

**Vilkår for bruk av etterforskning med
provokasjonstilsnitt, og ulovlig provokasjon som
ulovfestet frifinnelsesgrunn**

**Kandidatnr:
Veileder: Professor John T. Johnsen
Leveringsfrist: 10. april 2004**

Tilsammen 40.000 ord

”Menneskets frihet består ikke i at det kan gjøre hva det vil, men derimot i at det ikke er tvunget til å gjøre noe det ikke vil”.

Jean-Jaques Rossau

Innholdsfortegnelse

1	PROVOKASJONSBEGREPET	6
1.1	INNLEDNING	6
1.2	DEFINISJON	8
1.3	FORMÅLENE MED PROVOKATIV ETTERFORSKNING	9
1.3.1	ETTERFORSKNING MED ET FOREBYGGENDE/GJENOPPRETTENDE FORMÅL	9
1.3.2	ETTERFORSKNING MED DET FORMÅL Å SIKRE BEVIS	10
1.4	BEGRUNNELSEN BAK UTRADISJONELLE ETTERFORSKNINGSMETODER	12
1.5	HVA KJENNETEGNER ”ETTERFORSKNING MED PROVOKASJONSTILSNITT”?	13
1.5.1	DEN NEDRE GRENSE:	13
1.5.2	DEN ØVRE GRENSE	15
1.5.3	INNHALDET I BEGREPET ETTER DEN TOSIDIGE AVGRENSNINGEN	16
1.6	AVGRENSNING MOT ØVRIGE ETTERFORSKNINGSMETODER	16
1.6.1	AVGRENSNING MOT INFILTRASJON	16
1.6.2	AVGRENSNING MOT KONTROLLERT LEVERANSE (KL)	17
1.6.3	AVGRENSNING MOT BRUK AV LOKKEDUER	19
1.7	AVGRENSNING AV OPPGAVEN	20
1.8	DEN VIDERE FREMFØRING	20
2	RETTSKILDER	21
2.1	SÆRLIG OM DE REELLE HENSYN	22
2.1.1	REELLE HENSYN SOM TAR UTGANGSPUNKT I ETTERFORSKNINGSMETODEN	23
2.1.2	REELLE HENSYN SOM TAR UTGANGSPUNKT I DEN MISTENKTE SELV	27
2.1.3	REELLE HENSYN SOM TAR UTGANGSPUNKT I POLITIETS VIRKSOMHET	28
3	EMK SOM SKRANKE FOR PROVOKATIV ETTERFORSKNING	29
3.1	GENERELT OM EMK	29
3.2	EMK ART. 3 – FORBUDET MOT TORTUR M.M.	30
3.3	EMK ART. 8 – RETTEN TIL PRIVATLIV M.M.	31
3.4	EMK ART. 6 – RETTEN TIL RETTFERDIG RETTERGANG M.M.	32
3.5	DEN VIDERE FREMSTILLING	32
4	FORHOLDET TIL LEGALITETSPRINSIPPET	33
4.1	DE TO ULIKE TILNÆRMINGER TIL LEGALITETSPRINSIPPET	33

4.2	SPØRSMÅLET OM LOVREGULERING	34
4.3	LEGALITETSPRINSIPPET OG PROVOKATIV ETTERFORSKNING	36
4.4	DET STRAFFEPROSESSUELLE TVANGSMIDDELBEGREP.....	36
4.5	FORHOLDET TIL DET STRAFFEPROSESSUELLE TVANGSMIDDELBEGREP	38
5	VILKÅRENE FOR Å BRUKE PROVOKATIV ETTERFORSKNING.....	39
5.1	HJEMMELEN FOR Å BENYTTE PROVOKATIV ETTERFORSKNING.....	39
5.1.1	STRAFFEPROSESSLOVEN § 224 (1).....	39
5.1.2	UNNLATELSEN AV Å GI ETTERFORSKNINGSMETODEN SÆRSKILT HJEMMEL	41
5.1.3	DOMSTOLENES FORHOLD TIL RIKSADVOKATENS RETNINGSLINJER.....	42
5.2	VILKÅRENE FASTSATT GJENNOM HØYESTERETTS PRAKSIS	43
5.2.1	GRUNNVILKÅRET	43
5.2.1.1	<i>De ulike elementer ved den straffbare handlingen</i>	<i>48</i>
5.2.1.2	<i>Initiativets betydning for om grunnvilkåret er krenket</i>	<i>49</i>
5.2.1.3	<i>Det må eksistere et marked for den straffbare handlingen.....</i>	<i>55</i>
5.2.1.4	<i>Visse endringer i tid</i>	<i>58</i>
5.2.1.5	<i>Visse endringer i sted.....</i>	<i>64</i>
5.2.1.6	<i>Visse endringer i utførelsen</i>	<i>67</i>
5.2.1.7	<i>Grunnvilkåret og forholdet til legalitetsprinsippet</i>	<i>68</i>
5.2.2	ALVORLIGHETEN AV DET STRAFFBARE FORHOLDET	70
5.2.3	VANLIGE ETTERFORSKNINGSMETODER MÅ VÆRE FORGJEVES	73
5.2.4	KRAVET TIL MISTANKENS STYRKE	76
5.2.5	KRAVET OM BESLUTNING PÅ KOMPETENT NIVÅ	79
5.2.6	GJENNFØRINGEN AV ETTERFORSKNINGEN SKAL VÆRE PLANLAGT	81
5.2.7	KONTROLL MED ETTERFORSKNINGEN	83
5.2.8	ETTERFORSKNINGEN IKKE I STRID MED PROSESSUELLE GRUNNPRINSIPPER	85
6	OPPSUMMERING AV LEGALITETSPRINSIPPET.....	87
6.1	DE GENERELLE MOMENTER	87
6.2	SPESIELLE MOMENTER.....	89
7	ULOVLIG PROVOKASJON SOM ULOVFESTET FRIFINNELSESGRUNN	90
7.1	EMKS KRAV TIL HVORDAN BEVISINNHEENTINGEN SKAL SKJE	91
7.1.1	ER REGLENE FOR PROVOKATIV ETTERFORSKNING ”LAW” I EMKS FORSTAND?.....	92
7.1.2	HVA SKJER NÅR VILKÅRENE KRENKES?.....	93
7.2	BRUDD PÅ NASJONAL RETT.....	94

7.2.1	INNLEDNING.....	94
7.2.2	ALTERNATIVENE SOM OPPSTILLES I TEORI OG HØYESTERETTS PRAKSIS.....	95
7.2.3	DE PROSESSUELLE PROBLEMER.....	95
7.3	FØLGENE AV AT GRUNNVILKÅRET ANSES KRENKET	97
7.3.1	AVVISNING.....	97
7.3.2	GRUNNVILKÅRET – SKYLDSPØRSMÅLET ELLER SAKSBEHANDLINGEN?.....	98
7.3.3	HVA BEGRUNNER FRIFINNELSEN?	99
7.3.4	KONKLUSJON	104
7.4	FORHOLDSMESSIGHETS- OG MISTANKEVILKÅRENE	104
7.4.1	GJELDENE RETT	104
7.4.2	AVVISNING.....	105
7.4.3	FRIFINNELSE	105
7.4.4	BEVISAVSKJÆRING.....	106
7.5	DE FORMELLE VILKÅR	108
7.5.1	GJELDENE RETT	108
7.5.2	AVVISNING.....	109
7.5.3	DE LEGE FERENDA – FRIFINNELSE ELLER BEVISAVSKJÆRING	109
7.6	SÆRLIG SPØRSMÅL – HØYESTERETTS BEHANDLING AV ANKESAKER	112
7.6.1	HØYESTERETTS PRØVELSESKOMPETANSE	112
7.6.2	HØYESTERETTS GRUNNLAG I AVGJØRELSEN AV SKYLDSPØRSMÅLET	113

1 Provokasjonsbegrepet

1.1 Innledning

I de fleste tilfeller er gjennomføringen av straffbare handlinger, ene og alene motivert av utøverens egen vilje, mens i andre tilfeller skyldes det straffbare forhold utelukkende påvirkning fra andre.

Hvor en person slår en annen etter å ha blitt fornærmet ved skjellsord kan gjerningsmannen unnskyldes sin handling med at han ble provosert til denne av den annen part, jf. den alminnelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902 nr. 10, § 228, 3. ledd (strl.). Dette er den strafferettslige betydningen av provokasjonsbegrepet – hvor begrepet er å anse som en straffritaksgrunn. Her kan man se at den straffbare handlingen – legemsfornærmelsen – i stor grad skyldes den annen part, som fremprovoserer handlingen ved sin ubehøvlede opptreden.

Men provokasjonsbegrepet kan også finnes igjen innenfor straffeprosessen – men da som benevnelsen på en etterforskningsmetode. Generelt blir slik etterforskning omtalt på flere måter. I noen tilfeller taler man om etterforskning med provokasjonstilsnitt, mens i andre tilfeller omtales metoden som provokativ etterforskning eller bare som provokasjon. Dette kan være uheldig, da det i betegnelsen ligger en forutsetning om at det ene og alene er politiet som er drivkraften bak den straffbare handlingen. Selv om en behandler begrepene i beste mening, ligger det en oppfatning til grunn for dem, om at politiet i beste fall har bidratt på en eller annen måte til at det er begått en straffbar handling (Andorsen 2000). På bakgrunn av hva man normalt legger i betydningen av ”provokasjon” kan det være vanskelig å forklare at politiet noen gang skal har rett til å benytte provokasjon som etterforskningsmetode

(Axberger 1989). I Norge benyttes i dag betegnelsen ”etterforskning med provokasjonstilsnitt”.

Begrepene er relative – de har ikke noe fast juridisk innhold. At metoden er omtalt på ulike måter er ikke ment å skulle utgjøre noen realitetsforskjell. Benevnelsen på etterforskningsmetoden signaliserer at politiet, i større eller mindre grad, øver en viss innflytelse over handlingsforløpet. Det er denne innflytelsen som er temaet i denne oppgaven.

Etterforskning med et slikt provokativt innhold hører til det man, de siste 30 årene, har omtalt som utradisjonelle, ukonvensjonelle eller ekstraordinære etterforskningsmetoder. Begrepet som anvendes velges ofte vilkårlig, og er ofte uttrykk for at metodene er nye, at de er ekstraordinære i sin grad av inngrep eller ekstraordinære på grunn av sin fremgangsmåte (Auglend 1998). Noen legaldefinisjon på hva som menes med ”utradisjonelle etterforskningsmetoder” er ikke mulig å finne¹.

Provokasjon som ledd i myndighetsutøvelsen var opprinnelig knyttet til tiden med enevelde og det førkonstitusjonelle monarkiets disiplinering av massene (Gammeltoft-Hansen 1984).

Som Andersen fremstiller det: ”I litteraturhistoriens² galleri af dystopier – skildringer, ikke af Utopia, lykkens lyse land, men af det mørke knugende diktatorsamfund, hvor menneskelig frihed og tanke er kuet af den almektige statsmakt – kan man treffe en ganske særlig figur. Det er den omstridte *agent provocateur*. Han er statsmaskineriets yderste kontrolforpost i mødet med de kontrollerede undersåtter” (Andersen 1986).

Gjennom agentene ble befolkningen forledet til å utvise en ”forbrytersk” vilje mot det regjerende styresett, som senere dannet grunnlag for ofte farseaktige rettsprosesser. Agentene som ble benyttet dannet grunnlaget for begrepet ”agent provocateur” som betegnelse på virksomheten disse utøvet.

Hvilket omfang bruken av denne etterforskningsmetoden i dag har er uvisst. De ulike politidistrikter er ikke underlagt noen rapporteringsplikt ovenfor Riksadvokaten for denne metoden, som tilfellet er for noen av de øvrige ukonvensjonelle etterforskningsmetodene.³

¹ Myhrer 2003 forsøker i sin artikkel å oppstille en del fellestrekk ved de ukonvensjonelle etterforskningsmetodene som kvalifiserer for betegnelsen ”utradisjonelle”. Se ellers Hov 1999 og Andenæs som sier noe om hvordan etterforskningsmetodene har vokst frem – uten å gi noen definisjon av dem.

² Som eksempel kan nevnes Jaroslav Haseks ”Den gode soldat Svejks eventyr” fra 1921.

³ Slik er tilfellet for kommunikasjonskontroll, jf. Lov om ettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25 (strprl.) § 216

1.2 Definisjon

I den tidlige nordiske diskusjonen ble bruken av provokasjon betegnet ved bruk av begrepet ”agent provocateurs⁴”. Innholdet i begrepet stemmer god overens med hva som i dag legges i ”etterforskning med provokasjonstilsnitt”.

Verken i forarbeidene til straffeprosessloven av 1981 eller i forarbeidene til endringene av straffeprosessloven av 1999 er det forsøkt definert hva som menes med ”etterforskning med provokasjonstilsnitt”.

I Riksadvokatens rundskriv av 26. april 2000 oppstilles følgende definisjon: ”Provokasjon kan sies å foreligge når politiet ved infiltrasjon eller bruk av personer påvirker straffbare handlinger som andre foretar, for å bedre sin kunnskap om eller kontroll med et hendelsesforløp”.

I juridisk teori er følgende definisjoner forsøkt oppstilt: ”Om provokasjon taler man når politiet fremkaller (fremprovoserer) en straffbar handling for å få bevis mot gjerningsmannen⁵” (Andenæs 2000). Et annet eksempel er: ”[når] politiet selv, eller med bistand fra agenter, fremkaller en situasjon for å avdekke impliserte i eller sikre beviset for en planlagt, påbegynt eller avsluttet straffbar virksomhet” (Auglend 1998). Andorsen derimot definerer den materielle provokasjonen til tilfeller når politiet selv, enten direkte ved en polititjenestemann eller gjennom en engasjert medhjelper (en såkalt agent), aktivt oppsøker en gjerningsperson eller et kriminelt miljø i den hensikt å avsløre straffbare handlinger som er begått, eller hindre lovbrudd som politiet mistenker skal begås” (Andorsen 2001).

For dansk retts vedkommende definerte Kallehaug ”agent provocateur” som ”en person, der provokerer, det vil sige fremkalder og derved anstifter en forbrydelse med det formål at få gjerningsmanden afsløret og straffet” (Kallehaug 1976). For svensk retts vedkommende viser Axberger⁶ til en definisjon av Hagstrømer vedrørende agent provocateurbegrepet. ”Med en agent provocateur förstår man en sådan person, som uppsåtligen verkar för framkallandet av en annans beslut att begå en rettskränkning, utan att i hans uppsåt ingår, att rättskränkningen skall komma til fullbordan”. Senere ble det mer moderne begrepet ”provokation” gitt en definisjon i den svenske polisberedningen⁷. ”[Provokation betyder att] polisen i sitt brottsbekämpande arbete använder sig av metoden at

⁴ Etter fransk rettstradisjon.

⁵ Hopsnes 2003 kritiserer definisjonen for å ha en for høy terskel

⁶ Axberger 1989

⁷ SOU 1982:63

locka eller utmana någon till en handling eller et uttalande, som kan vara besvärande eller på annat sätt negativt för denne eller annan i dennes närhet (släktning, kompanjon etc.)”

