

Användning av okonventionella utredningsmetoder för att förmå en brottsmisstänkt att lämna uppgifter om egen brottslighet

Beslutet i korthet: Under utredningen av en mordbrand kom misstankarna att riktas mot AA. Sedvanliga utredningsvägar, såsom förhör m.m. bedömdes inte vara framkomliga. I stället genomfördes en särskild insats som innebar att AA under lång tid på olika sätt manipulerades och slutligen fick genomgå en fingerad anställningsintervju. Under denna lämnade han uppgifter om sin roll vid branden. På grundval av dessa uppgifter dömdes AA till tio års fängelse för grov mordbrand.

Förfarandet innebar att AA:s rättigheter som misstänkt avsiktligt kringgicks. De samlade åtgärderna utgjorde vidare ett ingrepp i rätten till respekt för privatlivet enligt artikel 8 i Europakonventionen. För ett sådant ingrepp krävs enligt konventionen stöd av lag som tillgodoser grundläggande rättssäkerhetsintressen. Något sådant stöd fanns inte.

Om den använda metoden ska förekomma fortsättningsvis krävs rättssäker lagstiftning som klargör vad som gäller.

Allmän bakgrund

Våren 2010 åtalades AA och två andra personer vid Gävle tingsrätt för grov mordbrand. I samband med att åtalet väcktes, kom det i medierna fram uppgifter om att okonventionella utredningsmetoder hade använts under förundersökningen. Rikskriminalpolisen hade enligt dessa kallat AA till en påstådd anställningsintervju som i själva verket var ett polisförhör. Under intervjun, som ägt rum i Holland, hade AA berättat att han anlagt branden. Detta användes mot honom i rättegången.

Advokaten BB, som var offentlig försvarare för AA, anmälde saken till Åklagarmyndigheten, Riksenheten för polismål. I december 2009 beslutade chefsåklagaren CC att inte inleda förundersökning. Som motivering uppgavs bl.a. att det som förekommit var en tillåten bevisprovokation. CC konstaterade därvid att utrymmet för straffbart tjänstefel i bedömningsfrågor är mycket litet. Beslutet överprövades i februari 2010 av överåklagaren DD, som inte ändrade det. Han ansåg att polismännens åtgärder inför och under intervjun inte hade skett vid myndighetsutövning.

Även under rättegången vid Gävle tingsrätt ifrågasatte försvaret utredningsmetoden. Tingsrätten ansåg emellertid att provokationen inte varit

otillbörlig och att det som kommit fram kunde användas som bevisning i målet. AA dömdes för grov mordbrand till tio års fängelse.

Advokat BB anmälde därefter ärendet till JO. Dåvarande chefsjustitieombudsmannen Mats Melin beslutade efter att ha granskat det som dittills framkommit den 23 juni 2010 att förundersökning inte skulle inledas, varvid han bl.a. anförde:

[---] Det finns, enligt rättegångsbalkens och förundersökningskungörelsens bestämmelser, inte några andra former för samtal med misstänkta än förhör.

Hittills inhämtade uppgifter ger vid handen att den fingerade anställningsintervjun i realiteten kan ha utgjort ett förhör hållet med en för brott skäligen misstänkt person och att det regelverk som omgärdar ett sådant kan ha åsidosatts. Mot denna bakgrund kan det sättas ifråga om det varit förenligt med gällande rätt att arrangera intervjun. [---]

Jag gör sammanfattningsvis följande bedömning.

De uppgifter som hittills föreligger ger, som jag nyss konstaterat, vid handen att anställningsintervjun i Holland i realiteten kan ha utgjort ett förhör som hållits utan iakttagande av de regler som gäller när en skäligen misstänkt person hörs. Det står emellertid samtidigt klart att intervjun arrangerades som ett led i en infiltrationsoperation med inslag av provokation för att få fram bevisning om ett begånget brott. Lagstiftaren har valt att underlätta infiltrationsverksamhet genom lagen om kvalificerade skyddsidentiteter. Vidare gäller att bevisprovokationer i princip anses tillåtna. Jag beaktar också att det i stor utsträckning saknas i författning givna föreskrifter om vad som är ett rättsenligt handlande från en befattningshavares sida i samband med genomförandet av infiltrationsoperationer och provokationer. Jag finner mot denna bakgrund inte anledning anta att straffbart tjänstefel begåtts av någon befattningshavare under min tillsyn och inleder därför inte förundersökning rörande sådant brott.

Jag kommer däremot att granska åklagares och polisens handlande i samband med anställningsintervjun i Holland inom ramen för ett ordinärt tillsynsärende.

Rikspolisstyrelsen och Åklagarmyndigheten anmodades att yttra sig. De inkom med svar den 21 respektive 23 september 2010. Mats Melin lämnade sitt uppdrag som chefsjustitieombudsman vid årsskiftet 2010/2011. Ärendet har sedermera överlämnats till mig för bedömning. Det framkom att BB inte lämnat synpunkter på det som anförts från Rikspolisstyrelsens och Åklagarmyndighetens sida. Efter att ha getts tillfälle till detta yttrade han sig den 8 september 2011.

Bakgrunden till det som nu ska bedömas

En natt i maj 2005 stacks Centralhotellet i Gävle i brand. Ingen omkom men många människor fick brådstörtat evakueras. Större delen av det kvarter där hotellet var beläget förstördes. Försäkringsskadorna uppskattades enligt uppgift till i vart fall 160 miljoner kronor. Under den brottsutredning som följde uppstod misstankar mot AA. Misstankarna hade sin grund i tips och bilder från övervakningskameror. Bilderna visade AA då denne anlände till centralstationen i Gävle fem timmar före branden och på samma plats strax efter att den brutit ut. Enskildheter i bilddokumentationen – som att AA efter branden gjorde sig av med en ryggsäck, m.m. – var förenliga med antagandet att denne var gärningsman. Utredningen

visade även att personer i den lokala restaurangbranschen haft motiv att angripa den verksamhet som bedrevs i hotellet och att AA kunde knytas till dessa personer.

Förundersökningsledaren, dåvarande vice chefsåklagaren EE, har beskrivit att han i det läget av utredningen, dvs. i relativt nära anslutning till händelsen, ställdes inför två alternativ. Antingen kunde man hålla förhör med AA och samtidigt göra husrannsakan hos denne eller också kunde man avvakta. Mot ett ingripande talade att AA skulle kunna vägra att säga något. Bevisningen vore då inte tillräcklig för fällande dom. Förundersökningsledaren valde att ”avvakta och invagga den eller de misstänkta i den falska insikten om att polisen inte var honom eller dem på spåren”. Han har i ett yttrande till JO närmare utvecklat skälen för sitt beslut.

Utredningen fortsatte med spaningsinsatser mot AA. Under hösten 2005 beslutade tingsrätten om avlyssning av AA:s telefon. I mars 2007 vände sig Polismyndigheten i Gävleborgs län till Rikskriminalpolisen, RKP, för utredningshjälp. Av handlingarna i RKP:s ärende framgår följande.

Logglistan över operationen har löpande noteringar från april 2007 till september 2009. Ärendet inleddes omgående med en kartläggning av AA. Den pågick under ungefär ett och ett halvt år innan operationen formaliserades. Av dokumentationen framgår bl.a. att AA tidigare hade avtjänat ett fängelsestraff men att han sedan tagit avstånd från sitt tidigare leverne och numera levde under ordnade förhållanden. I augusti 2008 fattade polisöverintendenten FF, RKP, formellt beslut om operationen i enlighet med en samtidigt upprättad operationsplan. I planens bakgrundsbeskrivning anges:

Under ett drygt års tid har underrättelser för att möjliggöra en operation samlats via teleutdrag, fysisk spaning och särskild inhämtning. Det har visat sig att bästa underlaget kommit genom att en käll drivare har kultiverat målpersonen med en legend då de sedan tidigare haft en etablerad kontakt. En psykologisk profil har tagits fram av psykolog [...] i syfte att närma sig och kultivera målpersonen på bästa sätt, samt använda operatör med den bäst matchande profilen.

I operationsplanen beskrivs vidare att målet var att under längre tid ”infiltrera målpersonen” för att inhämta underrättelser som kunde förstärka brottsmisstankarna eller medföra att dessa kunde avskrivas samt att därvid få fram bevisning av värde för förundersökningen.

