av samma paragrafs andra stycke framgår att polisen har rätt att avstå från en åtgärd, om slutförandet av den kunde medföra följder som är oskäligen med hänsyn till det resultat som eftersträvas.

I tredje stycket föreskrivs en rätt till information som innebär att den som begärt en åtgärd av polisen, och vars omedelbara rättigheter berörs av åtgärdsfördröjningen eller åtgärdseftergiften, har rätt att få veta grunden till varför polisen avstår från åtgärden.

9.5 Överväganden och förslag

Bedömning: Gällande regler om skyldighet för polismän att ingripa mot brott samt om skyldigheten att rapportera brott till sin förman bedöms inte utgöra några påtagliga hinder mot att effektivt kunna infiltrera kriminella organisationer. Däremot medför en tillämpning av nuvarande regler om inledande och nedläggande av förundersökningar problem för polisens infiltrationsverksamhet.

Förslag: En åklagare ska få besluta att lägga ned en förundersökning om det finns anledning att anta att det genom förundersökningens fortsatta bedrivande eller genom lagföring av brottet skulle uppstå en påtaglig risk för att avslöja, eller på annat sätt äventyra syftet med en infiltrationsoperation. Om brottet kan antas medföra strängare straff än böter krävs dock att det är uppenbart att

- brottet avser sådana gärningar som, om de bedöms enligt regleringen om medverkan till brott, skulle utgöra medverkan i mindre mån enligt 23 kap. 5 § BrB, eller

- brottet har ett avsevärt lägre straffvärde än det brott eller den eller den brottsliga verksamhet som infiltrationsoperationen riktar sig mot.

Om det finns förutsättningar för att lägga ned en förundersökning enligt föregående stycke redan innan en sådan har inletts, ska åklagare få besluta att förundersökning inte ska inledas.

Räcker dagens regelverk?

En polis som arbetar under täckmantel i infiltrationsverksamhet stöter många gånger på mindre allvarliga brott, eftersom de personer som operationen riktar sig mot generellt har valt en kriminell livsstil och därför begår en större eller mindre mängd småbrott. Det kan röra sig om t.ex. snatterier, trafikbrott eller andra brott mot specialstraffstadganden.

En polis som arbetar under täckmantel har i många fall mycket små, för att inte säga obefintliga, möjligheter att på plats ingripa mot konstaterade brott utan att avslöja sig och därigenom riskera att spoliera hela infiltrationsoperationen.

Det behov som utredningen kunnat konstatera handlar alltså om att poliser under täckmantel har ett särskilt behov av att kunna underlåta att ingripa mot brottslighet. Det säger sig själv att användandet av infiltration som arbetsmetod i princip omöjliggörs om en polis under täckmantel måste ingripa mot varje förseelse som han eller hon möter under sitt arbete i en kriminell gruppering.

Redan med dagens regelverk finns dock som framgår ovan vissa möjligheter att underlåta att ingripa mot brott eller annan ordningsstörning. Som ett exempel kan nämnas att proportionalitetsprincipen begränsar räckvidden av behovsprincipen och kan leda till att ett polisingripande måste underlåtas eller skjutas upp trots att behovsprincipen skulle medge åtgärden. Om t.ex. oordning plötsligt uppstår och polisens resurser vid tillfället är otillräckliga kan läget vara sådant att vissa polisåtgärder som skulle behövas får anstå med hänsyn till proportionalitetsprincipen.¹ Det är dock enligt utredningen i viss utsträckning oklart i vilken utsträckning proportionalitetsprincipen skulle kunna användas för att underlåta att ingripa mot brott som uppdagas under en infiltrationsoperation. Med hänsyn till de avvägningar som en ren proportionalitetsbedömning kan komma att kräva t.ex. när det gäller en infiltrationsoperation som syftar till att utreda grov narkotikabrottslighet som ställs mot ett brott som innefattar våld mot person, eller mellan en infiltrationsoperation i underrättelseverksamheten och ett inte helt bagatellartat brott menar dock utredningen att denna möjlighet inte framstår som tillräcklig för att täcka behovet av skydd vid arbete under täckmantel.