Man ser i definisjonene enkelte nyansforskjeller. Hvorvidt forskjellene er ment å skulle innebære noen realitetsforskjell i selve etterforskningsmetoden kan synes tvilsomt. Men selv etter å ha lest disse definisjonene er det vanskelig å få noen klarere forståelse av hva innholdet i etterforskningsmetoden er. Hvordan kan man beskrive de konkrete etterforskningskrittene som tas som ledd i slik etterforskning?

1.3 Formålene med provokativ etterforskning

Det er flere formål for bruk av provokativ etterforskning. Og formålet avgjør hvilke vilkår som oppstilles for å kunne benytte seg av metoden.

1.3.1 Etterforskning med et forebyggende/gjenopprettende formål

For det første kan etterforskning med provokasjonstilsnitt ha et *reddende/gjenopprettende* eller et *forebyggende* formål⁸. Hopsnes forsøker imidlertid å oppstille en fellesbetegnelse på etterforskning med disse formålene. Han velger å benevne disse som *avvergende* provokasjon (Hopsnes 2003). Felles for etterforskning med disse formålene, er at etterforskningsmetoden ikke tar sikte på å tilveiebringe bevis til bruk i den senere straffesak.

Hensikten med å bruke provokativ etterforskning som et reddende/gjenopprettende middel vil være å gjenopprette en situasjon som er forrykket ved en straffbar handling. Vanligst vil dette være hvor man ønsker å skaffe tilbake tyvgods.

Som eksempel kan nevnes RT 1998.407 hvor Munch-maleriet ”Skrik” var stjålet fra Nasjonalgalleriet i Oslo. Politiet benyttet etterforskning med provokasjonstilsnitt. Formålet med etterforskningsmetoden var primært å bringe maleriet i uskadet stand tilbake til Nasjonalgalleriet. Sekundært ønsket man, gjennom etterforskningsmetoden, å skaffe tilveie bevis til bruk i en senere tiltale for grovt heleri. I Høyesterett uttalte førstevoterende følgende: ”Som redningsaksjon var politiets handlemåte vellykket, og jeg kan ikke se noe ulovlig eller urettmessig ved den som redningsaksjon betraktet.”

⁸ Begrepene benyttes av Riksadvokaten i hans instruks av 26. april 2000

Et tenkt eksempel på at etterforskning med provokasjonstilsnitt kan benyttes som forebyggende middel kan være følgende. Politiet har fått kunnskap om at en høyreekstrem gruppe har planlagt å sprengre et asylmottak innen relativt kort tid. Sprengstoffet som skal benyttes er gjemt bort på et hemmelig sted mens gruppen planlegger aksjonen. Politiet ser det som svært viktig å få fatt i sprengstoffet, slik at aksjonen ikke kan gjennomføres. Politiet sender inn en svensk politimann med falsk identitet, som skal komme i kontakt med gruppen. Når kontakt er etablert, gir politimannen uttrykk for et ønske om å være den som gjennomfører en aksjon for gruppen – slik at han blir meddelt planene gruppen har – og til sist hvor sprengstoffet er. Den straffebare handlingen blir på denne måten avverget, men opplysningene politimannen har ervervet om planene som følge av provokasjonen, kan neppe benyttes som bevis i en tiltale for forsøk på å sprengre asylmottaket. Til det er provokasjonen altfor offensiv. Tiltalen må bygge på de bevis som er innhentet før eller etter at provokasjonen er gjennomført.

1.3.2 Etterforskning med det formål å sikre bevis

Videre benyttes etterforskning med provokasjonstilsnitt for å skaffe tilveie *bevis*, til bruk i en senere tiltale mot gjerningsmannen. Hopsnes velger å kalle denne formen for provokasjon for *tiltaleprovokasjon* (Hopsnes 2003).

Slik provokativ etterforskning kan knytte seg til straffbare handlinger som skjer eller som skal skje i fremtiden, eller til straffbare handlinger som allerede er begått. I teori⁹ og praksis fra Høyesterett man dannet et skille mellom det man kaller ”*salgsprovokasjon*” og det man kaller ”*bevisprovokasjon*”. Skillet tar utgangspunkt i den straffbare handlingen, og hvor langt man har kommet i denne.

Når man snakker om salgsprovokasjon¹⁰ sikter man til de tilfeller hvor provokasjonshandlingen kommer *før* den straffbare handlingen fullbyrdes. Målet er at det skal manifesteres en straffbar vilje – som igjen skal tjenes som bevis i den påfølgende straffesaken. Et eksempel illustrerer hva jeg mener. En informant får en forespørsel av en narkotikalanger om han kan skaffe en kjøper til ett parti med 1 kilo heroin. I stedet for å finne en reell kjøper går informanten til politiet – hvor de enes om at informanten skal introdusere en sivil

⁹ Andorsen 2000, Axberger 1989, NOU 1997:15

politimann som potensiell kjøper. Politimannen kommer sammen med informanten til langeren – hvor detaljene rundt overlevering av stoffet avtales. Idet overleveringen finner sted pågripes narkolangeren – og selve pågripelsen og provokasjonen kan benyttes som bevis i den senere tiltalen¹¹.

Når man snakker om bevisprovokasjon kommer provokasjonshandlingen mellom tidspunktet for den straffbare handlingen og tidspunktet for når beviset manifesteres. Den straffbare handlingen har med andre ord funnet sted. La oss tenke oss følgende eksempel. I løpet av en natt forsvinner det 4 rådyre Mercedeser fra Majorstua i Oslo. På grunn av at bilene var ustyrt med spesielle startsperrer som gjør det vanskelig å stjele slik biler, begrenser mulige gjerningsmenn seg til en engere krets av personer. Ved siden av dette mottar etterforskningsavdelingen ved majorstua politistasjon flere uavhengige tips om at en navngitt person skal ha bilene lagret på et verksted. Hvor verkstedet ligger er det imidlertid ingen som vet. En sivil politimann oppsøker, tilsynelatende tilfeldig, den mistenkte på en kafe – hvor de etterhvert kommer i snakk om Mercedesbiler. Politimannen retter etterhvert som samtalen skrider frem en forespørsel om mistenkte kan skaffe ham noen deler til hans egen Mercedes. Dersom gjerningsmannen sier seg velvillig til dette og tar med seg politimannen til ”lageret” hvor alle bilene står, kan man si at man står ovenfor en vellykket bevisprovokasjon. Som vi kan se er provokasjonshandlingen fremsatt for å skaffe bevis for den straffbare handlingen som allerede er begått. Dersom provokasjonshandlingen skulle fremkalle enda et nytt straffbart forhold vil dette falle utenfor definisjonen for hva som anses som bevisprovokasjon.

Terminologien som er anvendt for å skille etterforskning med disse to formålene fra hverandre er misvisende. Dette av to grunner.

For det første får man en oppfatning av at etterforskningsmetoden kun anvendes ved narkotikaforbrytelser, noe som ikke medfører riktighet. For det andre er hensikten for etterforskningen, uansett formål, å skaffe til veie bevis. Skillet mellom salgsprovokasjon og bevisprovokasjon kommer senest til uttrykk i RT 2000.1223. Førstevoterende legger skillet til grunn ved å uttale at bevisprovokasjonen tar sikte på de tilfeller hvor man søker å sikre bevis for allerede begåtte straffbare handlinger, mens såkalt salgsprovokasjon tar sikte på å påvirke et hendelsesforløp med det for øyet å sikre bevis for straffbare handlinger som skal skje i fremtiden. Dette skjer også i RT 2000.1345.

¹⁰ Hopsnes 2003 omtaler dette som alminnelig provokasjon

¹¹ Hopsnes 2003 legger til grunn en annen forståelse av dette begrepet enn meg. Han sier etterforskning med salgsprovokasjon er forbeholdt de tilfeller hvor provokatøren ikke selv gjør anstøt. Jeg er ikke enig med Hopsnes, og har vanskelig for å se hvor det provokative element i såfall ligger.

Man kan se at Axberger, for svensk retts vedkommende, forsøker seg på det samme. Han forbeholder bruken av begrepet ”bevisprovokasjon” til tilfeller hvor formålet med bruken av etterforskningsmetoden konsentrerer seg om å skaffe bevis for begåtte straffbare handlinger. Bruk av etterforskningsmetoden i den hensikt å fremprovosere en straffbar handling som enda ikke er begått rubriserer han som ”brottsprovokasjon” (Axberger 1989).

I utgangspunktet synes jeg det er mer presist å angi den provokative etterforskning som etterforskning med det formål å skaffe tilveie bevis for straffbare handlinger som enda ikke har skjedd, og etterforskning med det formål å skaffe til veie bevis for allerede begåtte handlinger. Da angivelsen, til tross for å være presis, føles tung og omstendelig – synes det til tross for misvisningen mer praktisk å anvende begrepene alminnelig provokasjon og bevisprovokasjon

1.4 Begrunnelsen bak utradisjonelle etterforskningsmetoder

Den økende narkotikaproblematikken på 60-70-tallet, gjorde at behovet for nye etterforskningsmetoder vokste frem. Narkotikakriminaliteten var offerløs, og hadde ingen fornærmet som anmeldte sakene og kunne la seg avhøre om viktige spor. Lovbruddene lot seg dessuten gjennomføre i løpet av brøkdelen av et sekund – og var dermed vanskelig å avdekke for politiet.

De impliserte i narkotikaforbrytelsene, ville sjelden si noe som helst. De var minst like interessert i at det straffbare forholdet skulle oppfylles som gjerningsmannen selv. Narkotikamiljøene var knallharde, og trusler og repressalier var resultatet om en skulle finne på å gi politiet opplysninger. Hva politiet vil vite må det finne ut på egenhånd og på eget initiativ.

Ved siden av dette peker Andersen på de personlige tragediene som ofte ligger bak misbrukets fasader. Livet viet til misbruket gjør dem til en pariakste – ”ynket for sin elendighet og foraktet for sin last” (Andersen 1986).

En annen kjensgjerning er at narkotikakriminaliteten er en viktig grobunn for andre former for alvorlig organisert¹² kriminalitet. Ser man på problemet utover de nasjonale grenser – finner man land, i opphetede deler av verden, som finansierer kriger ved hjelp av narkopenger fra vesten. I andre deler av verden finner man igjen narkopengene, etter at de er

¹² ”Organisert kriminalitet” som beveggrunn for etterforskningsmetoden nevnes, for dansk retts vedkommende, av H. Kallehauge allerede i UfR 1976 B

vasket hvite ved investeringer enten i pengevaskerier eller i legal næringsvirksomhet. Til slutt dukker pengene opp igjen som respektabel forretningskapital.

1.5 Hva kjennetegner ”Etterforskning med provokasjonstilsnitt”?

For letter å kunne angi og konkretisere de ulike karakteristika kan det være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i følgende oppstilling.

ILLUSTRASJON

Oppstillingen er første gang lagt til grunn av Gammeltoft-Hansen¹³. Men også Andersen¹⁴ og Hopsnes¹⁵ tar utgangspunkt i denne oppstillingen.

Oppstillingen danner to naturlige grenser som må drøftes videre for å finne frem til et mest mulig konkret innhold av etterforskningsmetoden. Det er nødvendig å trekke et skille mellom den tradisjonelle og den utradisjonelle etterforskningen. Dette for å kunne si når etterforskningen skal måtte underkastes de regler som gjelder for etterforskning med provokasjonstilsnitt. Grensen er betegnet som etterforskningsmetodens *nedre grense*. Den andre grensen som må trekkes er grensen mellom den lovlige og den ulovlige provokative etterforskningsmetoden. Grensen vil angi når politiet har gått for langt. Denne omtaler man som etterforskningsmetodens *øvre grense*.

1.5.1 Den nedre grense:

For å klare å avgrense den provokative etterforskningen mot de mer tradisjonelle etterforskningsmetodene ser Gammeltoft-Hansen på hvilke særtrekk denne spesielle etterforskningsmetoden har i forhold til de etterforskningsmetoder som politiet tradisjonelt benytter seg av. Både den øvre og den nedre grense er nødvendig for å fastslå når etterforskningen skal underkastes de særlige reglene som gjelder provokativ etterforskning.

¹³ Gammeltoft-Hansen 1984

¹⁴ Andersen 1986

¹⁵ Hopsnes 2003 forsøker dog å gi oppstillingen en noe mer norsk utgave

I motsetning til de mer tradisjonelle etterforskningsmetodene har bruken av provokativ etterforskning tre særtrekk. Tilstedeværelsen av særtrekkene tyder på at politiet ikke lenger arbeider ved bruk av alminnelige etterforskning, men har begynt å benytte seg av etterforskning med provokasjonstilsnitt.

For det første tyder det at politiet eller dets medhjelpere nå arbeider *fordekt* og i *sivile* klær, på at en begynner å fjerne seg fra den tradisjonelle måten å arbeide på. Istedenfor å ta utgangspunkt i provokatøren når han omtaler dette kriteriet, tar Hopsnes utgangspunkt i gjerningsmannens oppfatning. Han sier at objektet er i villfarelse¹⁶ om politiets innblanding (Hopsnes 2003). De ulike tilnærmingene innebærer ingen realitetsforskjell.

For det andre vil politiets i større grad ha et deltagende element i etterforskningen. At politiet skal være deltagende presiserer Hopsnes¹⁷ dithen at det må ha vært en kontakt¹⁸ mellom provokatøren og gjerningsmannen. Andorsen er inne på det samme elementet i sin definisjon av den materielle provokasjon hvor han sier at et nødvendig vilkår for at man har med provokativ etterforskning å gjøre er ”at det har vært en slags kontakt eller kommunikasjon, direkte eller indirekte ved en politiagent, mellom politiet og gjerningspersonen” (Andorsen 2001). Elementet vil indikere at politiet ikke lenger benytter seg av tradisjonell etterforskning.

For det tredje oppstiller Gammeltoft-Hansen et kriterium som knytter seg til *initiativet*. Politiet må ha utvist et visst initiativ, eller som Hopsnes sier – ”kontakten [...] må ha vært styrende for den kriminelle atferden”. Kommer initiativet utelukkende fra gjerningsmannen selv, og gjerningsmannen gjennomfører hele det straffbare hendelsesforløp på egenhånd, er man utenfor den provokative etterforskningsmetodens område. Andersen peker i denne sammenhengen på at provokasjonsbegrepet må ses på som et ”aktivitetsbegrep som portretterer en viss atferd: at agenten går i kontakt med hovedmannen og prøver å få en forståelse av i stand om en nærmere bestemt forbrytelse”.

Dette initiativ-kriteriet har en rekke mellomformer, som vil bli behandlet ytterligere i forbindelse med drøftelsen av det såkalte grunnvilkåret for å benytte seg av provokativ etterforskning¹⁹.

¹⁶ Andersen 1986 peker på det villedende element

¹⁷ Hopsnes 2003

¹⁸ Det samme gjør Andersen 1986

¹⁹ Se pkt. 3.3.1.