Själva operationen pågick ungefär ett år. Redan innan operationsplanen antogs, i juli 2008, förmåddes AA delta i en fiktiv marknadsundersökning. Genom sitt deltagande ”vann” AA en resa, vars syfte var att etablera kontakt mellan AA och RKP:s operatörer (en operatör är i detta sammanhang en polis som under fiktiv identitet nästlar sig in i miljöer av intresse för polisen). Resan var av nöjeskaraktär och innebar att AA tillsammans med ett antal andra ”vinnare” åkte till London över en helg under vilken de bl.a. gick på en fotbollsmatch mellan de engelska lagen Arsenal och Manchester United. En av operatörerna gjorde sig särskilt bekant med AA och förespeglade i det umgänge som fortsatte efter hemkomsten AA att det

fanns intresse för dennes tjänster. Bland de aktiviteter som sedan förekom kan nämnas en resa till Tyskland, vid vilken AA som provjobb ombads köra en båt därifrån till Sverige. Resan genomfördes men båten visade sig vara trasig, varför AA fick återvända utan den. Han erhöll dock utlovad ersättning (cirka 5 000 kronor ”svart” och ersättning för utlägg). Dessa och andra aktiviteter utgjorde förberedelser inför operationens slutmål, som var att erbjuda AA anställning i ett fiktivt holländskt bolag, varvid han skulle förmås att lämna information av intresse för utredningen av mordbranden i Gävle.

Slutfasen genomfördes under maj och juni 2009 genom att AA fick träffa operatörer som utgav sig för att företräda det holländska bolaget på ett hotell i Stockholm och där fylla i ansökningshandlingar, för att senare tillsammans med de deltagande operatörerna resa till Holland för en anställningsintervju med ytterligare operatörer, vilka uppträdde som företrädare för det holländska bolaget. Under denna fas fattade tingsrätten vid två tillfällen beslut om avlyssning av AA:s telefon (den 25 maj–1 juni och 22 juni–20 juli). Anställningsintervjun genomfördes den 29 juni.

Under operationens gång hade AA successivt bearbetats så att han skulle lockas av möjligheten att tjäna pengar samt förstå att den anställning han var aktuell för förutsatte att han inte var främmande för olagliga handlingar och krävde obrottslig lojalitet mot uppdragsgivaren. Målet i denna del beskrivs i dokumentationen bl.a. så här: ”Fördjupa relationen och kultivera [AA], för att successivt implementera en diskret men mer kriminell framtoning, samt värdet av lojalitet”, och på annat ställe: ”Att på ett konkret sätt väcka [AA:s] girighet”. I den sammanfattande återrapporteringen (PM 2009-07-02) anges att AA vid den slutliga anställningsintervjun skulle ha ”skapat en sådan bild av företaget och väckt girighet vilket skulle hjälpa honom till att få honom att erkänna tidigare skulder och kriminalitet”.

Enligt återrapporteringen från intervjun tillfrågades AA om branden genom att operatörerna sa ”att de hört något om en brand och att han utfört den åt någon”. AA berättade då att han anlagt branden, hur han gjort, av vem han fått uppdraget och att han erhållit 20 000 kronor i ersättning.

AA åtalades och dömdes av Gävle tingsrätt, som framgått, till tio års fängelse för mordbrand. De omständigheter som ovan redovisats finns även beskrivna i domen (B 2119-09, domsbilaga 4).

Tingsrättens dom överklagades. Hovrätten behandlade i sin dom, som meddelades den 27 augusti 2010 (Hovrätten för Nedre Norrland, B 644-10, RH 2010:62), en invändning från AA om att den fingerade anställningsintervjun var att betrakta som ett förhör genomfört i strid med rättegångsbalkens regler. Efter en utförlig diskussion om detta fann sig hovrätten, med hänvisning till principen om fri bevisprövning, oförhindrad att lägga det som framkommit till grund för bedömning av åtalet. Det gällde även om polisens spaningsmetod vid den fingerade anställningsintervjun inte stått i överensstämmelse med rättegångsbalkens regler

om hur en förundersökning ska bedrivas. Huruvida det som förekommit var lagstridigt bedömdes därmed inte. Frågan om det rättsliga förfarandet som helhet innefattat en kränkning av AA:s rätt till en rättvis rättegång enligt Europakonventionen prövades däremot. Efter en redogörelse för konventionens innehåll och Europadomstolens praxis uttalade hovrätten följande.

I förevarande mål har de personer som medverkade vid anställningsintervjun och vid vistelsen i övrigt i Holland ... lämnat en på det hela taget samstämmig bild av vad som utspelade sig. Med ledning av dessa uppgifter och mot bakgrund av Europadomstolens praxis gör hovrätten följande överväganden i frågan om artikel 6 har kränkts.

Hovrätten konstaterar till en början att anställningsintervjun var fingerad och att AA således under vilseledande förutsättningar kommit att åka ner till Holland och medverka vid intervjun i tron att han möjligen skulle få ett välbetalt arbete. Under dessa felaktiga förutsättningar har hans medverkan emellertid varit frivillig och han har inte varit pressad eller tvingad att lämna några uppgifter om branden vid intervjun. Det har vidare framkommit att avsikten med provokationen från polisens sida inte i första hand var att förmå AA att erkänna anläggandet av branden utan i stället att mera öppet söka efter information som antingen kunde binda honom eller fria honom från misstankarna att han kunde vara inblandad. Intervjun skedde i foajén på ett hotell och, enligt vad de hörda har berättat, i en lugn och behaglig atmosfär. När polisen ställde frågan till AA om han hade haft något att göra med en brand nämnde de inte särskilt att det gällde branden på hotellet CH i Gävle. Det var AA själv som kopplade ihop polisens fråga med branden i Gävle och som därefter lämnade uppgifterna om sin egen medverkan. Polisen ställde därpå några följdfrågor med anknytning till branden som AA också svarade på. Det har vidare upplysts i målet att såväl AA som [de medåtalade] före huvudförhandlingen vid tingsrätten i detalj blivit informerade om hur själva provokationen gick till. De tilltalade har således i efterhand haft full insyn vad avser provokationsåtgärderna och de har inte på grund av bristande information varit berövade möjligheten att ifrågasätta autenticiteten, tillförlitligheten eller kvalitén i övrigt av bevisen. Åklagaren har i målet åberopat ytterligare bevisning till stöd för att AA anlagt branden som tingsrätten funnit ge stöd för åtalet mot de tilltalade. Det gäller bl.a. muntlig bevisning, den tekniska utredningen om brandorsaken och brandens förlopp samt utredningen om AA:s närvaro och uppträdande vid centralstationen i Gävle den natt då branden ägde rum.

Som hovrätten redan varit inne på kan prövningen av om de tilltalades rättigheter enligt artikel 6 i Europakonventionen har kränkts inte enbart begränsa sig till frågan om den bevisprovokation som skett ska anses tillåten eller inte. Prövningen enligt artikel 6 sker i stället med hänsyn tagen till rättegångsförfarandet i dess helhet och vid en samlad bedömning av om de tilltalade har haft möjligheter att på ett tillfredsställande sätt försvara sig mot de anklagelser som riktas mot dem. Vid en sådan bedömning står det klart att såväl AA som [de medåtalade] haft goda möjligheter att ifrågasätta den bevisning som kom fram genom provokationen och att den psykologiska påverkan som AA utsattes för vid provokationen får anses ha varit tämligen begränsad. AA:s erkännande i samband med bevisprovokationen utgör visserligen en viktig del av åklagarens bevisning men åklagaren åberopar också annan betydelsefull bevisning till stöd för åtalet. Vad som framkommit om bevisprovokationen ger därför enligt hovrättens uppfattning inte grund för påståendet att provokationen oåterkalleligen undergrävt AA:s möjligheter till en rättvis rättegång och vid en samlad bedömning av omständigheterna i rättegångsförfarandet kan hovrätten inte heller finna att förfarandet stått i strid med artikel 6 i Europakonventionen. [---]

Bevisprovokationen mot AA har inneburit att han i ett skede när han var skäligen misstänkt för delaktighet i mordbranden inte har tillförsäkrats de rättssäkerhetsgarantier som följer av ett polisförhör enligt rättegångsbalken. Detta har medfört att hans möjligheter att försvara sig mot de misstankar om brott som har funnits mot honom har försämrats, vilket skulle kunna tala för att i vart fall en lindring av påföljden kunde komma i fråga. I samma riktning talar det förhållandet att AA:s berättelse och de frågor som ställdes till honom från polisernas sida i samband med den fingerade anställningsintervjun i Holland inte har dokumenterats på det sätt som är vanligt vid ett ordinärt polisförhör. Någon möjlighet för domstolar eller myndigheter inom rättsväsendet att i efterhand kontrollera hur bevisprovokationen gick till finns därmed inte. Det finns t.ex. ingen inspelning från vad som sades under anställningsintervjun som tydligt klargör att de frågor och följdfrågor som poliserna ställde till AA inte var ledande eller otillbörliga i någon mening. Å andra sidan har de poliser som medverkade vid anställningsintervjun och som har hörts i målet uppgett att det redan före intervjun var bestämt att de skulle låta AA berätta fritt och att de inte skulle pressa honom eller påverka honom att göra uttalanden i någon viss riktning. Enligt poliserna genomfördes också anställningsintervjun i enlighet med dessa riktlinjer. AA har inte heller själv i domstolarna invänt att polisernas frågor eller följdfrågor i någon mening skulle ha varit otillbörliga.