¹ Se ”Operativ ledning, Bedömning och beslutsfattande, Lednings- och fältstaber vid särskild händelse – en handledning av Lars Nylén”, CRISMART, Rikspolisstyrelsen, 2006

Ett annat exempel är principen om interimistisk passivitet (se ovan). Det finns dock problem med att tillämpa interimistisk passivitet vid arbete under täckmantel. Det rör sig om att principen om interimistisk passivitet utgår från att de brottsutredande myndigheterna, som en följd av skyldigheten att ingripa mot brott, säkerställer så långt det är möjligt att myndighetens ingripande kan ske vid ett senare tillfälle. Detta kan innebära problem för den som arbetar under täckmantel. I en sådan situation finns det ofta ingen möjlighet att dokumentera eller på annat sätt säkerställa ett senare ingripande. Inte heller principen om interimistisk passivitet kan därför bedömas vara tillräcklig för att uppfylla behovet av att skydda en polisman som arbetar under täckmantel.

Inte heller möjligheten att besluta om åtalsunderlåtelse är relevant i detta sammanhang med hänsyn till att ett beslut om åtalsunderlåtelse är att anse som ett konstaterande av brott och t.ex. registreras i belastningsregistret. Åtalsunderlåtelseinstitutet kan således inte användas för att skydda en polisman som arbetar under täckmantel.

Bör undantag från ingripandeskyldigheten införas?

Det finns enligt den poliserättsliga regleringen en allmän skyldighet för polisen att ingripa mot störningar av den allmänna ordningen och säkerheten. Detta innefattar att polisen har en skyldighet att ingripa mot brott.

Undantag från ingripandeskyldigheten har föreslagits tidigare. Som bl.a. 11 september-utredningen konstaterade (se ovan) skulle det ha stora fördelar att frikoppla Säkerhetspolisen från de polisiära ingripande- och rapporteringsskyldigheterna. Denna fråga borde enligt 11 september-utredningen övervägas även om det inte infördes en icke-polisiär säkerhetstjänst.

Även i promemorian Tvångsmedel för att förebygga eller förhindra allvarlig brottslighet (Ds 2005:21) föreslogs vissa undantag från ingripandeskyldigheten som skulle gälla både för Säkerhetspolisen och för den öppna polisens underrättelseverksamhet.

Att poliser i ordningspolisverksamhet normalt har en skyldighet att ingripa för att avbryta eller förhindra brott är alltså klarlagt. Med poliser som arbetar under täckmantel förhåller det sig dock annorlunda. Det kan enligt utredningen inte i bestämmelserna i polislagen utläsas en skyldighet för en enskild polisman att i varje situa-

tion ingripa. Den skyldighet att upprätthålla allmän ordning och säkerhet som polisen har bör enligt utredningen inte sträckas så långt att varje polisman i alla situationer har en skyldighet att beivra varje brott. Det får snarare anses vara en uppgift för polisens ledning att se till att polisen har sådana resurser tillgängliga att det finns möjlighet att ingripa mot brott som kommer till polisens kännedom. Sådana ingripanden utförs som sagt normalt av ordningspolisen.

De skäl som ligger bakom förslagen från år 2003 och 2005 att begränsa ingripandeskyldigheten i underrättelseverksamheten gör sig visserligen gällande också när det gäller de frågor som denna utredning har att pröva. Dock måste hänsyn tas till att arbete under täckmantel är en mycket speciell form av polisarbete där polismannen normalt sett inte bär samma utrustning som poliser normalt gör. Det handlar t.ex. om utrustning för radiokommunikation och vapen, men kan även gälla en sådan sak som att polismannen inte bär med sin tjänstelegitimation. En polisman som tjänstgör under täckmantel bedöms därför normalt vara betydligt sämre utrustad att ingripa mot annan brottslighet än den uppdraget inriktar sig mot än vad poliser i allmänhet kan anses vara. Vidare kan det i många – men inte alla – fall vara svårt eller omöjligt att via radio eller telefon påkalla ett ingripande från någon annan tillgänglig polis. En polisman som arbetar under täckmantel har normalt sett ytterst begränsade möjligheter att själv ingripa mot annan pågående brottslighet. Detta måste också återspegla sig i att ingripandeskyldigheten i en sådan situation är begränsad. Det bör dock framhållas att det ändå finns situationer som är så allvarliga att det får anses föreligga en ingripandeskyldighet för en polisman som arbetar under täckmantel. En sådan situation kan vara om det t.ex. föreligger ett konkret och allvarligt hot mot någons liv eller hälsa.