1.5.2 Den øvre grense

Her er det grensen mellom den lovlige og ulovlige provokative etterforskning som skal behandles.

Gammeltoft-Hansen oppstiller en terminologi som skal gjøre det lettere å forstå grensedragningen. Politiets etterforskning kan være av *konstitutiv*²⁰ eller *konstaterende* art. Begrepene utgjør to ytterpunkter når en ser på politiets ”bidrag” til en straffbar handling. Har etterforskningen bare avdekket en straffbar handling som likevel ville ha skjedd, eller som allerede er skjedd snakker man om konstaterende etterforskning. Hvis politiet derimot fremkaller forbrytelsen kan man si at virksomheten er konstitutiv.

Konstitutiv etterforskning i sin rene form, lar seg omformulere til provokasjon²¹, mens konstaterende etterforskning lar seg omformulere til det å ha kontroll gjennom etterforskningen.

I de fleste tilfeller er det ingen problem å fastslå at en provokatørs virksomhet er konstaterende. Særlig er dette tilfellet når det gjelder etterforskning av straffbare handlinger som allerede har skjedd. I andre tilfeller er det ikke like lett, da forbrytelsen inntreffer som forsøk på eller fullbrydet kriminalitet i direkte forbindelse med agentens virksomhet. Avgjørende må da være å utfinne de elementer ved og omkring handlingen, hvis variasjon ikke forrykker vurderingen av agentens innsats som værende bare konstaterende²².

Mellom de to ytterpunktene er det en glidende overgang fra den konstaterende til den konstitutive og ulovlige etterforskningen. For lettere å avgjøre om man står ovenfor den ene eller andre art innføres en distinksjon mellom hva man kaller *indifferente* og *avgjørende* elementer ved etterforskningen.

Går politiet for langt i å påvirke de avgjørende elementene ved den straffbare handlingen, vil raskt være inne på den konstitutive etterforskningens område. Som avgjørende elementer nevner Gammeltoft-Hansen ”alle de led, der indgår i beskrivelsen af den pågældende forbrydelses objektive gerningsinnhold²³”. Er politiet bestemmende for at et slikt element oppfylles er politiet derved ansvarlig for at gjerningen er realisert. Politiets inngripen har vært av konstitutiv art. Også forhold som har med den strafferettslige vurderingen av straffens strenghet – straffeutmålingsmomenter – vil kunne regnes som avgjørende momenter.

²⁰ Bokmålsordboka 1986 – **Konstitutiv** a1 grunnleggende, bestemmende

²¹ Det man sikter til når man benytter seg av begrepet ”provokasjon” i denne sammenheng er den ulovlige etterforskningen – når man har fått noen til å begå en straffbar handling som ellers ikke ville ha begått.

²² Gammeltoft-Hansen 1984

²³ Gammeltoft-Hansen 1984)

De indifferente elementer ved en straffbar handling vil i stor grad kunne la seg påvirke av politiet gjennom etterforskningen. Disse elementene knytter seg til mer perifere forhold ved den straffbare handlingen, og ikke ved forhold som vedrører gjerningsmannens vilje til gjennomføring av lovbruddet. Disse momentene vil vi komme tilbake til i behandlingen av grunnvilkåret for bruk av provokativ etterforskning²⁴.

1.5.3 Innholdet i begrepet etter den tosidige avgrensningen

Setter en sammen disse to avgrensningene får en en illustrasjon over hvilke handlinger det tas sikte på å regulere med det regelverket som gjelder for etterforskning med provokasjonstilsnitt. Selv om dette er fremført for dansk retts vedkommende vil det ha en viss veiledning også for norsk retts vedkommende²⁵. Som antydnet ovenfor er det ikke stor forskjell i vilkårene for å benytte provokasjon i dansk og norsk rett.

ILLUSTRASJON

1.6 Avgrensning mot øvrige etterforskningsmetoder

Selv om den provokative etterforskningsmetoden nå er forsøkt avgrenset gjennom oppstillingen av en øvre og en nedre grense, kan det være viktig å positivt peke på distinksjonene mellom provokativ etterforskning og de øvrige etterforskningsmetodene det avgrenses mot.

1.6.1 Avgrensning mot infiltrasjon

Dorenfeldt definerer det å infiltrere som ”[når] politiet i [enkelte] [...] saker må gå inn i narkotikamiljøet og ofte blande seg med miljøet for å få opplysninger om hva som skjer” (Dorenfeldt 1978). Infiltrasjon er også definert som ”at politiet, ved sine egne ansatte eller utenforstående medhjelpere, innarbeider seg i (infiltrerer) en organisasjon eller et kriminelt miljø for å få opplysninger som det ikke ville få ved en vanlig etterforskning (Andenæs 2000).

²⁴ Se pkt. 3.3.2.

²⁵ Hopsnes 2003 legger denne inndelingen delvis til grunn i sin artikkel

I NOU 1997:15 legger lovutvalget til grunn de to nevnte definisjonene for å forklare hva infiltrasjon er. Videre pekes det på at grensen mellom infiltrasjon og spaning vil kunne være vanskelig å trekke. Følgende eksempel nevnes: ”En politimann som kler seg i sivil og følger med på et bestemt miljø av fotballtilhengere på avstand utøve[r] spaning, mens han fort vil være over i infiltrasjon hvis han ikler seg det rette supporterutstyret og stiller seg midt blant dem”.

I forhold til hvordan Gammeltoft-Hansen definerer etterforskning med provokasjonstilsnitt (bruk av agent provocateur), ser man at denne formen for etterforskningen mangler det initierende elementet. Det viktige i etterforskningen er å opptre fordekt, og derigjennom søke informasjon om kriminelle gjennom tilstedeværelse. Ønsket om å *initiere* en straffbar handling er ikke tilstede.

Som det sies i NOU 1997:15: ”Infiltrasjon innebærer at man går over fra passiv, observerende spaning til en mer aktiv rolle”. Av og til kan man begynne med en slik infiltrasjon, for så å gli over i en mer aktiv etterforskningsmetode – nemlig etterforskning med provokasjonstilsnitt. Et eksempel belyser dette for en polititjenestemann som etterforsker barnepornografi. ”I den grad han kun er inne på et allment tilgjengelige områder for å se hva som diskuteres og hva som tilbys, er dette spaning. Hvis han deltar i diskusjonsgrupper eller tar direkte kontakt med andre terminaler og utgir seg for å være interessert i i temaet, har han begynt å infiltrere”. Sendes det ut en forespørsel om ”*Er det noen som har barnepornografi*”, vil det dersom man får et tilbud, være gått over i en provokativ etterforskning.

1.6.2 Avgrensning mot kontrollert leveranse (KL)

Etterforskningsmetoden ”kontrollerte leveranser” (KL) grenser oppad mot etterforskning med provokasjonstilsnitt. Med KL menes ”at et parti narkotika, smuglervarer eller tyvegods som kunne vært beslaglagt, tillates å bli transportert frem til mottakeren for at politiet skal kunne avdekke mottakeren og leveringsapparatet” (Andenæs 2000). I NOU 1997:15 beskrives KL som at man ”[m]ed kontrollerte leveranser mene[r] at et parti ulovlige varer som f.eks. narkotika, smuglervarer eller tyvegods som lokaliseres og kunne vært beslaglagt, under kontroll tillates å bli transportert frem til mottakerne for at politiet skal kunne avdekke forbindelseslinjer og mottakerledd”. I Norge har Riksadvokaten utarbeidet en instruks for

bruk av etterforskningsmetoden²⁶ i rundskriv G-21/91 av 13 februar 1989 – retningslinjer for etterforskningsmetoden ”Kontrollerte leveranser” i narkotikasaker. Fastsatt av Justisdepartementet 1. januar 1989. I rundskrivet defineres KL som ”at et parti narkotika som lokaliseres og kunne vært beslaglagt, settes under streng overvåkning, tillates å bli transportert frem til mottakerne for at politiet skal avdekke forbindelseslinjer og fremskaffe bevis mot den eller de personer som har overtrådt narkotikalovgivningen”.

Grensen mellom KL og etterforskning med provokasjonstilsnitt har ett par ganger vært berørt i praksis fra høyesterett.

I RT. 1986.779 ble en nederlandsk kurer stanset idet han kjørte i land fra Danmarksfergen fra Fredrikshavn. Gjennom en tollkontroll av kjøretøyet som kureren benyttet seg av ble det funnet 8 pakker med tilsammen 2 kg amfetamin. Etter å ha blitt avhørt sa kureren seg villig til å samarbeide med politiet. Sammen med en polititjenestemann reiste kureren med fly til Trondheim. Som det refereres til fra lagmannsrettens dom: ”Mellom [...] [kureren] og og politiet var det hele tiden forutsetningen at B skulle følge de instruksjoner han hadde fått fra sin nederlandske oppdragsgiver”. Etter å ha kommet til hotellet i Trondheim ringte kureren til sin oppdragsgiver i Nederland. Noen dager senere fikk han beskjed om at noen skulle komme og hente stoffet. Da mottakeren ankom hotellrommet og fikk deler av stoffet utlevert ble han pågrepet. Forvareren til kureren anførte at dette var en ulovlig form for provokasjon.

Førstevoterende sier følgende etter å ha avslått anken: ”Jeg finner grunn til å understreke at den sak vi her har til behandling klart atskiller seg fra saken i Rt. 1984 side 1076. Politiet har i vår sak ikke fremkalt noen transaksjon som uten politiets mellomkomst kanskje ikke ville blitt foretatt.

Fremgangsmåten som ble valgt, har trekk til felles med såkalt ”controlled delivery”, omtalt i riksadvokatens retningslinjer”

RT. 1990.531 planla en person, sammen med andre medlemmer av organisasjonen Folkeaksjonen mot innvandring – FMI, å sprengte et asylmottak. Underveis i planleggingen ombestemte personen seg. Han tipset politiet, og gjennom et samarbeid med dem ble de andre medlemmene av organisasjonen pågrepet og sprengningen avverget.

Også i RT. 2000.1482 er førstevoterende inne på likheten i politiets etterforskning med såkalt kontrollert overlevering. Som i den første saken var det her snakk om at en kurer

²⁶ Instruksen er gradert ”fortrolig” og kun enkelte ting, som ikke sier noe om vilkårene kan gjengis i denne oppgaven.

var blitt stanset med en lastebil inneholdende 200 kilo hasj. Kureren samarbeidet med politiet, og de tiltalte ble pågrepet idet omlasting fant sted fra lastebilen og til en mindre bil.

Som de kan ses av disse tre dommene, er det særlig to momenter høyesterett trekker frem, som gjør at tilfellene ikke betraktes som provokativ etterforskning, men som såkalt kontrollert leveranse. For det første kan vi se at han legger vekt på at det *ikke er politiet som har fremkalt transaksjonen*. For det andre legger han vekt på at kureren, i fortsettelsen av etterforskningen, *følger det opplegget som var avtalt med oppdragsgiveren uten avvik*. Politiet utviser dermed ikke noe initiativ, men vektlegger at den straffbare handlingen gjennomføres mest mulig uberørt av politiet og i henhold til det som var planlagt.

1.6.3 Avgrensning mot bruk av lokkeduer

Bruk av lokkeduer kjennetegnes ved at politiet plasserer ut et agn eller objekt til fristelse for den kriminelle. I de fleste tilfeller rettes slik bruk av lokkeduer mot gjerningsmenn man enda ikke kjenner identiteten på. Her er det visse likheter med den provokative etterforskning. Et eksempel vil illustrere hva etterforskningsmetoden går ut på.

En hypnotisør er mistenkt for å utsette sine kvinnelige pasienter for seksuelle overgrep, når de er henlagt i trance. For å kunne skaffe bevis for dette oppsøker en kvinnelig politiagent hypnotisøren og foregir under hans behandling å falle i dyp hypnotisk søvn. Hypnotisøren kler deretter av kvinnen og forsøker å gjennomføre et samleie med henne.

Gammeltoft-Hansen valgte ikke å skille bruken av lokkeduer ut fra den vanlige bruken av provokativ etterforskning. Årsaken til dette var at han ikke fant det rettspolitisk mulig eller hensiktsmessig å gjøre forskjell på de to metodene²⁷.

Andersen og Hopsnes mener imidlertid at denne etterforskningsmetoden bør adskilles fra den provokative etterforskningen. Andersen²⁸ begrunner dette med at lokkeduetilfellene mangler det subjektive element – hvor politiet forsøker å påvirke gjerningsmannens forsett, gjennom provokasjonshandlingen, til å foreta seg den straffbare handlingen. Hopsnes²⁹ slutter seg til hva Andersen sier og begrunner dette med ”at når det brukes lokkeduer, legger politiet utelukkende til rette for gjennomføringen av den

²⁷ Se om dette i Andersen 1986

²⁸ Andersen 1986

²⁹ Hopsnes 2003

straffbare handlingen. Objektets forsett kan bli bygget opp som følge av politiets handling, men det er likevel utelukkende skapt av hans egen reaksjon på den ytre faktor”.

I sin fremstilling plasserer Hopsnes salgsprovokativ etterforskning som en underkategori av lokkeduetilfellene. Dette begrunner han med at de tilfeller – hvor en provokatør tilbys narkotika som han ikke selv har gjort anstøt til – faller inn under definisjonen på salgsprovokasjon. Dette er jeg ikke enig i, da jeg er av den oppfatning at salgsprovokasjonstilfellene også er nødt for å inneholde et deltagende initiativ. Dette deltagende initiativet gjør at etterforskningen vil avvike fra lokkeduetilfellene – og dermed må plasseres som en del av de provokative metoder.

1.7 Avgrensning av oppgaven

Utgangspunktet for oppgaven er todelt. Jeg ønsker både å ta for meg vilkårene for å kunne benytte etterforskning med provokasjonstilsett, samt å se på følgene av at politiet, under etterforskningen, går for langt i provokasjonen. Fremstillingen vil i hovedsak knytte seg til provokasjon for å sikre beviser. Med andre ord vil provokativ etterforskning med et forebyggende/reddende formål kun såvidt nevnes.

Jeg vil ikke ta for meg spørsmålet om provokatøren selv kan straffes, enten som en følge av å ha medvirket til den straffbare handlingen, eller som følge av mer disiplinære betraktninger.

1.8 Den videre fremføring

2 Rettskilder

Etter at menneskerettsloven av 21. mai 1999 trådte i kraft er de viktigste internasjonale konvensjonene som verner om *menneskerettighetene* inkorporert³⁰ i norsk rett. Konvensjonen er dermed gitt trinnhøyde som norsk lov³¹. De viktigste konvensjonene er den Europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1950 (EMK), FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) og FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) – begge fra 1966. Rent hierarkisk er det uproblematisk å slå fast at internasjonale menneskerettigheter er en grunnleggende skranke for utøvelsen av den norske strafferettspleien. Systematisk virker det imidlertid noe mer fremmed – da konvensjonene praktiseres under innvirkning av mange ulike lands rettssystemer.