Vid ett övervägande av det anförda har hovrätten kommit till slutsatsen att AA:s och även [den medåtalades] möjligheter att tillvarata sina rättigheter i angivna hänseenden inte har försvagats i en sådan utsträckning att det finns tillräckliga skäl att lindra påföljden. Det betyder att straffet för dem båda ska bestämmas till fängelse i tio år.

Hovrättens dom vann laga kraft.

Anmälan och utredning

Advokat BB anser att den fingerade anställningsintervjun var ett förhör. Skälen till detta är att den genomfördes av polis som ett led i en pågående förundersökning och riktades mot AA som skäligen misstänkt för det brott förundersökningen gällde. Han underrättades vid detta förhör inte, på det sätt som föreskrivs i rättegångsbalken, om brottsmisstanken och fick inte möjlighet att biträdas av försvarare eller att använda sin rätt att inte svara på frågor. Förfarandet innebar enligt anmälaren att AA:s rättigheter enligt artikel 6 i Europakonventionen kränktes.

Rikskriminalpolisen, som genom sin tillförordnade chef GG yttrat sig för Rikspolisstyrelsens räkning, har bl.a. anfört följande. Förhørsreglerna i rättegångsbalken är enligt sedan länge inarbetad praxis typiskt sett inte avsedda att tillämpas på samtal som förs i polisens dolda spaningsverksamhet. En motsatt ordning skulle innebära att stora delar av polisens spaningsverksamhet påverkades. Rikskriminalpolisen har vidare informerat om att anordnandet av en fingerad anställningsintervju, där det är den enskildes sak att avgöra om han eller hon vill avslöja tidigare brottslighet, är en typ av åtgärd som används internationellt i s.k. cold case-sammanhang. Metoden har utvecklats i Kanada och befattningshavare vid Rikskriminalpolisen har utbildats i metoden av kanadensiska kollegor. Myndigheten gjorde följande sammanfattande bedömning.

Den fingerade anställningsintervjun har genomförts under en förundersökning om grov brottslighet. De provokativa inslag som anställningsintervjun kan sägas ha haft,

har som sådana varit rättsenliga. Anställningsintervjun har genomförts som ett led i en infiltrationsoperation. Infiltration är en nationellt och internationellt accepterad arbetsmetod inom brottsbekämpningen. Hittills saknas särskilda lagbestämmelser för användning av metoden. Anställningsintervjun har dock genomförts på ett sätt som överensstämmer med vedertagen praxis i dolt spaningsarbete, där samtal som förs mellan en polis och en misstänkt i en sådan situation inte är att anse som förhör under förundersökning. – Rikskriminalpolisen bedömer att åtgärden i alla delar har skett i överensstämmelse med gällande rätt. – Rikskriminalpolisen välkomnar en särskild lagreglering av området.

Åklagarmyndigheten har yttrat sig genom riksåklagaren HH, som inte anser att förundersökningsledaren förfor felaktigt eller olämpligt. Enligt riksåklagaren var infiltrationsåtgärderna inte förhör i rättegångsbalkens mening. ”Ett förhör är inget annat än en sådan situation som regleras i 23 kap. RB och FUK, där samhällets maktbefogenheter balanseras mot bestämmelser till skydd för bl.a. den misstänkte”, heter det bl.a. i yttrandet. Där anförs även:

Min uppfattning är att förhållningsreglerna överhuvudtaget inte kan anses tillämpliga när polis vid infiltrationsverksamhet uppträder ”undercover” och för samtal med misstänkta personer. Därmed är det inte förhållningsreglernas tillämplighet som ska avgöra gränserna för tillåtna bevisprovokationer.

Förundersökningsledaren EE har i sitt yttrande utförligt redovisat sina överväganden, bedömningar och åtgärder. Han konstaterar bl.a. att det är otillfredsställande att lagstiftaren inte närmare reglerat vad som i dessa sammanhang är tillåtet och otillåtet samt fortsätter:

Rättsläget är inte givet och lämnar i inte obetydlig mån vissa tolkningsutrymmen. Det är en grannliga uppgift för lagstiftaren att göra avvägningar mellan utredningsintresset, den fria bevisprövningens princip och den enskildes rätt till integritet. Dessutom är det mindre tillfredsställande ur ett arbetsmiljöperspektiv, att den rättstillämpande tjänstemannen inte alltid av lagstiftaren får kunskap om vad som är tillåtet eller inte tillåtet. För egen del har jag noggrant övervägt varje steg i denna operation och efter bästa förmåga sett till att kvalitetssäkra värdet av provokationens resultat, allt för att säkerställa såväl rättssäkerhetsintressen som utredningsintresset.

Till sist vill jag klargöra att jag i egenskap av förundersökningsledare självklart var ansvarig för den myndighetsutövning bevisprovokationen innefattat.

Rättslig reglering m.m.

Skydd för privatlivet; artikel 8 i Europakonventionen

Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) gäller som lag i Sverige. För tolkningen av konventionen är den praxis som utvecklats av Europadomstolen för mänskliga rättigheter (Europadomstolen) av central betydelse.

Artikel 8 i Europakonventionen, som är rubricerad *Rätt till skydd för privat- och familjeliv*, lyder:

1. Var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.

2. Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet 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 för andra personers fri- och rättigheter.

Gränsen för det skyddade området är svårdefinierad. Rätten till respekt för privatlivet har många aspekter (se Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 3:e upplagan, s. 301 f.). Den innefattar bl.a. ”the physical and psychological integrity of a person” (se Moreham, *The right to respect for private life in the European convention on Human Rights: A re-examination*, EHRLR 2008, s. 49, med hänvisningar till Europadomstolens praxis).

I lagstiftningssammanhang har regeringen uttalat att konventionens skydd för privatlivet inte kan anses hindra polisen att genom infiltration göra sig bekant med människor i syfte att samla information som kan leda till att brott klaras upp. Regeringen delade däremot den bedömning som Beredningen för rättsväsendets utveckling redovisat, nämligen att skyddet för privatlivet mer allmänt riskerar att kränkas om en myndighet följer och noterar de personliga aktiviteter som en person utför, för att på ett mera systematiskt sätt kartlägga personens liv. (Se prop. 2005/06:149 och SOU 2003:74 s. 137.)

Av artikel 8.2 framgår att konventionsstaterna har möjlighet att inskränka skyddet för privatlivet. Den grundläggande förutsättningen för detta är att det sker ”med stöd av lag”. Enligt Europadomstolens praxis innefattar detta två krav: dels att det finns ett klart stöd för åtgärden i den nationella rätten, dels att det stödet innefattar erforderliga rättssäkerhetsgarantier. Detta framgår bl.a. i fallet *Bykov mot Ryssland* (dom i Grand Chamber 10 mars 2009, ansökan nummer 4378/02), där Europadomstolen uttalade:

Domstolen upprepar att uttrycket ”med stöd av lag” inte bara kräver överensstämmelse med nationell lag utan också hänför sig till denna lags kvalitet och kräver att den är förenlig med rättssäkerhetens krav. När det gäller myndigheters hemliga övervakning, i detta fall polisens, måste den nationella lagen innehålla skydd mot godtyckliga ingrepp i den enskildes rätt enligt artikel 8. Lagens förutsättningar måste vidare vara tillräckligt tydliga för att ge de enskilda en rättvisande bild av de villkor under vilka myndigheter har rätt att tillgripa hemliga åtgärder [...].¹ (§ 76)

¹ Originaltext: The Court reiterates that the phrase ”in accordance with the law” not only requires compliance with domestic law but also relates to the quality of that law, requiring it to be compatible with the rule of law. In the context of covert surveillance by public authorities, in this instance the police, domestic law must provide protection against arbitrary interference with an individual’s right under Article 8. Moreover, the law must be sufficiently clear in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are entitled to resort to such covert measures (see *Khan v. the United Kingdom*, no. 35394/97, § 26, ECHR2000-V).