Självfallet finns det inget hinder mot att t.ex. en civilklädd spanare eller för den delen en polisman som arbetar under täckmantel ingriper för att förhindra ett brott eller på bar gärning griper en person, om spaningsuppdraget så tillåter. Det måste dock enligt utredningen göras en proportionalitetsbedömning. Vid en sådan bedömning måste vägas in dels behovet av ingripande från polisen för att förhindra eller avslöja brott, dels vikten av den pågående spaningsoperationen och faran för att avslöja denna vid ett ingripande. På samma sätt har t.ex. polismän som tjänstgör som livvakter inom personskyddet begränsade möjligheter, och därmed skyldigheter, att ingripa mot annan brottslighet än sådan som riktar sig mot skyddspersonen. Vid bedömningen måste som nämnts ovan även vägas in

den enskilde polismannens möjligheter att på ett säkert och effektivt sätt kunna ingripa.

De begränsningar som redan nu gäller för när en polisman som arbetar under täckmantel är skyldig att ingripa medför att det enligt utredningens bedömning inte föreligger något behov av att i författning närmare reglera i vilken utsträckning en polis under täckmantel är skyldig respektive inte skyldig att ingripa.

Bör undantag från rapporteringsskyldigheten införas?

Skyldigheten för en polisman att rapportera misstänkta brott till sin förman är en grundläggande princip i polisverksamheten. Den är dock försedd med ett undantag i form av möjligheten till rapporteftergift.

Möjligheten att lämna rapporteftergift kan visserligen tillämpas även av en polis som arbetar under täckmantel. Tillämpningsområdet är dock förhållandevis begränsat. T.ex. anges i RPS allmänna råd om rapporteftergift att sådan inte bör lämnas om det inte är fråga om en engångsföreteelse eller ett tillfällighetsbrott, eller om den misstänkte har använt hjälpmedel, samarbetat med andra personer eller om tillvägagångssättet på annat sätt varit förslaget.

Som framgår ovan anser utredningen att det inte behövs något särskilt undantag från ingripandeskyldigheten för poliser som arbetar under täckmantel. Till skillnad från skyldigheten att ingripa gäller för rapportering till förman att det ska göras så snart det kan ske. Rapporteringen i sig innebär alltså inte någon risk för att polismannens täckmantel ska avslöjas. För det fall någon begär att få ta del av en handling som upprättats med anledning av rapporteringen får tillämpliga sekretessbestämmelser styra i vad mån en sådan begäran kan bifallas.

Ett eventuellt undantag från skyldigheten att rapportera ett misstänkt brott innebär ofrånkomligt att en avvägning måste göras mellan å ena sidan intresset av att brottet utreds och lagförs och å andra sidan intresset av att skydda själva infiltrationsoperationen. Det ligger i sakens natur att sådana överväganden många gånger inrymmer svåra frågeställningar. Ett sådant beslut bör inte ligga på en enskild polisman utan på en polis med chefsansvar.

När det gäller behovet av undantag från rapporteringsskyldigheten menar utredningen att oavsett att tillämpningsområdet för rapporteftergifter är begränsat finns det inte ett särskilt stort behov

av att begränsa rapporteringsskyldigheten. Tvärtom är det enligt utredningens uppfattning viktigt att rapporteringen fullföljs av all den brottslighet som man stöter på under en infiltrationsoperation. Detta är särskilt betydelsefullt för möjligheterna att utvärdera infiltrationsverksamheten. En sådan rapportering bör enligt utredningen kunna genomföras inom ramen för den normala loggboksföringen av en infiltrationsoperation. Något undantag bör därför inte göras i själva rapporteringsskyldigheten. Denna bedömning ligger också i linje med den som gjordes i promemorian Tvångsmedel för att förebygga eller förhindra allvarlig brottslighet (Ds 2005:32).