Det eksisterer ingen *lover* som konkret regulerer adgangen til å benytte seg av etterforskning med provokasjonstilsnitt. Hvorvidt adgangen skulle lovfestes ble diskutert, men positivt utelatt. Adgangen til å drive provokativ etterforskning ble bevisst latt være ulovfestet.

Retningslinjene for provokativ etterforskning har vokst frem gjennom *rettspraksis* fra Høyesterett. Særlig den grunnleggende dommen i RT. 1984.1076, men og senere dommer, har fastlagt hvilke retningslinjer som skal gjelde for bruk av etterforskningsmetoden. Som vi senere skal se faller grensene som er fastlagt gjennom Høyesteretts praksis, i stor grad, sammen med de retningslinjene som Riksadvokaten har oppstillet.

I *forarbeidene* til straffeprosessloven er adgangen til å benytte seg av etterforskningsmetoden kommentert. I såvel Ot.prp. nr. 35 (1978-79) ”Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven)” og i Innst. O. Nr. 37 (1980-81) gis grunnleggende kommentarer fra justisdepartementet og justiskomiteen vedrørende bruken av prokativ etterforskning. På slutten av 1990-tallet foregikk en lovgivningsprosess for å gi

³⁰ I motsetning til tidligere hvor det gjaldt et dualistisk prinsipp i forholdet til folkeretten.

³¹ For straffeprosesslovens vedkommende ble dette slått fast også tidligere gjennom i Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 11. august 2000 nr. 76 § 4. Bestemmelsen oppstilte en regel om at loven gjelder med de begrensninger ”som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat”.

politiet nye og etterspurte etterforskningsmetoder. I forarbeidene ble den provokative etterforskningsmetoden gitt fornyet omtale. Dette ser man i såvel NOU 1997:15; ”Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet”, Ot.prp. nr. 64 (1998-99) ”Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven mv (etterforskningsmetoder mv)” og i Innst. O. Nr. 3 (1999-2000).

Ved siden av dette omtales temaet i *juridisk teori*. En god del av den juridiske teori knytter seg til diskusjonen som foregikk i de nordiske landene på slutten av 1970-tallet. Da reglene vokste frem i kjølvannet av den nordiske debatten – ble resultatet også svært likelydende regler i alle de nordiske land. Derav er også en del av den nordiske litteraturen relevant for de norske reglene. Det er også utgitt noe senere litteratur, såvel norsk som nordisk, som belyser temaet.

Også *Riksadvokaten* har utgitt retningslinjer vedrørende etterforskning med provokasjonstilsnitt. Riksadvokaten utgir sine retningslinjer i form av rundskriv til de ulike nivåer innenfor påtalemyndigheten. Det første rundskrivet som berørte temaet ble gitt muntlig i 1980 og senere fulgt opp av et skriftlig rundskriv i 1982. Rundskrivet, som gjelder for etterforskningsmetoden i dag, er Riksadvokatens rundskriv av 26. april 2000; ”Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode”.

I tillegg til dette vil *reelle hensyn* gjøre seg gjeldende for adgangen til å benytte etterforskningsmetoden. Noen reelle hensyn tar utgangspunkt i den som er objekt for etterforskningsprovokasjonen. I så henseende skal vi nedenfor se nærmere på hensyn som vedrører rettssikkerheten, kriminaliseringsfaren og misbruksfaren. Andre reelle hensyn tar utgangspunkt i politiet – således hensynet til at tilliten til politiet ikke skal svekkes og hensynet til at ulovlige etterforskningsmetoder ikke skal tillates. Avslutningsvis kan man finne hensyn som tar utgangspunkt i samfunnet forøvrig. Herunder plasserer vi effektivitetshensynet, hensynet til allmennprevensjon, straffeverdighetshensynet, forholdsmessighetshensynet og hensynet til den alminnelige rettsoppfatning.

2.1 Særlig om de reelle hensyn

De reelle hensyn var i utgangspunktet styrende for utviklingen av hele læren om provokativ etterforskning. Etterhvert som andre rettskilder kom til mistet de reelle hensyn noe av sin betydning. I dag vil de reelle hensyn kunne ses på som de grunnleggende hensyn bak de vilkår som er oppstillet, samt styrende for en del avledede og mer uavklarte

spørsmål som springer ut av læren. Hensynene som finnes kan knytte seg enten til den mistenkte selv, til politiet eller til selve etterforskningsmetoden som sådan.

2.1.1 Reelle hensyn som tar utgangspunkt i etterforskningsmetoden

Utgangspunktet for utviklingen av selve provokasjonsinstituttet var et ønske om å møte den økende og mer kompliserte narkotikakriminaliteten med mer *effektive* etterforskningsmetoder. Den provokative etterforskning har på mange måter vist seg mer effektiv i å avsløre bakmennene enn de mer tradisjonelle etterforskningsmetodene. Men effektivitetshensynet kan foruten å knyttes til selve metoden også ses i relasjon til gjerningsmannens mulighet til å kunne starte på nytt etter endt soning. En effektiv etterforskning vil korte ned tiden slik at gjerningsmannen raskt kan påbegynne soning, og derigjennom resosialiseres til samfunnet. For å kunne imøtekomme dette hensynet er man avhengige av at straffeprosessen ikke legger unødige hindringer i veien for at kriminelle handlinger kan pådømmes og gjerningsmannen får avsonet sin straff.

I Innst.O. nr. 3 (1999-2000) vektla justiskomiteen effektivitetshensynet i spørsmålet om å lovregulere etterforskningsmetoden. Metodeutvalget ønsket ikke å lovregulere adgangen til å benytte etterforskning med provokasjonstilsnitt³², med bakgrunn i erfaringene fra Danmark. Justiskomiteen sluttet seg til utvalgets synspunkt – nemlig at adgangen til å benytte etterforskning med provokasjonstilsnitt fortsatt skulle forbli ulovfestet.

Som Andenæs sier det så "[skjer] utformingen av straffeprosessen [...] under en stadig avveining mellom hensynet til en effektiv rettsforfølging og hensynet til å unngå at uskyldige blir dømt. Denne avveiningen kan falle ulikt ut til ulike tider og til ulike land" (Andenæs 2000). Er "en [derimot] er så redd for å dømme uskyldige at en også må frikjenne et stort antall skyldige, mister straffen sin samfunnsmessige effekt" (Hov 1999).

Som en del effektivitetshensynet kan vi oppstille det såkalte *allmenprevensjonshensynet*. Innenfor strafferettspleien snakker man om strafferettens allmenspreventive virkning. Den går ut på at det gjennom straffen danner seg en avskrekkende, holdningsskapende eller vanedannende effekt. Som en viktig forutsetning for denne effekten sier Slettan at skal "straffen virke avskrekkende, må den enkelte kjenne lovens bud og regne med at den blir håndhevet" (Slettan 1997). Overføres hensynet til en

straffeprosessuell tilnærming kan man si at tilstedeværelsen av en bestemt etterforskningsmetode vil kunne virke avskrekkende. Det motsatte – at folk vet at man ikke har adgang til å benytte en bestemt etterforskningsmetode – vil ikke ha noen allmenpreventiv effekt i det hele tatt.

Et annet hensyn som er med på å underbygge effektivitetshensynet er de såkalte *straffverdighetshensynene*. At politiet i beskjeden grad er med på å fremkalle den straffbare handlingen, vil ikke ha noen betydning for handlingens straffverdighet. Gjerningsmannen ville i de fleste tilfeller ha forøvet den straffbare handlingen uavhengig politiet.

I den strafferettslige teori er det Eskeland som i størst grad omtaler straffverdighetshensyn som et reellt hensyn som bør vektlegges. ”[K]jernen ser ut til å være at det siktes til *graden av bebreidelse* som kan rettes mot gjerningspersonen, vurdert ut fra handlingen og omstendigheter knyttet til den” (Eskeland 2000). Avgjørelsen av om en handling er straffverdig beror på en vurdering av handlingens grovhet, gjerningsmannens skyld og den verdimesige dommen over handlingen.

Hensynene som er nevnt ovenfor taler alle for en mest mulig ubegrenset bruk av etterforskningsmetoden.



Ser man etter reelle hensyn med utgangspunkt i etterforskningsmetoden selv, er det imidlertid ikke vanskelig å finne hensyn som taler mot at etterforskningsmetoden skal kunne anvendes ubegrenset.

Først kan vi nevne hensynet til rettssikkerheten. Når det snakkes om rettssikkerhetshensynet ”siktes [det] vanligvis til at den enkelte skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, samt ha mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser³³” (Eckhoff 1997). I rettsstater skal den enkeltes rettsstilling trygges mot andre. På strafferettens område gjelder dette særlig ovenfor myndighetene. Vernet mot vilkårlig frihetsberøvelse og urettferdig rettergang, er to grunnleggende ideer i en stat som vektlegger hensynet til borgernes rettssikkerhet³⁴

³² Jf. NOU 1997:15

³³ Se nærmere om ”forutsigbarhet” Eckhoff 1997.

³⁴ Se s. 297.

(Møse 2003). Et annet viktig prinsipp i så henseende er det såkalte legalitetsprinsippet³⁵. Prinsippet går ut på at inngrep ovenfor borgerne må ha hjemmel i lov.

En annen, men helt grunnleggende, side ved rettssikkerhetshensynet, er vernet mot uriktige avgjørelser. ”Det grunnleggende krav [til en god prosessordning] er naturligvis at rettergangen er mest mulig betryggende, det vil si at den så langt det står i menneskelig makt sikrer at de faktiske forhold blir klarlagt og de rettslige spørsmål riktig avgjort³⁶” (Andenæs 2000). ”I straffesaker står kravet til materielt riktige avgjørelser enda sterkere enn i sivile saker³⁷” (Hov 1999).

Rettsikkerhetshensynet springer ut av en rekke sentrale kilder som vedrører spørsmålet om etterforskning med provokasjonstilsnitt.

Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon er i seg selv en viktig garanti for å fremme borgernes rettssikkerhet. For strafferettspleien er særlig EMK art 6 en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti for borgerne i de kontraherende stater.

I den nasjonale retten finner man hensynet nevnt i *politiloven* av 4. august 1995 § 1. Her står det at ”[p]olitiet [...] gjennom forebyggende, håndhevende og hjelpende virksomhet [skal] være et ledd i samfunnets samlede innsats for å fremme og befeste borgernes rettssikkerhet, trygghet og alminnelige velferd for øvrig”.

Rettspraksis bringer også hensynet på banen – særlig i RT. 1984.1076. I *forarbeidene* til straffeprosessloven av 1981³⁸ omtaler hensynet. Det samme gjøres i *forarbeidene* til de senere endringene av straffeprosessloven³⁹.

Avslutningsvis kan en se *juridisk litteratur* oppstille et krav om at prosessuelle regler skal være underlagt rettssikkerhetshensyn. Andorsen uttaler følgende: ”Bruk av offensive etterforskningsmetoder må ikke komme i konflikt med sentrale rettssikkerhetsprinsipper i straffeprosessen” (Andorsen 2000).

Et annet hensyn som taler for en mer begrenset bruk av metoden er det såkalte *forholdsmessighetsprinsippet*. Hensynet går ut på at det skal være forholdsmessighet mellom tiltakene politiet iverksetter, og målene som ønskes oppnådd gjennom handlingen. Etterforskningsmetoden er inngripende ovenfor folks privatliv, og man må derfor forbeholde etterforskningsmetoden til straffbare handlinger av en bestemt alvorlighet. Hensynet oppstilles i en rekke rettskilder.

³⁵ Prinsippet vil drøftes mer inngående under pkt. .

³⁶ Se. s. 2.

³⁷ Se. s. 73.

³⁸ Ot.prp. nr. 35 (1978-79) og Innst. O. nr. 37 (1980-81)

³⁹ NOU 1997:15, Ot.prp. nr. 64 og Innst. O. nr. 3 (1999-2000)

Forholdsmessighetsprinsippet kommer inn gjennom de *internasjonale menneskerettighetene*. I EMK art. 8 (2), som verner om borgernes rett til privatliv, heter det: ”Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet”. Nødvendighetskriteriet som her oppstilles beror på en forholdsmessighetsvurdering mellom mål og behov.

I *straffeprosessloven* § 170 a oppstilles et krav om forholdsmessighet i forbindelse med bruk av tvangsmidler. Vi kan også finne hensynet i *fragmentarisk lovgivning* på det *forvaltningsrettslige*⁴⁰ området. Prinsippet finnes i lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (fvL.), § 35 (3) og i lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 24. juni 1988 nr. 64 (utlendl) § 30 (3).

I *Riksadvokatens rundskriv*⁴¹ oppstilles også et krav om forholdsmessighet. Ifølge Riksadvokaten er et grunnleggende krav til vår straffeprosessordning at denne skal være ”hensynsfull” og ”tillitsvekkende”. Han sier så: ”I dette ligger i tillegg et krav om forholdsmessighet mellom de midler som anvendes og det som kan oppnås”.

I *forarbeidene* til endringene av straffeprosessloven av 1999 nevnes prinsippet uttrykkelig⁴².

I den *juridiske litteratur* uttrykkes det at ”det straffbare forhold politiets etterforskning tar sikte på, må være av alvorlig art” (Andersen 2000). Han sier videre at ”krav[et] kan begrunnes i det alminnelige kravet om proporsjonalitet; det skal være et rimelig balanseforhold mellom alvorligheten av de forhold som etterforskes på den ene siden og karakteren av de etterforskningsmetoder politiet tar i bruk på den andre siden.

I mange saker ser man domstolene begrunne sitt resultat med at det ville stride med den *alminnelige rettsoppfatning* om domstolen hadde kommet til motsatt resultat. Man skulle tro det var vanskelig å uttale seg om folks alminnelige rettsoppfatning. Hvordan vet man hva den alminnelige oppfatningen blant folk er? Ofte er det også kompliserte rettslige spørsmål det er snakk om.

Når domstolene henviser til den alminnelige rettsoppfatningen, er det ofte verdioppfatninger det er allmenn oppslutning om i samfunnet domstolene trekker frem⁴³ (Eckhoff 1997). De fleste vil kunne enes om å verne verdier som privatlivets fred⁴⁴, og at

⁴⁰ Eckhoff/Smith 1997

⁴¹ Av 26. april 2000

⁴² NOU 1997:15, Ot.prp. nr. 64 (1998-99) og Innst. O. nr. 3 (1999-2000)

⁴³ Se s. 380.

⁴⁴ RT. 1952.1217 ”To mistenkelige personer”

mennesker stort sett bør ha tilgang på opplysninger som vedrører dem selv og at hemmelighold ikke bør beskytte et sykehus mot å bli kjent erstatningsansvarlige for feil som blir begått⁴⁵.

I rettspraksis er følgende uttalt i relasjon til provokativ etterforskning: ”Det som taler mot straff for handlinger som er fremprovosert av politiet, er først og fremst at dette finnes støtende og i strid med den alminnelige rettsoppfatning” (RT. 1992.1088).

Innenfor den *juridiske teori* gis det antydning det samme hensynet når Andorsen sier at det vil være ”uetisk å fremkalle en forbrytelse, særlig hvis det er politiet som gjør det” (Andorsen 2000).