I Bykovs fall fann domstolen att kravet på lagstöd inte var uppfyllt. Domstolen kunde därmed konstatera att artikel 8 kränkts utan att behöva gå in på frågan om det som förekommit varit ”nödvändigt i ett demokratiskt samhälle”.

Regeringsformens skydd mot övervakning och kartläggning

Den enskilde är gentemot det allmänna skyddad mot betydande intrång i den personliga integriteten som sker utan samtycke och innebär övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden, 2 kap. 6 § andra stycket regeringsformen. Bestämmelsen trädde i kraft 2011; den gällde alltså inte vid den tid då den här aktuella förundersökningen bedrevs.

Skyddet får begränsas i lag och under de förutsättningar som anges i 2 kap. 20 § regeringsformen, varvid bl.a. gäller att en begränsning bara får göras för att tillgodose ett ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle och aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den.

Av förarbetena, prop. 2009/10:80, framgår bl.a. följande. Skyddet är generellt och inte avgränsat till vissa tekniska förfaranden (s. 181). Åtgärder som vidtas gentemot den enskilde och som denne på grund av sekretess inte kan få kännedom om är typiskt sett särskilt känsliga från integritetsskyddssynpunkt, främst eftersom den enskilde under sådana förhållanden saknar möjligheter att själv tillvarata sin integritetsintressen (s. 178). Det avgörande vid bedömningen av om en åtgärd ska anses innebära övervakning eller kartläggning är dess effekt, inte det huvudsakliga syftet med åtgärden (s. 181). Skyddet gäller bara intrång som på grund av intensitet, omfattning, uppgifternas integritetskänsliga natur eller andra omständigheter innebär ett betydande ingrepp i den enskildes privata sfär (s. 250). Vad som är övervakning respektive kartläggning ska bedömas med utgångspunkt från vad som enligt normalt språkbruk läggs i dessa begrepp (a.st.).

Rättvis rättegång; artikel 6 i Europakonventionen m.m.

Artikel 6 i Europakonventionen, som är rubricerad Rätt till en rättvis rättegång, lyder (i de delar som här är av intresse):

1. Var och en ska, vid prövningen av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. [---]
2. Var och en som blivit anklagad för brott ska betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.
3. Var och en som har blivit anklagad för brott har följande minimirättigheter: [---]
 - c) att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde som han själv utsett eller att, när han saknar tillräckliga medel för att betala ett rättegångsbiträde, erhålla ett sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar, [---]

En bestämmelse om rättvis rättegång finns från och med 2011 upptagen bland regeringsformens stadganden om grundläggande fri- och rättigheter (2 kap. 11 § andra stycket). Den tar sikte på den grundläggande bestämmelsen i artikel 6.1 (se SOU 2008:125 s. 426 och prop 2009/10:80 s. 156 ff.).

Begreppet rättvis rättegång enligt artikel 6 täcker hela det straffrättsliga förfarandet; det är alltså inte begränsat till rättegången i domstol. I enlighet med den praxis som utvecklats av Europadomstolen innefattar konventionsskyddet ett flertal rättigheter och principer.

Den övergripande rätten till rättvis rättegång enligt artikel 6 ska enligt Europadomstolens praxis bedömas utifrån den rättsliga processen som helhet, vilket betyder att en brist i en del under vissa förutsättningar kan botas i en annan del. Att en misstänkts rätt till respekt för sitt privatliv enligt artikel 8 kränkts under ett rättsligt förfarande leder inte i sig självt till att förfarandet ska bedömas som orättvist enligt artikel 6. Det framgår i fallet *Khan mot Förenade kungariket* (dom 12 maj 2000, ansökan nummer 35394/97) samt även i fallen *Allan* (se nedan) och *Bykov*.

Till de principer som ingår i begreppet rättvis rättegång hör att den misstänkte inte ska behöva bidra till utredningen genom att göra medgivanden eller tillhandahålla belastande material (Danelius, a.a., s. 247). Europadomstolen fäster stor vikt vid denna rättighet, som enligt domstolen ligger i hjärtat av rätten till en rättvis rättegång (*John Murray mot Förenade kungariket*, dom 8 februari 1996, ansökan nummer 18731/91, § 45). Rättigheten har satts i samband med rätten till juridiskt biträde; en försvarare har enligt domstolen bl.a. i uppgift att se till att den misstänktes rätt att inte belasta sig själv respekteras (*Salduzmot Turkiet*, dom 27 november 2008, ansökan nummer 36391/02, § 54). Om den misstänkte under polisförhör gör belastande uttalanden utan tillgång till advokat och dessa används för fällande dom anser domstolen att försvarets rättigheter i princip undergrävs på ett oåterkalleligt sätt (*Salduz*, § 55).

I fallet *Allan mot Förenade kungariket* (dom den 5 november 2002, ansökan nummer 48539/99) hade en man, Allan, frihetsberövats misstänkt för inblandning i ett butiksrån där butikens innehavare skjutits till döds. Allan använde sig av sin rätt att förbli tyst. En informatör, som var arresterad för andra brott, placerades av polisen i samma cell som Allan med uppgift att förmå denne att berätta om brottsmisstankarna. Informatören vittnade sedermera om att Allan medgett att han befunnit sig på brottsplatsen. Ingen annan bevisning än denna uppgift förband Allan med dödsskjutningen. Han åtalades och dömdes till livstids fängelse för mord. – Europadomstolen gjorde bl.a. följande principiella uttalanden.

Rätten att inte belasta sig själv har primärt att göra med respekten för en anklagads vilja att förbli tyst och förutsätter att åklagarsidan i ett brottmål strävar efter att

styrka åtalet utan att ta till bevis som erhållits genom tvång eller press för att bryta den anklagades vilja.² (§ 44) [---]

Medan rätten till tystnad och att inte belasta sig själv primärt är avsedda att skydda mot otillbörligt myndighetstvång och mot att bevisning erhålls genom metoder som innefattar tvång eller press för att bryta den anklagades vilja är rättighetens omfattning inte begränsad till fall där yttre våld använts för att påverka den anklagade eller där dennes vilja på något sätt direkt har överkommit. Rätten, som enligt vad Domstolen tidigare konstaterat ligger i hjärtat av begreppet rättvis rättegång, syftar i princip till att skydda en misstänkts frihet att vid polisförhör välja att tala eller att förbli tyst. En sådan valfrihet undermineras i grunden om myndigheterna, i ett fall där den misstänkte valt att vara tyst vid utfrågning, kringgår detta för att från den misstänkte locka fram bekännelser eller andra uttalanden av belastande natur, som myndigheterna inte kunnat erhålla under utfrågningen och där de bekännelser eller uttalanden som på det sättet erhållits åberopas som bevis i rättegång.³ (§ 50)

I Allans fall fann Europadomstolen att informatören hade styrt sina samtal med Allan till dödsckjutningen på ett sätt som kunde betraktas som en funktionell motsvarighet till förhör (*functional equivalent of interrogation*), utan de skyddsgarantier som skulle ha följt vid ett formellt polisförhör, inklusive närvaro av en advokat och underrättelse om rätten att förbli tyst (*Allan*, § 52). Domstolen ansåg att Allans rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 hade kränkts genom att den information som informatören fått fram hade erhållits mot Allans vilja och att dess användning i rättegången, där den utgjort huvudbevis, inkräktat på dennes rätt att vara tyst och att inte belasta sig själv.

I ett senare fall, *Bykov mot Ryssland* (citerat ovan), var bakgrunden följande. En man, V, anmälde till polisen att han ombetts av en företagsledare, Bykov, att mörda en tidigare kompanjon till denne. V föredde ett vapen som Bykov skulle ha gett honom. Polisen ”riggade” ett scenario, där media vilseleddes att rapportera om att

² Originaltext: The right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent and presupposes that the prosecution in a criminal case seeks to prove the case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused.

³ Originaltext: While the right to silence and the privilege against self-incrimination are primarily designed to protect against improper compulsion by the authorities and the obtaining of evidence through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused, the scope of the right is not confined to cases where duress has been brought to bear on the accused or where the will of the accused has been directly overborne in some way. The right, which the Court has previously observed is at the heart of the notion of a fair procedure, serves in principle to protect the freedom of a suspected person to choose whether to speak or to remain silent when questioned by the police. Such freedom of choice is effectively undermined in a case in which, the suspect having elected to remain silent during questioning, the authorities use subterfuge to elicit, from the suspect, confessions or other statements of an incriminatory nature, which they were unable to obtain during such questioning and where the confessions or statements thereby obtained are adduced in evidence at trial.

två lik påträffats i kompanjonens hem. Därefter instruerades V att, försedd med avlyssningsutrustning och under bevakning av polis, besöka Bykov för att avrapportera och återlämna vapnet. Det ledde till att Bykov greps. Inspelning från besöket tillsammans med V:s egna uppgifter användes för att åtala Bykov för anstiftan till mord. Vid tidpunkten för rättegången hade V lämnat ett skriftligt återtagande av sina uppgifter och försvunnit. Bykov dömdes till sex års fängelse, men frigavs villkorligt direkt efter rättegången, som hölls drygt ett och ett halvt år efter hans gripande. Bykov anförde inför Europadomstolen bl.a. att hans rätt till en rättvis rättegång hade kränkts.