Bör undantag från förundersöknings- eller åtalsplikten införas?

På motsvarande sätt som gäller ingripande på plats kan det genom att en misstänkt person kallas till förhör eller åtalas komma att avslöjas att brottet som förundersökningen avser har rapporterats av en polisman som arbetar under täckmantel. Det finns därför ett behov av att kunna underlåta att inleda förundersökning, eller om förundersökning har inletts, kunna underlåta att väcka åtal för att inte avslöja en operation där en polis arbetar eller har arbetat under täckmantel.

Ett undantag innebär visserligen ett avsteg från principen om förundersöknings- och åtalsplikt. Enligt utredningens uppfattning bör man i och för sig vara restriktiv med att införa undantag från dessa principer, så länge det anses att principerna ska gälla. Det rör sig dock om undantag som ges ett snävt tillämpningsområde och utredningens bedömning är att de föreslagna undantagen inte urholkar principerna om förundersöknings- och åtalsplikt på ett mer generellt plan.

Undantag bör alltså införas från förundersöknings- och åtalsplikten på så sätt att en förundersökning ska kunna läggas ned, om det genom förundersökningens fortsatta bedrivande eller genom lagföring av brottet skulle uppstå en påtaglig risk för att avslöja eller på annat sätt äventyra syftet med en infiltrationsoperation.

Tillämpningsområdet bör begränsas till brott som inte kan antas föranleda annan påföljd än böter eller som avser sådana gärningar som, om de bedöms enligt regleringen om medverkan till brott, skulle utgöra medverkan i mindre mån enligt 23 kap. 5 § BrB. Det innebär också en överensstämmelse med vad som gäller för möjligheterna att inom ramen för en infiltrationsoperation ge tillstånd att

begå annars brottsliga gärningar, se avsnitt 6.4.3. Med hänsyn till att behovet av att kunna lägga ned en förundersökning för att skydda en infiltrationsoperation kan aktualiseras i större utsträckning än vad som gäller för tillstånd att begå annars brottsliga gärningar, bör enligt utredningen ytterligare en ventil införas för att möjligheten ska kunna utgöra ett verksamt hinder mot att avslöja en infiltrationsoperation. Undantag från förundersöknings- och åtalsplikten bör således även införas för brott som visserligen kan antas föranleda strängare påföljd än böter, men där brottet har ett avsevärt lägre straffvärde än det brott eller den brottsliga verksamhet som infiltrationsoperationen riktar sig mot.

Begränsningen till brott med "avsevärt lägre straffvärde" innebär att en jämförelse mellan det begångna brottet och svårigheten i brottsligheten som infiltrationsoperationen tar sikte på alltid måste göras. I vissa fall kan det te sig självklart, t.ex. om en grov olovlig körning uppdagas i en infiltrationsoperation som gäller grov rånbrottslighet. I andra fall blir avvägningen svårare. Var denna gräns slutligt ska dras får fastställas i praxis. Genom lokutionen "avsevärt lägre straffvärde" tydliggörs dock att det för att bestämmelsen ska vara tillämplig krävs en mer påtaglig skillnad i straffvärde mellan brotten.

Det bör vidare för en tillämpning av undantaget krävas att skälen för att inte inleda eller lägga ned en förundersökning uppväger det men som beslutet kan innebära för allmänna eller enskilda intressen. Detta innebär alltså att en proportionalitetsavvägning måste göras. Proportionalitetskravet bör dock inte, som när det gäller regleringen av annars brottsliga gärningar, förenas med ett uppenbarhetsrekvisit. Detta på grund av att det i sådant fall skulle innebära att avvägningen hade riskerat bli strängare än vad som enligt 20 kap. 7 § första stycket RB gäller för åtalsunderlåtelse, vilket i avsevärd mån skulle reducera bestämmelsens tillämpningsområde. Dessutom är en avgörande skillnad att regleringen kring annars brottsliga gärningar är framåtsyftande, dvs. tar sikte på gärningar som inte är begångna, medan den aktuella bestämmelsen endast kan tillämpas på gärningar som redan är begångna. Detta möjliggör enligt utredningen att den nu aktuella bestämmelsen ges ett något vidare tillämpningsområde.