2.1.2 Reelle hensyn som tar utgangspunkt i den mistenkte selv

Gjennom den provokative etterforskning står man alltid ovenfor risikoen for å *kriminalisere* gjerningsmannen. Siden politiets etterforskning starter allerede før den straffbare handlingen er begått – vil sjansene for at etterforskningen reduserer sjansene for en tilbaketreden fra den straffbare handlingen være åpenbar. På den måten kan man si at etterforskningen i større eller mindre grad står i fare for å skape kriminalitet. Å skape kriminalitet vil stride med den rettsstatlige grunntanke om at staten skal styre borgernes atferd ved å sanksjonere regelbrudd.

Som Hopsnes⁴⁶ sier vil det gjennom førstegangskriminalisering skapes en større risiko for fortsatt kriminalitet. Årsaken til dette vil være den stigmatiseringen en domfellelse og fengselsopphold innebærer (Hopsnes 2003). Som vi senere skal se vil det bare være i tilfeller hvor man benytter seg av salgsprovokasjon at hensynet kan påberopes.

Det såkalte misbrukshensynet som Hopsnes trekker frem, tjener som en forlengelse av kriminaliseringshensynet. Hensynet springer ut av muligheten til bevisst å kriminalisere bestemte personer. Så lenge etterforskningsmetoden inneholder den grad av initiativ og deltagelse som den provokative etterforskning har, er misbrukspotensialet tilstede. Asp tar i sin argumentasjon vedrørende misbruksfaren utgangspunkt i at denne vil være begrenset så lenge det eksisterer god kontroll med etterforskningen og hederligheten til politiet er god (Asp 2000). Tanken på en uheldig utvikling av etterforskningsmetoden ser ikke ut til å fremstå som noen særlig trussel i denne argumentasjonen.

⁴⁵ RT. 1977.1035 ”Sykejournaldommen”

Begge disse hensynene taler for en begrenset bruk av etterforskningsmetoden.

2.1.3 Reelle hensyn som tar utgangspunkt i politiets virksomhet

Noen av hensynene bak etterforskningsmetoden kan også synes å ta utgangspunkt i politiets egen virksomhet.

Etterforskning fra politiet som strider mot folks alminnelige rettsoppfatning eller som strider mot gjeldende regler for politiets etterforskning vil redusere folks *tillit til politiet*. Dette er en tillit politiet er helt avhengig av for å stå best mulig rustet i kampen mot kriminaliteten.

Hensynet er også berørt i *rettspraksis*. I RT. 1984.1076 sies: ”Men særlig når det gjelder [etterforskning med provokasjonstilsnitt], krever både rettssikkerhetshensyn og hensynet til den alminnelige tillit til politiet at det må gjøres vesentlige begrensninger”.

Også i *forarbeidene* til straffeprosessloven nevner justisdepartementet hvor viktig domstolenes tillit til politiets etterforskning er i sin alminnelighet, under døftelsen av de ekstraordinære etterforskningsmetoder⁴⁷.

I teorien pekte tidligere Riksadvokat Dorenfeldt, allerede i 1978, på at ”det er uhyre viktig at rettsvesenet har tillit til politiet og de opplysninger politiet skaffer. Hvis etterforskningsmetodene fører med seg at det kan settes spørsmålstegn ved politiets troverdighet, kan dette få meget uheldige konsekvenser⁴⁸”.

Et annet hensyn som knytter seg til politiets virksomhet er hensynet til at det ikke skal utvikle seg *ulovlige etterforskningsmetoder*. I mange tilfeller stilles politiet ovenfor etterforskningstekniske utfordringer hvor polititjenestemenn lett fristes av muligheten til å ta snarveier. I en del tilfeller er snarveiene så tvilsomme at de vil kunne rokke ved sluttresultatet – den forhåpentlige domfellelsen. I andre tilfeller er det åpenbart at snarveiene er direkte ulovlige. At det finnes begrensninger eller forbud som reduserer tilbøyeligheten til å ta slike snarveier vil gjøre etterforskningen mer troverdig.

Hensynet blir berørt i totilfeller fra *rettspraksis*. I RT. 1992.1088 uttales det fra førstevoterende om politiets etterforskning: ”Ønsket om å motvirke uakseptable etterforskningsmetoder vil være et viktig hensyn, men det vil være usikkert hvilken rekkevidde det her vil ha”.

⁴⁶ Hopsnes 2003 legger hovedvekt på motsetningsforholdet mellom effektivitetshensynet på den ene siden og kriminaliseringshensynet og misbrukshensynet på den andre siden.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 35 s. 179

En annen sak hvor ulovligheter ved etterforskningen fikk betydning for høyesteretts endelige konklusjon, finner vi i RT. 2000.1223. I saken unnlot politiet å fortelle at de hadde benyttet informant. Politiets beslagsrapport, pågripelsesrapport og siktelse gav en feil feilaktig fremstilling av hva som hadde gått for seg.

Begge disse hensynene taler for at det oppstilles skranke for politiets bruk av provokativ etterforskning.

3 EMK som skranke for provokativ etterforskning

3.1 Generelt om EMK

Med lov om menneskerettigheter av 21. juni 1999 nr. 30 ble tre konvensjoner med sine respektive protokoller inkorporert⁴⁹ i norsk lov. I motsetning til tidligere, hvor man la et dualistisk prinsipp til grunn for forholdet mellom nasjonal rett og folkeretten, slås det nå fast at bestemmelsene i den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. nov 1950 (EMK), konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) begge av 1966, har trinnhøyde som norsk lov.

I den videre fremstillingen er det særlig bestemmelsene i EMK som vil behandles. Konvensjonen kan fremstå som en skranke, særlig på tre måter. For det første må lovgiverne ta hensyn til den til enhver tid gjeldende rett ifølge EMK når nye lover skal utformes. For det andre vil nasjonale domstoler kunne finne at nasjonale regler ikke er i samsvar med bestemmelsene i EMK. Resultatet blir at man må vektlegge bestemmelsene i EMK til fordel for de nasjonale regler når dommen skal avsies. For det tredje vil den europeiske menneskerettighetsdomstol – EMD – kunne fastslå at det foreligger krenkelse av bestemmelser i EMK.

At Norge, innenfor straffeprosessens område, skulle bundet av folkeretten er også slått fast i strprl. § 4 som sier at: ”Lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat”.

Det er særlig tre bestemmelser som er påberopt i forbindelse med bruk av provokativ etterforskning. Dette er EMK’s art. 3, 6 og 8. Enkelte av artiklene er ikke ansett for å utgjøre noen særlig skranke for etterforskningsmetoden i den sammenheng de er

⁴⁸ Dorenfeldt 1978

⁴⁹ Inkorporasjon vil si utarbeidelse av en norsk lov som henviser til traktaten eller konvensjonen.

påberopt i, mens andre er ansett å kunne utgjøre en skranke, men er unnlatt drøftet til fordel for andre bestemmelser som i større grad er funnet å innebære en krenkelse av EMK.

3.2 EMK art. 3 – Forbudet mot tortur m.m

Bestemmelsen i EMK art. 3 ble, i relasjon til provokativ etterforskning, første gang påberopt ovenfor EMD i *Teixeira de Castro v. Portugal*⁵⁰ i 1998. Dette er den eneste saken fra EMD, hvor spørsmålsstillingen vedrørende provokativ etterforskning har vært nogenlunde renodlet⁵¹.

Da hverken den krenkede eller noen av kommisjonens medlemmer argumenterte for at EMK var krenket på dette punktet, så ikke domstolen noen selvstendig grunn til å drøfte bestemmelsens forhold til etterforskningen den krenkede var utsatt for. EMK art. 3 grenser nedad mot EMK art. 8 og retten til vern om sitt privatliv.

EMK art. 3 dekker et relativt bredt spekter av tilfeller, men kjerneområdet for denne bestemmelsen må kunne sies å være tilfeller hvor legemlige refselsler og fysisk mishandling er gjenstanden for klagen. Begrepene som anvendes i EMK art. 3 kan sies å utgjøre gradforskjeller i relasjon til krenkelsene. Torturbegrepet omfatter således umenneskelig behandling som volder den meget alvorlige og grusom lidelse. Tilfeller av umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff vil dermed utgjøre mildere grader av innholdet i tortubegrepet. Hvorvidt behandlingen krenker art. 3 beror på en konkret vurdering hvor behandlingens art, varighet og virkninger, og hvor graden av lidelse avgjør hvor alvorlig krenkelsen skal anses.

Hvordan bestemmelsen i EMK art. 3 skal anses for å utgjøre en skranke i relasjon til den provokative etterforskningen kan være vanskelig å se ved første øyekast. Hvor man under etterforskningen benytter seg av vold for å tvinge noen til å gjennomføre en straffbar handling, kan det antas at behandlingen kan anses for å være umenneskelig eller nedverdiggende. Sett hen til hvordan norsk politi vanligvis utøver sin etterforskning kan slike krenkelser synes svært fjerne. Men man skal heller ikke utelukke at andre sider ved slik provokativ etterforskning, under gitte forutsetninger, kan ha en viss innflytelse på hvorvidt EMK art. 3 skal anses krenket.

⁵⁰ RJD 1998 s. 1451.

⁵¹ Asp 2001

Hverken dommen i *Teixeira de Castro v. Portugal* eller nasjona praksis i relasjon til etterforskning med provokasjonstilsnitt danner imidlertid noe grunnlag for en slik drøftelse.

3.3 EMK art. 8 – Retten til privatliv m.m

Bestemmelsen i EMK art. 8 oppstiller et vern om folks rett til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. Bestemmelsen oppstiller et vern mot inngrep fra det offentlige, men kan i enkelttilfeller også statuere en plikt for det offentlige til å iverksette nødvendige tiltak for å sikre disse rettighetene. I forbindelse med bruk av provokativ etterforskning er det spesielt retten til *privatliv* og retten til et *hjem* som, i enkelte tilfeller kan anses for krenket.

Retten til vern om sitt privatliv er et vidt begrep og kan ikke defineres uttømmende (Møse 2001). Til det som skal regnes for å tilhøre ”privatlivet” kan man oppstille som eksempler individers legemlige integritet og deres seksuelle forhold. Men det er særlig forholdet til myndighetenes overvåkning som påkaller oppmerksomhet i relasjon til bruk av provokativ etterforskning. Ved bruk av slike metoder er det, som vi skal se nedenfor, folks rett til å bli latt i fred som står i fare krenkes.

Også enhvers rett til respekt for sitt hjem vil kunne ha en viss relevans i forbindelse med bruk av provokativ etterforskning. Begrepet omfatter ganske klart folks hus eller bolig, men begrepet har også blitt tolket videre til at også kontoradresser⁵² i enkelte tilfeller kan anses som ”hjem” i EMK art. 8s forstand. I mange tilfeller vil en provokativ etterforskning forutsette at man trenger inn i den mistenktes aller innerste sfære. Enten ved at informanter handler i samsvar med instruks fra politiet, eller at polititjenestemenn selv tar rollen som agent. I slike tilfeller må man anta at folks rett til å bli latt i fred krenkes, og at folks hjem eller boligadresser innvaderes under etterforskningens gang. En kan vel vanskelig forestille seg at en politiagent stopper ved dørstokken og finner en unnskyldning fordi han ikke ønsker å krenke den mistenktes rett til privatliv og respekt for sitt hjem..

EMK art 8 er bygget opp slik at man i artikkelens 2. ledd finner oppstilt en del unntak. Unntaksbestemmelsen er likelydende med unntak angitt i en del av de øvrige bestemmelsene i EMK⁵³. For at krenkelsen likevel skal anses for å være tillatt må

⁵² Niemitz v. Germany A 251-B (1992) inneholder en del prinsipielle uttalelser om dette.

⁵³ Se EMK art. 9(2), 10 (2) og 11 (2).

inngrepet ha skjedd i samsvar med lov⁵⁴. Videre må inngrepet ta sikte på å ivareta en del oppregnede formål, før man avslutningsvis må vurdere om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn. Avgjørende for om noe er nødvendig beror på om inngrepet kan begrunnes i et tvingende samfunnsmessig behov.

3.4 EMK art. 6 – Retten til rettferdig rettergang m.m

På strafferettens område er det EMK art.6 som oppstiller de viktigste skrankene for myndighetenes kamp for å begrense kriminaliteten. Artikkelen er omfattende. I 1. ledd oppstilles en generell regel som presiseres og utdypes ytterligere i 2. og 3. ledd.

Artikkelen oppstiller i første ledd et krav om en ”fair and public hearing”. Kravet er på norsk omsatt til et krav om rettferdig rettergang. For å sikre en slik rettergang slås det i 1. ledd fast at det må stilles krav til domstolene om upartiskhet og uavhengighet, om offentlige forhandlinger og at avgjørelse etter forhandlingene må treffes inne rimelig tid. Ved siden av å romme en rekke oppstilte som uoppstilte regler til rettergangen, er begrepet en regel i seg selv. ”Den er en sum av sine fragmenter, men også noe mer, en upresiserbar rest, som unndrar seg uttrykkelig formulering” (Aall 1995)

I annet ledd oppstilles den såkalte uskyldspresumsjonen. Denne anses for å være todelt. For det første kan den tolkes som et krav til avgjørelsen av skyldspørsmålet at denne skal tilfredsstillende de kravene som oppstilles i straffebestemmelsen. For det andre kan den tolkes som et krav om at hele prosessen frem mot avgjørelsen av skyldspørsmålet skal skje på den av loven foreskrevne måten. Det er denne siste tilnærmingen som påkaller størst oppmerksomhet i forbindelse med den provokative etterforskningen⁵⁵.

3.5 Den videre fremstilling

Den videre fremstilling av forholdet mellom provokativ etterforskning og reglene i EMK vil henføres under drøftelsen av de nasjonale vilkår oppstillet av Høyesterett⁵⁶. På denne

⁵⁴ Lovbegrepet i EMK er noe annerledes en hvordan kravet om lov forstås i norsk rett. Se Sunday Times v. Great Britain A 30 (1979).

⁵⁵ Kravet som oppstilles kan forstås som EMKs legalitetsprinsipp. Legalitetsprinsippet og EMK vil ikke drøftes noe videre, da lovskravet må anses å være annerledes og mildere utformet enn i nasjonal rett. En drøftelse av dette ville bli for omfattende og jeg nøyer meg her bare med å peke på problemstillingen.

⁵⁶ Se pkt. 5.2.1 – 5.2.9.

måten vil sammenhengen med den nasjonale rett komme tydligere frem. Særlig vil jeg trekke frem avgjørelser fra EMD, men også uttalelser fra Kommisjonen. Disse vil ha sin rettskildemessige verdi i lang tid fremover, selv om det etter reformen i 1998, vil være avvisningsvedtak og dommer om realiteten fra EMD som vil bli de viktigste rettskildene.