Vid sin bedömning av Bykovs rätt till en rättvis rättegång beaktade Europadomstolens majoritet att bevisningen från V:s inspelade besök inte var avgörande utan att nyckelbevisningen var de uppgifter V lämnat inledningsvis och det vapen han då visade upp (§ 98). Domstolen prövade vidare om det som förekommit innebar att Bykovs rätt att förbli tyst och att inte belasta sig själv kränkts. I vad som ter sig som den avgörande delen av domskälen anfördes:

Domstolen konstaterar att sökanden [Bykov] i detta fall inte varit pressad att ta emot V i sitt gästhus och tala med denne eller att fälla några särskilda kommentarer i det ämne som togs upp av V. Till skillnad från sökanden i fallet Allan [...] var sökanden inte häktad utan fri på sin egen fastighet med vakter och annan personal. Karaktären av det förhållande han hade till V – den senare var underordnad sökanden – ålade honom inte att bete sig på något särskilt sätt. Sökanden var med andra ord fri att träffa V och tala med denne eller att vägra göra det. Det framgår att han var villig att fortsätta det samtal som V tog upp därför att ämnet var av personligt intresse för honom. Domstolen är således inte övertygad om att åtkomsten av bevisningen besudlades av sådana element av tvång eller press som Domstolen i fallet Allan fann liktydigt med ett brott mot sökandens rätt att förbli tyst.⁴ (§ 102)

Domen var i denna del inte enhällig. En minoritet ansåg att Bykovs rätt till en rättvis rättegång hade kränkts. En domare, till vilken fyra andra anslöt sig, anlade därvid ett delvis annat perspektiv på den operation som företagits och ansåg att det

⁴ Originalalets text: The Court notes that in the present case the applicant had not been under any pressure to receive V. at his "guest house", to speak to him, or to make any specific comments on the matter raised by V. Unlike the applicant in the Allan case [---], the applicant was not detained on remand but was at liberty on his own premises attended by security and other personnel. The nature of his relations with V. – subordination of the latter to the applicant – did not impose any particular form of behaviour on him. In other words, the applicant was free to see V. and to talk to him, or to refuse to do so. It appears that he was willing to continue the conversation started by V. because its subject matter was of personal interest to him. Thus, the Court is not convinced that the obtaining of evidence was tainted with the element of coercion or oppression which in the Allan case the Court found to amount to a breach of the applicant's right to remain silent.

måste beaktas om den person som är utsatt *de facto* är under myndigheternas kontroll:

Så var det i detta fall; sökanden var ovetande huvudperson i ett arrangemang som helt och hållet orkestrerades av myndigheterna. Jag vill här fästa uppmärksamhet på de mycket speciella omständigheterna i den hemliga operationen, som började med den arrangerade upptäckten av två lik och tillkännagivandet i media att S och I hade skjutits till döds. När V anlände till sökandens "gästhus" var sökanden redan under inflytande av den oriktiga informationen om att ett allvarligt brott hade begåtts och hans föreställning förstärktes av V:s medgivande att det var denne som var gärningsman. Sökandens uppförande var därför inte enbart, eller huvudsakligen, styrt av händelser som skulle ha inträffat under normala förhållanden utan framför allt av skenhändelser som de undersökande myndigheterna framställt. I den meningen, i betraktande av att han var offer för en bluff, kan hans uttalanden och reaktioner inte rimligen sägas ha varit frivilliga och spontana. [---]

I detta fall var syftet med de arrangerade händelserna att få sökanden att tala. Den hemliga operationen undergrävde avslöjandenas frivillighet till den grad att rätten att förbli tyst och inte belasta sig själv tömdes på allt innehåll. Liksom i fallet Ramanauskas [*Ramanauskas mot Litauen*, dom den 5 februari 2008, ansökan nummer 74420/01] snärjdes sökanden av en person som på distans kontrollerades av myndigheterna, vilka arrangerade en fälla med hjälp av en privatperson som hemlig agent. Jag anser således att den information som därvid togs fram avslöjades genom förledande, mot sökandens vilja.⁵ (Domare Spielmanns skiljaktiga mening, §§ 35 och 37.)

Bestämmelser om förhör; den misstänktes rättigheter

Regler om förhör under förundersökning finns i 23 kap. rättegångsbalken. Där framgår den allmänna skyldigheten för var och en att underkasta sig förhör av polis (6 §). Något krav på att bidra till utredningen finns inte. Att den som är misstänkt för ett brott kan låta bli att säga något framgår i rättegångsbalken dock endast

⁵ Originaltext: This was so in the present case; the applicant was an unwitting protagonist in a set-up entirely orchestrated by the authorities. I would draw attention here to the very particular circumstances of the covert operation, which began with the staged discovery of two bodies and the announcement in the media that S. and I. had been shot dead. By the time V. arrived at the applicant's "guest house", the applicant was already under the influence of the erroneous information that a serious crime had been committed, and his belief was reinforced by V.'s admission that he had been the perpetrator. The applicant's conduct was therefore not solely, or mainly, guided by events which would have taken place under normal circumstances, but above all by the appearances created by the investigating authorities. To that extent, seeing that he was the victim of a ruse, his statements and reaction cannot reasonably be said to have been voluntary or spontaneous. [---]

In the present case the purpose of the staged events was to make the applicant talk. The covert operation undermined the voluntary nature of the disclosures to such an extent that the right to remain silent and not to incriminate oneself was rendered devoid of all substance. As in the Ramanauskas case, the applicant was entrapped by a person controlled from a distance by the authorities, who staged a set-up using a private individual as an undercover agent. I thus consider that the information thereby obtained was disclosed through entrapment, against the applicant's will.

indirekt genom att det inte finns någon skyldighet att göra det, vare sig under utredningen eller inför domstol. Inte heller i övrigt finns det i svensk lag någon bestämmelse om en rätt att inte säga något under förhör. Principen att den misstänkte inte ska behöva bidra till utredningen genom att göra medgivanden eller tillhandahålla belastande material ingår dock som framgått ovan i rätten till en rättvis rättegång.

Enligt 21 kap. 3 § rättegångsbalken har den som är misstänkt för brott rätt att biträdas av försvarare, som han eller hon själv utser. Under vissa förutsättningar ska offentlig försvarare förordnas, se 21 kap. 3 a § rättegångsbalken. Enligt 23 kap. 18 § rättegångsbalken ska den som är skäligen misstänkt för brott då han eller hon hörs underrättas om misstanken. Enligt 12 § förundersökningskungörelsen ska den som underrättas om att han eller hon är skäligen misstänkt för ett brott samtidigt informeras om sin rätt att redan under förundersökningen anlita biträde av försvarare och om vad som gäller beträffande offentlig försvarare. Det är förundersökningsledaren som bestämmer vem som får närvara vid förhör, 23 kap. 10 § rättegångsbalken, men för en försvarare gäller enligt vedertagen uppfattningen en i praktiken oinskränkt rätt att vara med vid förhör med den misstänkte.

Vissa allmänna förhållningsregler för hur förhör får genomföras finns i 23 kap. 12 § rättegångsbalken. Det är enligt denna bestämmelse inte tillåtet att använda otillbörliga åtgärder i syfte att få fram en bekännelse eller ett visst uttalande. Som exempel på otillbörliga åtgärder anges medvetet oriktiga uppgifter, löften eller förespeglningar om särskilda förmåner, hot, tvång och uttrötning. Den som förhörs får inte heller förmenas att inta sedvanliga måltider eller att åtnjuta nödig vila.

Dokumentation under förundersökningen

Enligt 23 kap. 21 § rättegångsbalken ska det vid en förundersökning föras protokoll över vad som förekommit av betydelse för utredningen. Närmare bestämmelser om förundersökningsprotokollets innehåll finns i 20–23 §§ förundersökningskungörelsen. Enligt 20 § ska en rad uppgifter antecknas i protokollet, bl.a. tid och plats för åtgärder under förundersökningen. Enligt 22 § första stycket ska protokoll avfattas så, att det ger en trogen bild av vad som förekommit vid förundersökningen av betydelse för målet.