Vidare bör framhållas att det föreslagna undantaget är avsett att tillämpas endast i sådana fall där redan befintliga möjligheter inte erbjuder ett tillräckligt skydd för infiltrationsoperationen. Undantaget är således inte avsett att tillämpas i de fall reglerna om rapporteftergift kan användas. Inte heller är avsikten att ersätta nuvarande

möjligheter att med tillämpning av principen om interimistisk passivitet avvakta lagföring om det är tillräckligt för att förhindra att infiltrationsoperationen avslöjas. Ett ytterligare alternativ till att tillämpa det föreslagna undantaget kan vara att avvakta något med att ta ställning i åtalsfrågan och i stället lägga ned förundersökningen med tillämpning av 20 kap 7 § första stycket 3 p RB, dvs. att den misstänkte begått annat brott och det utöver påföljden för det brottet inte krävs påföljd med anledning av det föreliggande brottet.

Vem ska besluta om att lägga ned eller inte inleda en förundersökning?

Beslut om att lägga ned eller inte inleda förundersökning i de fall där det i och för sig finns en tillräckligt stark misstanke om brott, s.k. förundersökningsbegränsning, ska enligt 23 kap. 4 a § RB fattas av åklagare. Detta gäller oavsett om förundersökningen i övrigt leds av polismyndigheten. Utredningen om förundersökningsbegränsning har dock i betänkandet SOU 2010:43 (s. 124 ff.) föreslagit att vissa förundersökningsbegränsningsbeslut ska kunna fattas av polisiära förundersökningsledare. Detta förslag har dock begränsad räckvidd i nu aktuella situationer.

När det gäller sådana beslut om att lägga ned eller inte inleda en förundersökning som det är fråga om i samband med infiltrationsoperationer bör, om infiltrationsoperationen vidtas inom ramen för en förundersökning, frågan prövas av åklagare.

När det gäller infiltrationsoperationer som vidtas i underrättelseverksamheten förhåller det sig delvis annorlunda. Åklagarna deltar i regel inte i polisens eller tullens underrättelseverksamhet. I stället sker åklagarinträde först i samband med att förundersökning rörande ett brott har inletts och någon är skäligen misstänkt för brottet. Det förekommer visserligen att åklagare behöver delta i underrättelseverksamheten. Det gäller t.ex. när det är åklagare som ansöker om tillstånd till tvångsmedelsanvändning i underrättelseverksamheten enligt lagen om åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott.

Det bör dock framhållas att prövningen av om det finns förutsättningar att lägga ned eller inte inleda en förundersökning i och för sig inte blir ett beslut i underrättelseverksamheten utan måste anses fattas skilt från den verksamheten. En annan sak är att den som fattar beslut i frågan måste få inblick i de stora dragen i infiltrationsoperationen för att t.ex. kunna göra den proportionalitets-

bedömning som kan bli aktuell. Mot denna bakgrund ser utredningen inte att det föreligger några principiella hinder mot att det är åklagaren som fattar beslut i frågan även om det rör en infiltrationsoperation som bedrivs i underrättelseverksamheten.

Diarieföring av ärenden där frågan om beslut att inte inleda eller lägga ned en förundersökning aktualiseras m.m.

Förslag: Det ska införas ett undantag så att ärenden vid åklagarmyndighet där det prövas om en förundersökning inte ska inledas eller läggas ned kan diaries föras på samma sätt som ärenden om hemliga tvångsmedel.

Det ska även införas ett undantag i förundersökningskungörelsen från skyldigheten att tillfråga en målsägande om han eller hon vill bli underrättad om beslut om bl.a. nedläggning av förundersökningen. Undantaget ska vara tillämpligt när en förundersökning läggs ned eller inte inleds.

Beslut att inte inleda eller att lägga ned en förundersökning med stöd av de föreslagna bestämmelserna ska fattas av åklagare.