4 Forholdet til legalitetsprinsippet

”Legalitetsprinsippet går ut på at visse tiltak på grunn av sitt innhold krever hjemmel i lov” (Eckhoff 1997). Legalitetsprinsippet regnes for et prinsipp av grunnlovs⁵⁷ rang, og prinsippet oppstiller en konstitusjonell skranke for hvorledes det offentlige kan utøve sin virksomhet. Rettsregelen krever at offentlige inngrep i private forhold må ha hjemmel i formell lov.

I Grunnlovens (Grl.) § 96 slås det fast at ingen ”kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom”. Og Grl. § 99 slår fast at ”Ingen maa fængslig anholdes uden i lovbestemt Tilfælde og paa den ved Lovene foreskrevne Maade”. Begge bestemmelsene er selvstendige uttrykk for legalitetsprinsippet innenfor strafferettens område. Noen vil hevde at de gir uttrykk for et skjerpet lovkrav når inngrep foretas ovenfor borgere på dette rettsområdet (Kraby 1996).

Når man snakker om forvaltningsrettslig virksomhet uttrykkes legalitetsprinsippet vanligvis som at forvaltningen ikke kan gripe inn i borgernes rettssfære uten hjemmel i formell lov. Dette gjelder både rettslige og faktiske inngrep.

I teorien har man likevel sett dannelsen av to ulike tilnærminger når man ønsker å angi innholdet av legalitetsprinsippet.

4.1 De to ulike tilnærminger til legalitetsprinsippet

Den mer tradisjonelle læren gikk ut på at man forsøkt å definere legalitetsprinsippet ved positivt å angi at lov var påkrevet når det ble gjort inngrep overfor borgerne. Særlig var det Andenæs og Castberg som benyttet seg av denne måten å beskrive prinsippet på.

Senere har det imidlertid utviklet seg en ny måte å illustrere prinsippet på, nemlig gjennom en negativ definisjon. Denne går ut på at det trengs kompetanse for å kunne treffe

⁵⁷ Andenæs 1994

rettslig bindende beslutninger. Vinklingen innebærer at legalitetsprinsippet defineres negativt som et krav om lovhjemmel der annet kompetansegrunnlag mangler. Det er særlig Echhoff/Smith som har stått for denne læren. Det er imidlertid rettet kritikk mot denne måten å angi prinsippet på, da læren er preget av at forfatterne har valgt å se legalitetsprinsippet som en skranke bare for de rettslig bindende beslutninger. På denne måten faller de faktiske handlinger utenfor definisjonen og må bedømmes ut fra en annen innfallsvinkel.

Selv om disse teoriene søker å beskrive prinsippet fra hver sin kant, blir likevel innholdet og de praktiske konsekvensene langt på vei de samme⁵⁸.

Ser man bort fra de betydninger prinsippet tillegges ovenfor, kan legalitetsprinsippet også ses på som rettskildeprinsipp. Som rettskildeprinsipp gir det ”anvisning på hvilke kilder det er tillatt å hente argumenter fra når man skal løse rettsspørsmål og hvilken vekt argumentene skal ha innbyrdes” (Eckhoff 1997).

På straffeprosessens område har legalitetsprinsippet, i tillegg til dette, sin egen betydning. Her forstås legalitetsprinsippet dithen at det påligger myndighetene en plikt til å iverksette forfølgning for domstolene (Hov 1999). Andenæs formulerer dette som at ”påtalemyndigheten [har] plikt⁵⁹ til å reise tiltale hvis den finner bevis for siktedes skyld (Andenæs 2000).

En naturlig følge av at legalitetsprinsippet⁶⁰ oppstiller et krav om lovhjemmel, er at unntak fra lov krever hjemmel i lov. Dette følger av det såkalte lex-superior prinsippet.

Nedenfor vil legalitetsprinsippet bli drøftet i den forvaltningsrettslige forstand det er redegjort for i det første eksempelet ovenfor. ”Offentlige myndigheter [kan] [...] ikke gripe inn overfor borgerne i individuelle tilfeller uten å ha hjemmel for det i formell lov”⁶¹.

4.2 Spørsmålet om lovregulering

”Jeg er [...] av den oppfatning at man ikke bør regulere det spørsmål som er oppstått, ad lovgivningens vei” (Dorenfeldt 1978).

⁵⁸ Se også Auglend 1998

⁵⁹ I Norge er vekten istedenfor lagt på opportunitetsprinsippet – som gir påtalemyndigheten en viss handlefrihet i å forfølge lovbrudd

⁶⁰ Særlig stor betydning får dette poenget i den negative fremstillingen av legalitetsprinsippet

⁶¹ Denne tilnæringsmåten valgte også Lundkommisjonen i sin rapport om de hemmelige tjenester Dokument. nr. 15 (1995-1996)

Dorenfeldt begrunnet standpunktet med at "[e]n bestemmelse om hvor grensen går for den tillatte provokasjon vil bli meget vanskelig å formulere". Rettstekniske hensyn ble på denne måten det som begrunnet synspunktet om at adgangen til å benytte provokativ etterforskning burde være ulovfestet.

Justisdepartementet sa i Ot.prp. nr. 35 (1978-79) at "[d]en nærmere grensedrøining av hva som kan aksepteres, har [...] vist seg å by på problemer". Departementet viste så til Riksadvokat Dorenfeldts argumentasjon, og sa at "det neppe på det nåværende tidspunkt er grunn til å lovregulere de etterforskningsmetoder det her er tale om". Justiskomiteen sluttet seg til dette synet, uten å drøfte behovet for lovregulering særlig nøye.

For norsk retts vedkommende har vi besluttet å lovregulere en del straffeprosessuelle inngrep. Som nevnt er både pågripelse, ransaking og beslag inngrep som reguleres gjennom straffeprosessloven. For utradisjonelle etterforskningsmetoder er det i varierende grad funnet påkrevet å lovregulere bruken av etterforskningsmetodene. Adgangen til å benytte seg av kommunikasjonskontroll er lovregulert i strprl. § 216a, mens adgangen til å infiltrere og benytte seg av kontrollerte leveranser er ulovfestet⁶².

Et annet synspunkt som er tatt til inntekt for at lovhjemmel ikke er påkrevet har vært at siden etterforskningsmetoden ikke er et tvangsmiddel, så oppstilles ikke noe krav om lovhjemmel for etterforskningsmetoden⁶³. Årsaken til at etterforskningsmetoden ikke kan anses for å passe i definisjonen av det straffeprosessuelle tvangsmiddelbegrep er at det å slippe å bli fristet til å begå straffbare handlinger ikke hører til de private beskyttelsesinteresser som det naturlig bør vernes mot.

I forhold til anførselen om at de rettstekniske problemene med å utforme en slik provokasjonsbestemmelse sier Gammeltoft-Hansen for dansk retts vedkommende, at "[d]a lovbestemmelser om agent-anvendelse [...] vil kunne rumme samme grad af vejledning som retsplejeloven øvrige bestemmelser for de myndigheder, der skal administrere og anvende reglerne, falder innvendingen om, at lovregulering må opgives allerede af formuleringstekniske grunde, bort⁶⁴".

I Danmark fikk man i 1986 en lovbestemmelse i Retsplejelovens § 754 a-e som regulerer bruken av agenter.

⁶² Etterforskningsmetodene er underkastet et instruksverk fra Riksadvokaten.

⁶³ Hagen 1983 og Fause 1991 som viser til Gammeltoft-Hansens drøftelse av det straffeprosessuelle tvangsmiddelbegrep

⁶⁴ Gammeltoft-Hansen 1984

4.3 Legalitetsprinsippet og provokativ etterforskning

Spørsmålet om etterforskningsmetodens forhold til legalitetsprinsippet kom opp allerede i RT. 1984.1076. De tiltalte påberopte at ”bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder krever lovhjemmel”. Førstevoterende viste derimot til at ”[l]ovgiveren [...] [har] avstått fra å gi regler om når bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder kan aksepteres”. Senere i dommen tar han for seg etterforskningsinngrepets forhold til legalitetsprinsippet. ”I og for seg er det klart at enkelte etterforskningsskritt representerer et slikt inngrep overfor den det rettes mot, at det ut fra legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel. Men jeg kan ikke se at slike etterforskningsmetoder som det er tale om i vår sak, er av en slik art”. I den etterfølgende Høyesterettspraksis, stilles det ikke spørsmål om etterforskningsmetodens forhold til legalitetsprinsippet⁶⁵.

4.4 Det straffeprosessuelle tvangsmiddelbegrep

Det straffeprosessuelle tvangsmiddelbegrep er satt opp som en betegnelse på de tvangsinngrep som hjemles i straffeprosessloven. Alle tvangsmidlene er gitt klare lovhjemler. På grunn av tvangsmidlenes inngripende karakter, er anvendelsen søkt begrenset gjennom oppstillingen av såvel materielle som formelle vilkår. Som eksempel kan nevnes adgangen til å pågripe mistenkte personer, jf. strprl. § 171. Ønsker man å benytte seg av dette virkemiddelet kreves at, personen man ønsker å pågripe, med skjellig grunn kan mistenkes for en eller flere straffbare handlinger som kan medføre mer enn 6 måneders fengselsstraff. Pågripelsen må videre begrunnes med at den mistenkte enten vil unndra seg forfølgning, forspille bevis, begå gjentatt kriminalitet eller med at mistenkte selv begjærer fengsling. I tillegg oppstilles et formelt krav om at påtalemyndigheten skal beslutte at virkemiddelet tas i bruk.

Gammeltoft-Hansen oppstiller to kjennetegn på det straffeprosessuelle tvangsmiddelet. For det første må inngrepet være et tiltak som settes i verk som ledd i en strafforfølgning. Skjer inngrepet utenfor straffeforfølgningens område er man således utenfor definisjonen til det straffeprosessuelle tvangsmiddelbegrep. For det andre må inngrepet, i mangel av særlig hjemmel, innebære en krenkelse av private beskyttelsesinteresser. Sagt på en annen måte: Inngrepet må, ovenfor borgerne, sette seg utover en vernet interesse

⁶⁵ Hopsnes nøyer seg med å vise til drøftelsen i RT. 1984.1076 når han omtaler etterforskningsmetodens forhold til legalitetsprinsippet.

(Gammeltoft-Hansen 1981). De tradisjonelle tvangsmidlene faller åpenbart inn under denne definisjonen. Ransaking utøves, fra politiets side, hovedsaklig som ledd i straffeforfølgning av borgerne. Ved å iverksette ransakingen, krenker politiet det vernet borgerne nyter mot å bli utsatt for inngrep i privatlivet, jf. EMK art 8 og vernet mot ulovlig inntrenging som oppstilles i straffelovens § 355 (1)⁶⁶.

Gammeltoft-Hansen hevder den provokative etterforskningen faller utenfor, da ingen private beskyttelsesinteresser kan anses krenket gjennom at etterforskningsmetoden benyttes. Hovedanførselen er at det ikke er en verneverdig privat beskyttelsesinteresse å ikke bli fristet av politiet til å begå straffbare handlinger. Hagen⁶⁷ og Fause⁶⁸ slutter seg til denne tanken uten egentlig å drøfte spørsmålet særlig nøye.

Andersen sier det ”ikke [er] særlig vanskelig å tilpasse Gammeltoft-Hansens tvangsmiddeldefinisjon slik at den passer på slike etterforskningsinngrep som nevnt” (Andersen 2000). At inngrepet skal utføres som ledd i en straffeforfølgning vil regelmessig være oppfylt. Det andre vilkåret var at det gjennom inngrepet realiseres en handling som vanligvis er belagt med straff mot private beskyttelsesinteresser. Med ”private beskyttelsesinteresser” tenkes det på handlinger rettet mot legeme, frihet, ære eller privat eiendomsrett (Gammeltoft-Hansen 1981).

Andersen synes å forutsette at om man tar utgangspunkt i at siktede selv skal være den som besitter de private beskyttelsesinteressene, så vil definisjonen Gammeltoft-Hansen oppstiller gjøre at den provokative etterforskningen faller utenfor tvangsmiddelbegrepet. Her befinner man seg i kjerneområdet for uenigheten.

Andersen sier det *ikke* er et vilkår at etterforskningen skal krenke en privat interesse som siktede *selv* er vernet mot. Istedenfor sier Andersen at så lenge *noens* beskyttede interesser krenkes, så er dette tilstrekkelig til at definisjonen oppfylles, og vi står ovenfor et straffeprosessuelt tvangsmiddel.

Han henviser, for å illustrerer dette nærmere, til bruk av kommunikasjonskontroll⁶⁹. Kommunikasjonskontroll benyttes som regel som del av den straffeforfølgningen politi- og påtalemyndighet gjennomfører. Det første vilkåret er dermed oppfylt. Videre sier Andersen at borgerne er vernet mot ulovlig avlytting i straffelovens § 145a. Skjer kommunikasjonskontrollen mot den mistenktes egen telefon, er det sikker rett å anse at også det andre vilkåret er oppfylt. I mange tilfeller gjennomføres imidlertid kommunikasjonskontroll mot telefoner

⁶⁶ Almidelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr. 10.

⁶⁷ Hagen 1983

⁶⁸ Fause 1991

som den mistenkte ikke eier eller disponerer – for eksempel mot telefoner tilhørende tredjepersoner, og som den mistenkte kan antas å ville ringe *til*. I disse tilfellene er det vernet mot inngrep i privatlivet til tredjepersonene som primært krenkes ved etterforskningen, og som lovforbudene er satt til å verne. Likefullt sier man at man her står ovenfor bruken av et straffeprosessuelt tvangsmiddel.

Overfører man dette eksempelet til provokativ etterforskning vil man se at metoden forutsetter at en straffbar handling gjennomføres – enten i form av en fullbyrdet handling eller som et forsøk. På denne måten er *noens* private interesser nødt til å krenkes ved etterforskningen. Både myndigheter og private rettssubjekter vil oftest ha en interesse i at straffbare handlinger ikke finner sted. At bestemmelser til vern om offentlige eller private interesser krenkes gjennom inngrepet bør dermed være tilstrekkelig til å si at den provokative etterforskning setter seg ut over disses private beskyttelsesinteresser, og dermed må falle inn under Gammeltoft-Hansens definisjon som et straffeprosessuelt tvangsmiddel. Gjennom dette resonnementet, mener Andorsen, vilkårene for at man står ovenfor et straffeprosessuelt tvangsmiddel må være oppfylt.

4.5 Forholdet til det straffeprosessuelle tvangsmiddelbegrep

Slik argumentasjonen faller ovenfor kan det synes som legalitetsprinsippets grenser faller sammen med grensene for det straffeprosessuelle tvangsmiddelbegrep. Så lenge man ikke står ovenfor et tvangsmiddel, fordres heller ikke lovhjemmel etter legalitetsprinsippet. Denne oppfatningen er jeg uenig i. Jeg mener at legalitetsprinsippet favner videre enn det straffeprosessuelle tvangsmiddelbegrepet. Å si at en etterforskningsmetode ikke krever hjemmel i lov fordi metoden faller utenfor det straffeprosessuelle tvangsmiddelbegrep fremstår, i beste forstand, som upresist for meg.