Vid bedömningen av vilka uppgifter som är av betydelse måste den i 23 kap. 4 § rättegångsbalken föreskrivna objektivitetsprincipen beaktas. I tidigare JO-beslut framgår att förundersökningsledaren därför måste vara uppmärksam på att det inte ur protokollet utmönstras uppgifter som ur försvarets synvinkel kan framstå som betydelsefulla (se bl.a. JO 1964 s. 212 och 2007/08 s. 87).

Dokumentation som inte tas in i förundersökningsprotokollet ska hållas tillgänglig (se SOU 2011:45 s. 255 ff.om s.k. sidomaterial).

Dolda spaningsmetoder

Det är allmänt förekommande och godtaget att poliser under brottsutredningar arbetar civilt, utan att tillkännage att de är poliser. Det finns ingen särskild reglering om detta utan det rättsliga stödet får hämtas i de allmänna bestämmelserna om polisens uppgift i bl.a. polislagen. Av 8 § polislagen framgår därvid att en polisman i sin tjänsteutövning ska iaktta gällande rätt samt de s.k. behovs- och proportionalitetsprinciperna. Ingripanden som begränsar någon av de i 2 kap. regeringsformen angivna fri- och rättigheterna får dock inte ske enbart på den grunden; de kräver särskilt lagstöd. Detta får anses innefatta även de fri- och rättigheter som följer av Europakonventionen.

Vissa former av dolt polisarbete har tilldragit sig särskilt rättsligt intresse. När polisen aktivt påverkar enskilda talar man ibland om provokativa åtgärder, se Riksåklagarens riktlinjer beträffande handläggningen av provokativa åtgärder, RÅR 2007:1, som gäller åtgärder som riskerar leda till att någon begår brott, s.k. brottsprovokation. Det saknas i övrigt särskild reglering beträffande metoder av detta slag. De är därmed tillåtna inom de nyss nämnda, allmänna ramarna men inte om de inkräktar på den enskildes fri- och rättighetsskydd.

”Infiltration” kan betraktas som en särskild form av dolt polisarbete. Begreppet är inte definierat i svensk rätt; arbetsformen är i princip oreglerad. Polismetodutredningen har i sitt slutbetänkande använt ”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” (SOU 2010:103 s. 102). Enligt utredningen kan infiltration användas för att skaffa information som bidrar till att klara upp annars ouppklarade fall, ”cold-cases”. Utredningen såg inga hinder mot detta (a.a. s. 120 f.).

En lag om kvalificerade skyddsidentiteter infördes 2006 (se prop. 2005/06:149). Den innebär att bl.a. poliser under vissa förutsättningar kan tilldelas en konstruerad (fiktiv) identitet. Lagen bygger på att polisen inte alltid kan arbeta öppet (jfr a. prop. s. 16). Den reglerar dock inte till någon del de arbetsmetoder där kvalificerade skyddsidentiteter kan komma till användning.

Rikspolisstyrelsen har 2010 inspekterat de enheter som inrättats för att ansvara för användning av kvalificerade skyddsidentiteter (Inspektion av polisens undercoververksamhet, rapport 2010-08-26). I rapportens sammanfattning beskrivs regleringen på följande sätt:

Det finns inga fastställda riktlinjer för verksamheten. Att det finns en manual som samtliga enhetschefer vid storstadsmyndigheterna och RKP har enats om och som är under omarbetning uppfyller inte kravet på fastställda riktlinjer för svensk polis. Det är mycket viktigt att det finns väl genomarbetade och dokumenterade riktlinjer för en verksamhet som inte är lagreglerad och där det i övrigt inte finns mycket vägledning i doktrin och praxis.

Högsta domstolens dom den 20 oktober 2011

Högsta domstolen, HD, har nyligen uttalat sig i ett mål som har beröringspunkter med det ärende som här ska bedömas (HD:s dom den 20 oktober 2011, B 2150-11; fråga om betydelsen av att den tilltalade vid en bevisprovokation som bedömts ha hotfulla inslag lämnat uppgifter som varit negativa för honom själv). Omständigheterna var följande.

Sedan en kvinna försvunnit misstänktes C för att ha dödat henne. Han frihetsberövades och förhördes vid flera tillfällen, men fem år efter försvinnandet var detta fortfarande ouppklarat. En särskild utredningsinsats genomfördes då. En operatör som kallade sig "Mike" gjorde sig till vän med C. Operatören framställde sig som kriminell och uppgav för C att det fanns intresse för den försvunnas livförsäkring. För att den skulle utfalla måste hennes kropp återfinnas. Operatören lockade C med pengar om denne avslöjade vad han visste. Operatören hotade även med "ryssar och tjetjener" m.m. Det gav inget resultat. I syfte att "öka trycket" på C uppsökte en annan operatör, föreställande "en ryss", och ytterligare operatörer C utanför dennes hem. De uppmanade C att ta kontakt med "Mike". Vid det möte som följde pekade C ut den plats där kvinnans kropp fanns och påtog sig ansvaret för hennes död. Av dokumentation i målet framgick att han vid det tillfället var narkotikapåverkad.

HD konstaterade att när ett åtal föregåtts av en bevisprovokation är det inte domstolens primära uppgift att avgöra hur åtgärden förhåller sig till gällande regler i och för sig. Däremot kan provokationen indirekt påverka bedömningen av åtalet. Ytterst är det fråga om att beakta rätten till en rättvis rättegång enligt Europakonventionen och därvid väga in hur bevisningen skaffats fram. (HD:s dom, p. 15.)

Enligt HD fick den press som C utsatts för "anses otillbörlig". Det förhållandet att han lämnat uppgifter under omständigheter som "inte uppfyller sedvanliga krav på rättssäkerhet" beaktades vid bevisvärderingen genom att uppgifterna tillmättes ett mycket lågt bevisvärde. HD konstaterade dock att åtalet i stor utsträckning vilade på annan bevisning, exempelvis den rättsmedicinska utredning som utförts sedan C visat var kroppen fanns. Att den bevisningen kommit fram till följd av provokationen mot C påverkade enligt HD inte dess bevisvärde. C hade kunnat granska bevisningen och åberopa egen motbevisning. Domstolarna hade fått goda möjligheter att bedöma värdet av utredningen som helhet. (HD:s dom, p. 27–29.)

C dömdes för mord. Straffvärdet motsvarade fängelse i tio år. Vid straffmätningen skulle det otillbörliga inslaget i provokationen beaktas. Den hotfulla situation som skapats genom provokationen kunde "dock inte hänföras till det allvarligare slaget". HD fortsatte:

Samtidigt måste det beaktas att rätten att inte behöva uttala sig eller lämna uppgifter som är belastande för den enskilde själv, har uppfattats som centrala skyddsregler vid genomförandet av en rättegång. Det finns därmed särskilda skäl att döma C till ett lindrigare straff än som är föreskrivet för brottet med stöd av 29 kap. 5 § första

stycket 8 och andra stycket brottsbalken. Nedsättningen bör anses motsvara två års fängelse. (HD:s dom, p. 32.)

I underinstansen hade C:s straff sänkts med tre år och eftersom domen inte hade överklagats av åklagaren fastställdes straffet till fängelse sju år.

Bedömning

Utgångspunkter

JO:s beslut att inte inleda förundersökning om tjänstefel i detta ärende grundades bl.a. på frånvaron av i författning givna föreskrifter om vad som är ett rättsenligt handlande i samband med genomförandet av infiltrationsoperationer och provokationer. Frågan om inblandade befattningshavare på rättslig grund kan kritiseras för de åtgärder som vidtogs mot AA får anses avgjord genom detta beslut. Syftet med den granskning som därefter följt har varit att utreda och i möjlig mån precisera rättsläget, till underlättande av framtida rättstillämpning.

Utgångspunkten för bedömningen är den i regeringsformen fastlagda legalitetsprincipen, som kräver att myndigheter ska ha rättsligt stöd för sin verksamhet. När det gäller åtgärder som inkräktar på enskildas fri- och rättigheter ska detta stöd finnas i lag och vara utformat på ett rättssäkert sätt. Det är JO:s uppgift att särskilt tillse att dessa fri- och rättigheter upprätthålls (3 § lagen med instruktion för Riksdagens ombudsmän).

Frågan om det rättsliga förfarandet som helhet varit i strid med den övergripande rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen har som ovan framgått prövats av hovrätten, vars dom vunnit laga kraft. Den bör inte göras till föremål för ytterligare bedömningar i detta sammanhang. Den fortsatta framställningen är i stället inriktad på de gentemot AA vidtagna utredningsåtgärderna, som inte varit föremål för något motsvarande ställningstagande.