I 5 och 6 kap. offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (OSL) finns bestämmelser om registrering och utlämnande av allmän handling. Enligt 5 kap. 1 § ska allmänna handlingar registreras så snart de har kommit in till eller upprättats hos en myndighet. Vanligtvis används ett diarium för den registreringen. Registrering av allmänna handlingar kan även ske i andra register. Enligt 5 kap. 2 § OSL ska det beträffande handlingar som registreras enligt 1 § av registret framgå

1. datum då handlingen kom in eller upprättades,
2. diarienummer eller annan beteckning handlingen fått vid registreringen,
3. i förekommande fall uppgifter om handlingens avsändare eller mottagare, och
4. i korthet vad handlingen rör.

Enligt 5 kap. 2 § andra stycket OSL ska uppgifter enligt 3 och 4 utelämnas eller särskiljas om det behövs för att registret i övriga delar ska kunna hållas tillgängligt för allmänheten. Enligt 5 kap. 4 § OSL får regeringen meddela föreskrifter om att undantagsregeln i

5 kap. 2 § andra stycket samma lag inte ska tillämpas på ett visst register, om en tillämpning av det stycket annars skulle omfatta flertalet av handlingarna i registret. I sådana fall gäller i stället enbart huvudregeln i första stycket. Regeringen har i 3 § offentlighets- och sekretessförordningen (2009:641) förordnat att detta ska gälla för åklagarmyndigheternas diarium över ärenden om kvarhållande av försändelse på befordringsanstalt och om hemlig teleavlyssning, hemlig teleövervakning, hemlig kameraövervakning och hemlig rumsavlyssning samt diarium över förundersökningar som rör brott mot rikets säkerhet. Frågan i vad mån dessa register, som innehåller alla föreskrivna uppgifter, helt eller delvis ska hållas hemliga får på sedvanligt sätt bedömas med hänsyn till registrens innehåll.

Ärenden som handläggs på åklagarkammare diarium för huvudsakligen i det s.k. brottmålsdiariumet. Handlingar och ärenden som innehåller uppgifter som kan omfattas av sekretess med hänvisning till hemlig teleavlyssning eller motsvarande hemliga tvångsmedel ska diariumföras i ett särskilt tvångsmedelsdiarium. Handlingar och ärenden som innehåller uppgifter som kan omfattas av sekretess med hänvisning till rikets säkerhet ska diariumföras i ett särskilt säkerhetsdiarium. För dessa diarium gäller normalt sekretess.

När det gäller diariumföringen av ärenden och handlingar i vilka den föreslagna bestämmelsen om möjlighet att lägga ned eller inte inleda förundersökning gör sig enligt utredningen starka sekretesskäl gällande. En öppen registrering av dessa ärenden skulle riskera att leda till att syftet med regleringen förfelades. Det ligger därför i sakens natur att dessa ärenden bör registreras på samma sätt som ärenden i vilka det förekommer hemliga tvångsmedel. En tillägg bör därför göras i 3 § offentlighets- och sekretessförordningen för diarium över ärenden där den föreslagna bestämmelsen om möjlighet att lägga ned eller inte inleda förundersökning. Skulle åklagaren i ett visst fall fatta beslut att inte lägga ned eller inleda en förundersökning, utan att förundersökning ska inledas eller fortsätta, så diariumföras beslutet i det hemliga diariumet medan undantagsreglerna inte är avsedda att tillämpas på den fortsatta förundersökningen, som får diariumföras enligt vanliga regler.

Enligt 13 b § förundersökningskungörelsen ska en målsägande tillfrågas om han eller hon vill bli underrättad om beslut om att förundersökning inte ska inledas eller att en inledd förundersökning ska läggas ned samt beslut om att åtal inte ska väckas, tidpunkt för huvudförhandling i målet eller tidpunkt för dom i målet.

Det bör införas ett uttryckligt undantag i förundersökningskungörelsen från skyldigheten att tillfråga en målsägande om han eller hon vill bli underrättad om vissa beslut rörande en förundersökning, eftersom en sådan fråga också skulle kunna röja den polisman som arbetar under täckmantel och därmed riskera infiltrationsoperationen.