Som et eksempel på dette kan vi ta for oss enkelte andre etterforskningsmetoder. Å avhøre vitner er en viktig del av etterforskningen som vanligvis tilligger politiet. Vitner har imidlertid ingen plikt til å forklare seg for politiet, og politiet kan således ikke pålegge vitner å forklare seg, jf. strpl. § 230 (1). Ønsker politiet likevel å avhøre disse vitnene må politiet begjære rettslige avhør, jf. strpl. § 237. Ovenfor retten har nemlig vitnene plikt til å forklare seg, jf. strpl. § 108. I disse tilfellene er det da retten som, på vegne av politiet, gjennomfører avhøret. Plikten til å la seg avhøre av retten blir ikke fremstilt som noe straffeprosessuelt

⁶⁹ Jf. straffeprosesslovens § 216

tvangsmiddel. En kan da stille seg spørsmålet hvorfor denne etterforskningsmetoden – som ovenfor borgere som ikke ønsker å forklare seg åpenbart fremstår som et inngrep – er holdt utenfor det straffeprosessuelle tvangsmiddelbegrep men likevel lovhjemlet i strprl. § 237. At legalitetsprinsippet er en vesentlig årsak til lovreguleringen synes ikke fjerntliggende.

Lignende tilfeller kan vi se i politiets adgang til å ilegge besøksforbud etter strprl. § 222b, adgangen til å fotografere og sikre fingeravtrykk fra mistenkte og domfelte, samt å være med på en personkonfrontasjon jf. strprl. § 160. Inngrepene faller noe på siden av de mer avklarte tvangsmidlene, men vil etter sin art likevel kunne oppleves som inngripende ovenfor dem som utsettes for de. Også disse inngrepene er gitt lovhjemmel i straffeprosessloven.

Etter det som nå er sagt har vi kommet til kjernen i problemstillingen. Kan legalitetsprinsippet oppstille et krav om lovhjemmel, selv om etterforskningsmetoden faller utenom det straffeprosessuelle tvangsmiddelbegrep? Og hva skal i såfall begrunnelsen for dette være. Dette vil bli drøftet nedenfor, etter at vilkårene for den provokative etterforskningen er gjennomfått.

5 Vilkårene for å bruke provokativ etterforskning

5.1 Hjemmelen for å benytte provokativ etterforskning

Som vi har sett er adgangen til å benytte provokativ etterforskning, bevisst ikke lovregulert. Vilkårene har det istedenfor blitt overlatt domstolene å utforme. Men også retningslinjene fra Riksadvokaten og den juridiske teorien er med på å påvirke læren om provokativ etterforskning. Nedenfor skal jeg først ta for meg politiets generelle hjemmel for å kunne etterforske i strprl. § 224. Deretter vil jeg mer omstendelig gå inn på de vilkårene som, etter at etterforskningsmetoden ble tatt mer systematisk i bruk på slutten av 1970-tallet, under stadig påvirkning fra de ulike rettskildene har utmeislet seg. Som vi skal se er det åpenbart at Høyesterett langt på veg i forhold til etterforskningsmetoden har lagt seg på linje med hva Riksadvokaten har skissert i sine rundskriv.

5.1.1 Straffeprosessloven § 224 (1)

Hovedregelen er at alle typer etterforskning, som strekker seg utenfor den alminnelige handlefrihet, fordrer hjemmel i lov, jf. legalitetsprinsippet⁷⁰. Strprl. § 224 (1) oppstiller en generell hjemmel for politiet til å iverksette etterforskning. Bestemmelsen oppstiller to ulike tilfeller for når etterforskning kan iverksettes.

For det første ”når det som følge av anmeldelse [...] er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige”. Anmeldelsen kan enten komme fra fornærmede, politiet eller annen offentlig kontrollmyndighet. Som regel oppsøkes politiet av den som er krenket ved den straffbare handlingen eller en som har vært vitne til den. Forklaring opptas da gjerne skriftlig av politi eller påtalemyndigheten og gis betegnelsen ”anmeldelse”. I Riksadvokatens rundskriv av 22. desember 1999 om ”Etterforskning”, gir Riksadvokaten sin fortolkning av begrepet ”rimelig grunn⁷¹”.

Videre må innholdet i anmeldelsen gi politiet ”rimelig grunn” til å iverksette undersøkelser. Det kreves altså ikke noen sterk mistanke for at politiet skal foreta seg noe, men det er antatt at etterforskning på personnivå stiller større krav til grunnen enn når saken etterforskes på saksnivå⁷². Det tilstrekkelige er imidlertid at det foreligger en rimelig mulighet for at lovbrudd har funnet sted (Auglend 1998). Anmelderansvaret, sammen med innholdet i anmeldelsen, vil i de fleste tilfeller skape en pretensjon for at det har funnet sted en straffbar handling. I de fleste tilfeller vil politiet derfor ha ”rimelig grunn” til å initiere etterforskning.

For det andre kan politiet iverksette undersøkelser når det foreligger ”andre omstendigheter” som kan gi rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold. Det vil her være politiet selv som oftest blir oppmerksomme på slike omstendigheter. Særlig ser man dette i saker vedrørende narkotikakriminalitet. Politiet vil kunne motta opplysninger enten gjennom etterforskning av andre saker, eller gjennom informanter. Disse informantene vil med dette kunne anses for å være slike ”andre omstendigheter”.

Som eksempel kan nevnes at politiet over lengre tid har benyttet seg av en informant. Gjennom flere opplegg sammen med politiet, er det verifisert at informanten både har store kunnskaper om narkotikamiljøet på stedet og at han frem til nå har snakket sant til politiet om de opplysningene han har hatt. En dag kommer informanten og sier at en bekjent av ham nå skal forsøke å innføre en større mengde heroin. Dette vil åpenbart danne grunnlag for at det foreligger ”andre omstendigheter” som gir rimelig grunn til å undersøke om det foreligger

⁷⁰ Se pkt. 4.1.

⁷¹ Her oppstilles momenter som saklighet, proporsjonalitet og sannsynlighet som viktige i avgjørelsen av om det foreligger ”rimelig grunn”.

⁷² Myhrer 2000

straffbart forhold, jf. strprl. § 224 (1). Kravet til ”rimelig grunn” vil her knytte seg til troverdigheten av slike opplysninger politiet selv skaffer gjennom eget arbeid.

I den juridiske litteraturen⁷³, i forarbeider, rundskriv og i rettspraksis presenteres etterforskning med provokasjonstilsnitt som en ulovfestet etterforskningsmetode. Dette er korrekt i den forstand at det er en etterforskningsmetode som *ikke* har hjemmel i noen *særskilt* lovbestemmelse – slik de straffeprosessuelle tvangsmidlene har. Andorsen sier derimot uttrykkelig at: ”Hjemmelsgrunnlaget for at politiet kan iverksette etterforskning, kan man si ligger allerede i strprl. § 224 (1)” (Andorsen 2000).

5.1.2 Unnlatelsen av å gi etterforskningsmetoden særskilt hjemmel

Allerede i 1978 sa Riksadvokat Dorenfeldt at han mente at spørsmålet om bruken av såkalt provokasjon ikke burde lovreguleres. Dette var begrunnet retts teknisk, da det ville bli vanskelig å formulere en anvendelig bestemmelse. ”Den vei man må gå, er som jeg allerede har antydnet at påtalemyndigheten på sjefsplanet må søke å trekke opp retningslinjene, og at domstolene ved sine avgjørelser trekker opp grensene for det som kan aksepteres” (Dorenfeldt 1978).

I arbeidet med straffeprosessloven av 1981 ble spørsmålet reist på nytt. Justisdepartementet fant en lovregulering av spørsmålene så vanskelig at man overlot løsningen til teori og praksis på samme måte som frem til da, jf. Ot.prp. nr. 35 (1978-79). Dette sluttet også justiskomiteen seg til i Innst. O. nr. 37 (1980-81).

Også i RT 1984.1076, som var den første saken hvor Høyesterett prinsipielt behandlet adgangen til å benytte etterforskning med provokasjonstilsnitt, ble spørsmålet om lovregulering tatt opp. Førstevoterende viste til behandlingen som hadde funnet sted i straffeprosesslovkomiteen, og uttalte: ”Justisdepartementet ble imidlertid stående ved at det neppe på det nåværende tidspunkt er grunn til å lovregulere de etterforskningsmetoder det her er tale om, og at spørsmålet burde overlates til domstolene. Dette ble lagt til grunn under den videre lovbehandling”. Videre sa førstevoterende: ”Det fremgår av den drøftelse jeg nettopp har vist til i forarbeidene til den nye straffeprosesslov, at når lovgiveren har avstått fra å gi regler om bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder, har det ikke vært ut fra den forutsetning at slike metoder skulle være helt forbudt. Meningen har vært at grensene bør

⁷³ Se Andenæs 2000 og Auglend 1998

trekkes av domstolene i det enkelte tilfelle”. Dette er også lagt til grunn i teori og praksis helt frem til i dag.

Spørsmålet om særskilt lovregulering ble tatt opp igjen i arbeidet med å endre enkelte bestemmelser i straffeprosessloven på slutten av 1990-tallet. Både i NOU 1997:15, Ot.prp. nr. 64 (1998-99) og i Innst.O. nr. 3 (1999-2000) ble spørsmålet berørt. Stortinget valgte også denne gangen ikke å lovregulere adgangen særskilt i en egen bestemmelse i straffeprosessloven.

Som øverste leder av påtalemyndigheten har Riksadvokaten siden 1980 gitt ut rundskriv og oppstilt vilkår for hvorledes den provokative etterforskningen skal finne sted. Instruksen har endret seg gradvis gjennom årene etter som rammene for etterforskningsmetoden har utviklet seg gjennom domstolsbehandlingen. Det siste rundskrivet som Riksadvokaten har utarbeidet, og som den provokative etterforskningen, er av 26. april 2000 – ”Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode”. I rundskrivet oppstiller Riksadvokaten en rekke materielle og prosessuelle vilkår for å benytte seg av etterforskningsmetoden.

5.1.3 Domstolenes forhold til riksadvokatens retningslinjer

I den prinsipielle dommen RT 1984.1076 reiste de domfelte innvendingen om at det er betenkelig at det er Riksadvokaten som har gitt retningslinjene i egenskap av å være påtalemyndighetens øverste leder, uten de garantier som ligger i en vanlig lovgivningsprosess. Førstevoterende uttaler om dette: ”I og med at spørsmålet om bruken av denne etterforskningsmetode ikke er [særskilt] lovregulert, anser jeg det rimelig og naturlig at riksadvokaten har funnet å burde gi generelle retningslinjer om den til påtalemyndighetens tjenestemenn”. Førstevoterende tiltrer følgelig ikke innsigelsene som kom fra de domfelte.

Videre presiserer førstevoterende: ”Ovenfor disse innvendinger kan det være grunn til å presisere at retningslinjene jo rettslig sett bare har karakter av en instruks fra en overordnet påtalemyndighet til tjenestemennene. Domstolene er selvsagt ikke bundet av retningslinjene, men må prøve dem mot de alminnelige rettsprinsipper som gjelder på dette felt”. Dette kommer også til uttrykk i RT 1998.407, samt i RT 2000.1482.

I RT. 1998.407 sier førstevoterende: ”Som [...] fremhevet i RT.1984.1076 [...] er instruksen ikke i noe tilfelle avgjørende for domstolene, slik at etterforskningen i et gitt tilfelle i alle fall må prøves ut fra alminnelige straffeprosessuelle prinsipper”.

I RT 2000.1482 kommer førstevoterende inn på høyesteretts prøvelseskompetanse på følgende måte: ”Bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder reiser viktige rettssikkerhetsmessige spørsmål, og det er derfor av stor betydning at høyesterett har adgang til å prøve fullt ut om vilkårene for bruk av slike metoder er overholdt”.

5.2 Vilkårene fastsatt gjennom Høyesteretts praksis

For bedre å kunne beskrive vilkårene for etterforskningsmetoden er det i teori og praksis dannet et skille mellom de *materielle* og de *prosessuelle* vilkår. I det følgende vil jeg først behandle de materielle vilkår. Deretter tar jeg for meg de prosessuelle vilkårene.

Den første jeg har funnet frem til som positivt taler om en inndeling i materielle og formelle vilkår er Gammeltoft-Hansen⁷⁴, men også Andorsen⁷⁵ oppstiller et lignende skille.

De materielle vilkår vedrører spørsmålet om når metoden kan benyttes og grensene for selve etterforskningsmetoden. Vilråene vil i det følgende knytte seg til det såkalte grunnvilkåret og kravet til ”alvorlige straffbare handlinger”.

De prosessuelle vilråene knytter seg til hvorledes etterforskningen skal gjennomføres. Herunder hvem som skal beslutte bruk av etterforskningsmetoden, hvilke krav som skal stilles til mistanke for at et straffbart forhold har skjedd, kravene som stilles til kontroll samt det såkalte subsidaritetsvilkåret. Vilkåret går ut på at andre etterforskningsmetoder ikke skal ha nådd frem, eller at det synes lite trolig at slike etterforskningsmetoder vil føre frem.

5.2.1 Grunnvilkåret

I forhold til *EMK* har vi sett at art. 3, 6 og 8 er påberopt som en begrensning for politiets adgang til å benytte provokativ etterforskning. I dommen Teixeira de Castro v. Portugal fra 1998 kan grunnvilkåret skimtes, slik vi kjenner det fra vår nasjonale rett, når det henvises til hva Kommisjonen har uttalt om den konkrete sak. ”The officers had thus incited criminal activity which might not otherwise have taken place”. I relasjon til grunnvilkåret er

⁷⁴ Gammeltoft-Hansen 1984

⁷⁵ Andorsen 200

det særlig forholdet til EMK art. 6 og 8 som kan anses som skranker for etterforskningsmetoden.

Allerede første gangen etterforskning med provokasjonstilsnitt ble behandlet i *Høyesteretts praksis* i RT. 1984.1076 omtalte Høyesterett grunnvilkåret. Førstevoterende uttalte: ”Det synes å være alminnelig enighet om – og jeg finner det for min del klart – at det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha skjedd”. Videre het det: ”I utgangspunktet er etterforskning med provokasjonstilsnitt bare berettiget når politiet måtte legge til grunn at den straffbare handling ville ha blitt begått også uavhengig av dets rolle i begivenhetsforløpet”. Dette gjentas i RT. 1993.473, RT. 1998.407 og RT. 2000.1223.

Når Høyesterett i dommen henviser til den ”alminnelige enighet” på området, må dette forstås som en henvisning til den diskusjonen som verserte i de nordiske land på slutten av 70-tallet, og som dannet grunnlag for den *juridiske teorien* på området. Sentral i diskusjonen var tidligere riksadvokat Dorenfeldt som om grunnvilkåret uttalte: ”Men i intet land har man akseptert at politiet selv eller ved hjelp av medvirkere tilskynder en person til å begå en straffbar handling. Her går det en helt sikker grense” (Dorenfeldt 1978). Senere ble grunnvilkåret formulert som et krav om at en ”ikke må fremkalle en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått” (Gammeltoft-Hansen 1984). Kravet om tilstedeværelsen av dette vilkåret opprettholdes i så og si all teori om emnet og kommer sist til uttrykk i *Riksadvokatens rundskriv* av 26. april 2000 nr. 2/2000.