Betydelsen av att infiltration är en i princip godtagen utredningsmetod m.m. Eftersom infiltration är en sedan länge i åtminstone viss omfattning använd metod skulle det kunna hävdas att annars gällande principer och rättigheter med lagstiftarens goda minne är satta ur spel när metoden används.

Mot detta står att det saknas rättsregler som tar sikte på infiltration. Begreppet finns inte definierat i vare sig författning, lagförarbeten, praxis eller doktrin (jfr härom i Polismetodutredningens betänkande, SOU 2010:103, s. 100 ff.). Det är belysande att den typ av från flera synpunkter vidlyftiga utredningsmetod som använts i detta ärende inte gjorts till föremål för någon enda föreskrift i den annars jämförelsevis hårt detaljstyrda verksamhet som polisen bedriver (jfr Rikspolisstyrelsens ovan citerade inspektionsrapport).

För att grundläggande fri- och rättigheter ska kunna sättas åt sidan till förmån för intresset av att utreda brott måste det krävas att de skäl som föranleder detta kommit till rättsligt uttryck på ett konkret sätt. Att ta lagstiftarens passivitet till

intäkt för att göra avsteg från annars gällande rättsprinciper kan enligt min mening inte komma i fråga.

Även det förhållandet att det finns en lag om kvalificerade skyddsidentiteter har anförts till stöd för att betrakta infiltration som generellt tillåten. Argumentet är då att eftersom den lagen utgår från att poliser ska kunna använda dolda arbetsmetoder måste sådana metoder vara lagliga. Att polisen i och för sig får arbeta dolt är emellertid inte ifrågasatt. Det som gäller är hur åtgärder som därvid kan förekomma ska bedömas när de griper in i enskildas fri- och rättigheter. Lagen om kvalificerade skyddsidentiteter, som över huvud taget inte reglerar de arbetsmetoder där kvalificerade skyddsidentiteter ska få användas, ger inget svar på detta och kan självfallet inte genom sin blotta existens anföras som rättsligt stöd för alla former av ingripanden som poliser skulle kunna tänkas företa under skyddsidentitet.

Den misstänktes rätt till respekt för sitt privatliv enligt artikel 8 i Europakonventionen

Enligt artikel 8 i Europakonventionen har den enskilde rätt till respekt för sitt privatliv. Rätten får inte inskränkas annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till ett antal i bestämmelsen uppräknade ändamål. Gränsen kring det skyddade området är som framgått inte skarp.

Den metod som användes i denna förundersökning beskrevs i polisens operationsplan som ”att infiltrera målpersonen”, dvs. AA. Det sätt på vilket det skedde har ovan beskrivits. I vad mån de enskilda åtgärder som vidtogs mot AA – den inledande kartläggningen, upprättandet av den personliga profilen, de flertaliga manipulationerna för att förleda AA att delta i än den ena än den andra aktiviteten, de noggrant genomförda åtgärderna i syfte att styra hans intresse tillbaka mot kriminellt leverne och väcka hans ”girighet” m.m. – var för sig kränkte rätten till respekt för privatlivet kan diskuteras. Men att de sammantagna måste bedömas på det sättet kan det inte råda någon tvekan om, särskilt om man beaktar att de pågick under mycket lång tid och utgjorde successiva led i ett allt djupare ingripande i AA:s liv. Utredningsinsatsen som helhet utgjorde alltså ett ingrepp i AA:s rättigheter enligt artikel 8.

Konventionen medger inskränkningar i den enskildes rätt till respekt för sitt privatliv, t.ex. i samband med brottsutredningar, men reser då först och främst krav på att de brottsutredande myndigheterna har stöd för att göra så i den egna lagstiftningen, som dessutom måste tillgodose grundläggande rättssäkerhetsintressen. Som framgått i redogörelsen för den rättsliga regleringen innebär detta bl.a. att det i lagstiftningen ska klargöras när åtgärderna får tillgripas samt att det ska finnas skydd mot godtycke och hinder mot missbruk.

I svensk rätt finns över huvud taget inte några regler om ”personinfiltration” och i princip inte heller om infiltration i allmänhet. Det har inte varit möjligt att utifrån lagstiftningen förutse att de brottsutredande myndigheterna haft befogenhet att ingripa i AA:s privatliv på det sätt som här skedde och det har inte heller funnits något skydd mot godtycke eller missbruk. Inget av de två moment som Europakonventionens krav på lagstöd innehåller var med andra ord uppfyllt. Artikel 8 i konventionen har således överträtts, oavsett om operationen under andra rättsliga förutsättningar skulle ha kunnat inrymmas bland de inskränkningar som konventionen medger.

Den fingerade anställningsintervjun

Den som misstänks för brott har under utredningen rätt att förbli tyst och att inte belasta sig själv samt rätt att biträdas av försvarare. Då den som är skäligen misstänkt hörs ska han eller hon underrättas om misstanken och om sin rätt till försvarare. Detta framgår sammantaget av Europakonventionen, rättegångsbalken och förundersökningskungörelsen. Av Europadomstolens praxis kan vidare utläsas att den som misstänks för brott bör upplysas om sin rätt att förbli tyst och att inte belasta sig själv.

Utgångspunkten för dessa regler är dock vanliga brottsutredningar, där den brottsutredande myndigheten förhör den misstänkte eller på annat sätt gör honom eller henne till föremål för öppen och formaliserad myndighetsutövning. Det är inte självklart att de gäller på samma sätt då utredningsåtgärderna är dolda för den misstänkte och där den brottsutredande myndigheten arbetar på ett informellt sätt. Det skulle enligt min mening i alla händelser föra för långt om poliser under pågående spaning alltid behövde bedöma huruvida en person som kan lämna enstaka uppgifter av intresse är skäligen misstänkt eller inte. Det som förekommit i detta fall är emellertid inte informationsinhämtning av det slaget.

Bakgrunden till utredningsinsatsen mot AA var att förundersökningsledaren dels ville undvika att AA skulle underrättas om brottsmisstanken, dels befarade att AA inte skulle säga något, dvs. göra bruk av sin rätt att vara tyst och att inte belasta sig själv. De brottsutredande myndigheterna skapade därför – utan rättslig grund – en situation där AA skulle kunna utfrågas av polis utan att veta om det. Syftet var att efterforska bevisning som skulle kunna åberopas i domstol. Förfarandet innebar alltså ett avsiktligt kringgående av en brottsmisstänkts rättigheter.

Det finns mot den bakgrunden skäl att erinra om vad Europadomstolen uttalat om rätten att inte belasta sig själv:

Rätten, som enligt vad Domstolen tidigare konstaterat ligger i hjärtat av begreppet rättvis rättegång, syftar i princip till att skydda en misstänkts frihet att vid polisförhör välja att tala eller att förbli tyst. En sådan valfrihet undermineras i grunden om myndigheterna, i ett fall där den misstänkte valt att vara tyst vid utfrågning, kringgår detta för att från den misstänkte locka fram bekännelser eller

andra uttalanden av belastande natur, som myndigheterna inte kunnat erhålla under utfrågningen och där de bekännelser eller uttalanden som på det sättet erhållits åberopas som bevis i rättegång. (Allan, § 50, även citerat ovan.)

Det sagda måste enligt min mening gälla inte bara då den misstänkte fått tillfälle att använda sin rätt utan också då han eller hon, på det sätt som skett i detta fall, avsiktligt berövats möjligheten att göra det.

23 kap. 12 § rättegångsbalken

Enligt 23 kap. 12 § rättegångsbalken är det inte tillåtet att under förhör använda otillbörliga åtgärder i syfte att få fram en bekännelse eller ett visst uttalande. Som exempel på otillbörliga åtgärder anges medvetet oriktiga uppgifter, löften eller förespeglingar om särskilda förmåner, hot, tvång och uttrötning. Bestämmelsen gäller enligt sin lydelse vid förhör, men får anses ge uttryck för en mer allmänt gällande princip (jfr SOU 1982:63 s. 139). Den bör enligt min mening beaktas vid utredningsåtgärder som syftar till att förmå enskilda att lämna uppgifter till polisen under situationer som är – med Europadomstolens ordval – ”the functional equivalent of interrogation” (Allan, § 52).

Uttrycket otillbörliga åtgärder är allmänt hållet och tänjbart. Bestämmelsens innebörd har i äldre juridisk doktrin sammanfattats så ”att alla ojusta metoder är förbjudna” (Olivecrona, Rättegången i brottmål enligt RB, 3:e upplagan, s. 198). Även om detta kan tyckas oprecist ger bestämmelsen i sin kärna uttryck för en värdegrund, vars giltighet få torde bestrida, nämligen att uppgifter från enskilda inte får frammanas medelst hot eller tvång och inte heller genom att den enskilde på ett otillbörligt sätt lockas att göra uttalanden som han annars inte skulle ha gjort.

Det har från de brottsutredande myndigheternas sida framhållits att AA när han under intervjun lämnade de för honom besvärande uppgifterna gjorde detta utan tvång, i avspända former etc. och att han inte heller leddes in på hotellbranden i Gävle. När AA fick den fråga, som enligt uppgift formulerades ungefär ”att vi hört något om en brand och att du utfört den åt någon.?””, var han emellertid sedan mer än ett år tillbaka utsatt för en systematisk påverkan som syftat till att förmå honom att svara på precis det sätt han gjorde.

I denna påverkan, som utformats utifrån den personliga profil en psykolog gjort av AA, ingick att hos AA skapa, som det benämns i dokumenten, ”girighet” i form av åtrå till den typ av lyxliv som de personer som nästlat sig in i AA:s liv låtsades leva. I de instruktioner polismännen/operatörerna arbetade efter ingick vidare att se till att AA upplevde det som viktigt att vara lojal och ärlig, samtidigt som han skulle förstå att hans uppgifter kunde kontrolleras, dvs. att det vore riskabelt för honom att ljuga. Slutligen skulle det göras klart för AA att den anställning han erbjöds förutsatte en vilja och förmåga hos honom att begå olagliga handlingar.

Bedömningen av om det AA utsattes för var otillbörligt kan mot den bakgrunden inte begränsas till omständigheterna under anställningsintervjun och hur de frågor

han fick var formulerade. Hela förloppet, från kartläggning till den slutliga intervjun måste tas i beaktande. Som framgått innebar detta att AA under mycket lång tid utsattes för en skraddarsydd, djupgående psykologisk och social påverkan. Att utsätta en brottsmisstänkt för någonting sådant är enligt min mening inte förenligt med den värdegrund som kommer till uttryck i 23 kap. 12 § rättegångsbalken.

Dokumentation

Den av Rikskriminalpolisen genomförda insatsen, som var en central del av förundersökningen, föranledde inte någon fullständig dokumentation i förundersökningsprotokollet och inte heller i förundersökningsmaterialet i övrigt. En sådan dokumentation finns i Rikskriminalpolisens handlingar. Den borde ha funnits med i förundersökningsmaterialet.

Sammanfattning

De samlade åtgärderna utgjorde ett ingrepp i rätten till respekt för privatlivet enligt artikel 8 i Europakonventionen. För ett sådant ingrepp krävs enligt konventionen stöd av lag som tillgodoser grundläggande rättssäkerhetsintressen. Något sådant stöd fanns inte.

Förfarandet innebar att AA:s rättigheter som misstänkt avsiktligt kringgicks.

Den använda metoden är inte förenlig med den värdegrund som kommer till uttryck i 23 kap. 12 § rättegångsbalken.

De principer som gäller för dokumentation under förundersökningen beaktades inte fullt ut.

Avslutning

I frånvaro av författningsregler gällande det slags åtgärder som vidtogs mot AA kan rättsläget ha uppfattats som oklart. Detta kan dock allmänt sett inte av en myndighet tas till intäkt för att utsträcka sina befogenheter. När det gäller ingripanden i enskildas fri- och rättigheter gäller att det som inte är tillåtet är förbjudet. En försiktighetsprincip bör därför tillämpas. Även om jag av de skäl som inledningsvis angetts avstår från att bedöma inblandade befattningshavares agerande bör myndigheternas förhållningssätt på den punkten kritiseras.

Lagstiftningsbehov

Brottsutredningen i detta fall har genomförts på ett från andra synpunkter än rättsliga professionellt sätt. Det är med hjälp av Rikskriminalens dokumentation lätt att följa vad som gjorts och varför. Beslut om genomförande har fattats på chefsnivå. Förundersökningsledaren har hållits informerad och har i efterhand tagit på sig det fulla ansvaret för utredningen. Allt detta är nödvändiga förutsättningar för att avancerade brottsutredningsmetoder ska kunna användas. Men det är inte

tillräckligt. Därutöver krävs att utredningsförfarandet följer i lag fastställda regler. Dessa regler måste vara utformade utifrån generellt försvarbara principer.

Om metoder av det slag som använts i detta fall ska förekomma bör de frågor de väcker alltså regleras i lag. Bara på det sättet kan de principiellt genomlysas i en demokratisk lagstiftningsprocess och slutligt besvaras i form av regler som såväl myndigheter som enskilda kan förhålla sig till.

Av dokumentationen framgår att polisen utgick från att AA kunde vara oskyldig. De åtgärder som vidtas under sådana förutsättningar måste framstå som godtagbara om det skulle visa sig att brottsmisstankarna är grundlösa. En lagstiftning som reglerar dem bör ha detta som utgångspunkt. Det är också innebörden i Europakonventionens på flera ställen uppställda krav på ”stöd av lag”, som inte bara syftar på formella bestämmelser utan också på rättssäkerhet.

Frågan om lagreglering av särskilda spaningsmetoder bereds för närvarande. En kopia av detta beslut översänds därför till riksdagens justitieutskott och Justitiedepartementet, för kännedom. Utifrån de erfarenheter som vunnits ur denna granskning finns det skäl att i lagstiftningsärendet ta hänsyn till följande.

Den aktuella utredningsmetoden skiljer sig från infiltration i vanlig mening, som brukar vara inriktad på att infiltrera miljöer eller kriminella grupperingar. I stället rör det sig om att närma sig en brottsmisstänkt – ordet infiltrera är i det sammanhanget missvisande – och manipulera vederbörande för att på så sätt få tillgång till information av värde för brottsutredningen. Polisiär infiltration brukar vidare vara inriktad på att bekämpa pågående brottslighet eller på kriminalunderrättelseverksamhet i brottförebyggande syfte. Det som här förekommit gäller i stället lagföring av redan begångna gärningar. Dessa skillnader behöver beaktas när behovet av utredningsmetoder av detta slag övervägs. Generellt sett torde intresset av att lagföra sådant som inträffat inte motivera lika långtgående ingripanden som när det gäller att förhindra pågående eller förestående brottslighet.

Av den bedömning som här gjorts följer att det i dagsläget inte är möjligt att lagligen använda de utredningsåtgärder som förekommit i detta fall. Numera torde även den från 2011 gällande bestämmelsen om betydande intrång i den personliga integriteten som sker utan samtycke och innebär övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden, 2 kap. 6 § andra stycket regeringsformen, resa hinder mot en kartläggning av det slag som gjordes av AA. En besläktad utredningsmetod redovisas i fallet med den försvunna kvinnan, där HD som framgått ansåg att ett otillbörligt inslag förekommit och att, som det får förstås, centrala skyddsregler för genomförandet av en rättegång hade åsidosatts. Inte heller det som där förekom var alltså rättsenligt. Det finns skäl att anta att liknande metoder använts även i andra fall, inklusive sådana som inte lett till åtal (jfr Rikspolisstyrelsens ovan nämnda inspektionsrapport). Detta bör belysas, i syfte att

få fram ett bredare underlag för bedömningen av om och i så fall hur detta ”utredningskoncept” går att infoga i det straffprocessuella regelverket.

I alla händelser bör metoder av detta slag enligt min mening inte komma ifråga annat än när det är av synnerlig vikt för utredningen av ett mycket allvarligt brott. Det bör vidare ställas krav på att den som utsätts är mycket starkt misstänkt; risken för att vederbörande är oskyldig måste vara liten. Gångse utredningsåtgärder ska ha prövats utan resultat och det ska vara sannolikt att för utredningen avgörande information kan erhållas med alternativa metoder, dvs. en behovsprövning ska göras. Till säkerställande av den misstänktes rättigheter bör metoder av detta slag inte heller förekomma annat än inom ramen för en förundersökning, med den dokumentationsskyldighet och den insynsrätt som det innebär.

Förundersökningsledaren blir därmed ansvarig för beslut och genomförande. Till detta ansvar ska höra att inför beslutet noga överväga de rättsliga frågor som kan aktualiseras i det enskilda fallet, så att det som sker är förenligt med gällande straffprocessrättsliga regler och inte inkräktar på den enskildes fri- och rättigheter i vidare mån än vad som är medgivet i lag.