I utgangspunktet skulle man tro at grunnvilkåret, slik det er uttrykt ovenfor, danner en klar og tilstrekkelig grense for hvor langt man i den provokative etterforskningen kan gå. Men situasjonen er vel heller slik Andersen fremstiller den når han sier at grunnvilkåret ”i virkeligheten blot [er] en moralsk generalklausul, som lægger en vid og selvfølgelig ramme om de agentforeteelser, som kommer på tværs af gængse etiske skyldforestillinger og ansvarsbegreber”. [...] ”Når man så smertefrit har kunnet blive enige om denne formulering, er grunden naturligvis, at sætningen er uhyre vag” (Andersen 1986).

Grunnvilkåret som oppstilles gjennom de ulike rettskildene konstituerer dermed et forbud mot at politiet fremkaller straffbare handlinger som ellers ikke ville ha blitt begått. Leser man vilkåret motsetningsvis ville man kunne utlede en regel om at politiet kan fremkalle straffbare handlinger som likevel ville ha blitt begått. En slik vid adgang til å anvende provokativ etterforskning er det imidlertid vanskelig å finne dekning for.

Som Hopsnes sier kan provokasjon bare skje ved påvirkning av objektets subjektive forsett (Hopsnes 2003). Og spørsmålet som melder seg i grensdragningen mellom den

lovlige og ulovlige provokasjon vil være om ”politiets kontakt har vært et virkende element i [gjerningsmannens] subjektive motivasjonsbasis⁷⁶”. Det er med andre ord når politiet, som et ledd i etterforskningen, begynner å påvirke gjerningsmannens eksklusive rett til selv å bestemme om han vil begå en straffbar handling eller ikke, at man står ovenfor provokativ etterforskning. Det som imidlertid er med på å avgjøre lovligheten av en slik etterforskning er imidlertid graden av påvirkning som gjerningsmannen, fra politiets side, utsettes for.

Når man skal forklare hvilken påvirkning politiet skal kunne ha på en straffbar handling skulle man tro det ville gi en viss veiledning å ta utgangspunkt i den straffbare handlingen. Særlig skulle en fortolkning av begrepet ”handling” kunne vise oss i hvilken grad gjerningen er tuftet på gjerningsmannens egen vilje eller påvirkningen fra politiets. Legger man snevreste fortolkning av begrepet til grunn – det vil si *alle* de til handlingen knyttede momenter og omstendigheter – vil forbrytelsen alltid kunne sies å være fremkalt når politiet på et eller annet vis deltar i det straffbare hendelsesforløpet. For provokativ etterforskning i forbindelse med pågående eller forestående straffbare handlinger vil etterforskningsmetoden dermed i praksis være avskåret.

For å kunne angi når politiets påvirkning anses for å være for stor, har man derfor i den juridiske teorien vært tilbøyelig til å forklare dette ut fra ulike *årsaksteorier*. Politiets etterforskning kan ikke være årsak til en endring som tillegges strafferettslig relevans.

For å skille den konstitutive og konstaterende⁷⁷ etterforskningen fra hverandre oppstilte Gammeltoft-Hansen et skille mellom såkalte ”*indifferente*” og ”*avgjørende*” elementer ved den straffbare handlingen. De indifferente handlingselementer var elementer ved handlingen som ikke ville frata etterforskningen dens konstaterende preg. Som eksempler nevnte Gammeltoft-Hansen agentens person, tidspunktet for handlingen, stedet og de ytre omstendigheter. De avgjørende handlingselementer var de elementer som var grunnleggende⁷⁸ for gjennomføringen av den straffbare handlingen. Er politiet bakgrunnen for at elementene er oppfylt, vil etterforskningen være ulovlig. Som eksempel oppstilte han alle de ledd som inngår i beskrivelsen av den straffbare handlingen – det vil si dens objektive gjerningsinnhold.

Andersen⁷⁹ oppstiller en lignende teori for å vise når politiet kan anses for å ha fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått. Skillet mellom hva som er

⁷⁶ Hopsnes 2003

⁷⁷ Se pkt. ???

⁷⁸ Hopsnes 2003 beskriver denne lære som betingelseslæren. Hvor politiets rolle er en nødvendig betingelse for at den straffbare handlingen blir gjennomført vil forholdet være fremprovosert og dermed ulovlig.

⁷⁹ Andersen 2000

akseptabel og ikke akseptabel etterforskning har sitt utgangspunkt i et årsaksbegrep. Det avgjørende er hvorvidt det er årsakssammenheng mellom etterforskningsinngrepet på den ene siden og den straffbare handling på den andre. Man kan tenke seg at et etterforskningsskritt er benyttet, og en straffbar handling realisert eller forsøkt realisert som en følge av dette. Andersen sier at dersom den straffbare handlingen ikke ville ha skjedd dersom man tenkte seg etterforskningsskrittet borte, vil man stå overfor en konstitutiv etterforskning. Etterforskningen er da utenfor det tillatte.

Hopsnes⁸⁰ finner imidlertid støtte for en modifisert betingelseslære i Høyesteretts praksis. Betingelseslæren kan forklares på følgende måte: Er politiets rolle en nødvendig betingelse for gjennomføringen av den straffbare handlingen, kan man si at forholdet er fremprovosert og dermed ulovlig. Støtte for denne årsaksteorien finner Hopsnes i RT. 1998.407. Men læren må modifiseres av de påvirkningene i den straffbare handlingen som synes for fjern og indirekte. Dette har Høyesterett slått fast i RT. 1984.1076 og RT. 2000.1482.



Mot denne bakgrunn, og sammenholdt med det aktive elementet i grunnvilkåret⁸¹, vil de reelle hensyn være viktige for en nærmere drøfting av hvor grunnvilkårets grense skal strekkes.

Det som fremstår som åpenbart er at grunnvilkåret ikke må avskjære fullstendig politiets mulighet til å øve innflytelse på det straffbare hendelsesforløp. Særlig hensynet til metodens *effektivitet* tilsier at muligheten for å etterforske gjennom bruk av denne metoden er reell. Mens dette hensynet danner det ene ytterpunktet, vil man i motsatt ende av skalaen finne det generelle *rettsikkerhetshensynet*. Hensynet taler for at folk gis mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. Det taler for at individer skal gis vern mot vilkårlige inngrep fra statsmakten, samt at det oppstilles en garanti for at myndighetene fatter materielt riktige avgjørelser om en skulle være så uheldig å måtte møte for en domstol. En ubegrenset adgang til å fremkalle straffbare handlinger fra politiets side ville i mange sammenhenger bli oppfattet som vilkårlige inngrep ovenfor den enkelte, samtidig som faren for at uskyldige ble dømt i disse tilfellene ville vært åpenbar.

Som presiseringer av dette hensynet finner man det såkalte *misbrukshensynet* og *kriminaliseringshensynet*. Muligheten for å misbruke etterforskningsmetoden samt å

⁸⁰ Hopsnes 2003

⁸¹ Jeg henspeiler til selve fremkallelsen av det straffbare forhold.

kriminalisere uskyldige være hensyn som på den annen side taler for at metoden ikke skal gis en for vid anvendelse. Når man snakker om misbruksfaren tenker man på at politiet plukker ut bestemte personer og utsetter dem for fristelser som er egnet til å få disse til å begå straffbare handlinger. Fraværet av rettsligeskranker mot å fremkalle straffbare handlinger ville ikke kunne anses som noen usannsynlig følge i tilfeller. Dette kan man vel få bekreftet gjennom et tilbakeblikk i historien. Med kriminaliseringsfaren tenkes det på faren for å føre uskyldige inn i en kriminell løpebane. Som Hopsnes uttaler det, vil tilbøyeligheten til å fortsette å begå straffbare handlinger øke betraktelig etter at man først er ført inn i den kriminelles sfære (Hopsnes 2003). Men selv om den som utsettes for etterforskningsmetoden har krav på et godt vern, blant annet gjennom grunnvilkåret, er det klart at andre hensyn kan tale for at politiet går lenger i å fremkalle straffbare handlinger.

At fremkallelse av straffbare handlinger ikke uttrykkelig er forbudt i lov, danner grunnlag for at *allmenpreventive hensyn* kommer til sin rett. Tanken på at politiet vil kunne fremprovosere straffbare handlinger som man må stå til ansvar for i ettertid, vil kunne få flere til å avstå fra å begå kriminalitet, i motsetning til om en slik etterforskningsmetode var uttrykkelig forbudt. I de tilfellene hvor påvirkningen også finner sted innenfor rammene av grunnvilkåret, vil man jo også se at handlingen ikke mister mye av sin *straffverdighet* selv om politiet er med på å styre gjennomføringen av handlingen. I de tilfellene hvor mistanken om at gjerningsmannen likevel ville begå den straffbare handlingen er stor og politiets initiativ er beskjedent, taler mye for å straffe gjerningsmannen i samme grad som om politiet ikke hadde vært involvert.

I tillegg til de hensynene som er nevnt ovenfor kan man avslutningsvis peke på noen hensyn som tar utgangspunkt i politiet selv. Politiet er i sitt daglige virke avhengig av *tillit* i befolkningen for å kunne gjøre jobben sin på en betryggende måte. Går politiet for langt i å fremkalle straffbare handlinger vil dette slå bena under den tillit politiet nyter i samfunnet i dag. Dette samtidig som nærværet av rettslige skranker, herunder også grunnvilkåret, vil være en viktig barriere mot at *ulovlige etterforskningsmetoder* etableres. Hensynet til at folks tillit ikke skal reduseres og ulovlige etterforskningsmetoder utvikles er dermed i høyeste grad med på å påvirke grensene for hvor langt politiet kan gå i å fremkalle en straffbar handling som senere skal kunne irettesføres.



Legger man disse årsaksteoriene til grunn for hvor langt man kan gå i å fremkallelsen av en straffbar handling, vil man se at det dannes et skille mellom straffbare handlinger som allerede er begått og straffbare handlinger som begås eller skal begås i fremtiden⁸². Når den provokative etterforskningen iverksettes med det formål å innhente bevis for allerede begåtte straffbare handlinger byr det på en logisk brist å snakke om politiets etterforskning har vært med på å fremkalle den straffbare handlingen. Handlingen vil i disse tilfellene regelmessig være gjennomført når politiet bestemmer seg for å ta den provokative etterforskningen i bruk. Riksadvokaten oppstiller likevel et forbehold i forhold til dette i sin instruks. Dersom det går lang tid mellom provokasjonshandlingen og fremskaffelsen av beviset, vil dette tale for at den straffbare handlingen er fremkalt av politiet. Hvordan tiden her vil påvirke grunnvilkåret vil vi se nærmere på under pkt. 3.3.2.3.

Det er dette skillet, og det faktum at bevisprovokasjon ikke kan krenke det såkalte grunnvilkåret, som er grunnlaget for den oppfatningen at vilkårene for å benytte seg av bevisprovokasjon er mindre strenge enn vilkårene for å benytte seg av salgsprovokasjon.

Jeg anser det i den videre fremstilling hensiktsmessig å benytte Gammeltoft-Hansens terminologi med indifferente og avgjørende handlingsmomenter, for mer pedagogisk å belyse hvordan politiet i enkelte henseender kan påvirke hendelsesforløpet.

5.2.1.1 De ulike elementer ved den straffbare handlingen

Det er ikke alle elementer ved en straffbar handling som har strafferettslig relevans. Det er dette Gammeltoft-Hansen har lagt til grunn når han oppstiller skillet mellom indifferente og avgjørende handlingselementer. De indifferente elementer ved den straffbare handlingen er elementer som politiet gjennom sin provokative etterforskning kan påvirke, uten at de gir etterforskningen karakter av å være konstitutiv. I såvel teori og praksis er det antatt at politiets påvirkning kan gjelde *tidspunktet, stedet og utførelsen* av den straffbare handlingen.

I tillegg til disse har Høyesterett pekt på to andre handlingslementer. Jeg vil ikke kategorisere disse to elementene som utelukkende avgjørende i bedømmelsen av om en handling skal anses fremkalt av politiet eller ikke. Elementene vil derimot, undergitt visse forutsetninger, gjøre det vanskelig å utelukke at politiet er den avgjørende årsaken til at den straffbare handlingen er gjennomført. Det første elementet vedrører hvem som tar *initiativet* til den straffbare handlingen. Kan man tilskrive politiet det største initiativet, gjør dette det

⁸² Tradisjonelt omtalt som skillet mellom bevis- og salgsprovokasjon.

vanskelig å kunne overbevise om at handlingen har sitt utgangspunkt i gjerningsmannens egen motivasjonsbasis. Det andre elementet knytter seg til foreligger et *marked* for den straffbare handlingen. Fraværet av et marked vil på samme måte som ovenfor vanskeliggjøre det å overbevise om at handlingen har sitt utspring i gjerningsmannen selv. Man kan på bakgrunn av dette si at elementene går over fra å være indifferente til å bli mer avgjørende, avhengig av politiets grad av initiativ og hvilket marked som kan sies å foreligge.

Jeg vil nedenfor begynne med å omtale de mer avgjørende handlingselementer for så å gå over på de indifferente.

5.2.1.2 *Initiativets betydning for om grunnvilkåret er krenket*

Hvor initiativet springer ut fra gjerningsmannen alene er man utenfor den provokative etterforskningens område. Etterforskningen må her karakteriseres som alminnelig, og behøver følgelig ikke å underkastes særlige regler. At en sivilkledd politimann som ferdes i et narkotikamiljø tar imot et tilbud om kjøpt av narkotika, kan ikke anses for å være provokasjon (Andenæs 2000). En slik passiv aksept – hvor initiativet klart kommer fra gjerningsmannen – kan ikke anses for å være en overskridelse av det ovenfor nevnte grunnvilkår.

Initiativets betydning for om *EMK* skulle anses krenket i forbindelse med bruk av provokativ etterforskning ble behørig omtalt i *Teixeira de Castro v. Portugal*. Her kom EMD inn på initiativets betydning for om politiet hadde fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville ha skjedd. I saken oppsøkte to sivile polititjenestemenn en smålanger for å få kjøpt noe heroin. Målet var å få smålangeren til å oppgi hvem som var hans leverandør. Smålangeren sa han visste om en person – *Teixeira de Castro* – som kunne skaffe de to politifolkene narkotikaen de var ute etter. Han visste imidlertid ikke hvor han bodde, og for å finne ut dette måtte de oppsøke ytterligere en person – nemlig *X*.

På sin bopel ble *Teixeira de Castro* senere hentet ut i bilen hvor han ble meddelt ønsket om å kjøpe 20 gram heroin for 200.000 portugisiske escudos. *Teixeira de Castro* sa at han skulle skaffe stoffet og kjørte sammen med *X* til en siste person – hvorfra stoffet ble skaffet til veie. Ved overlevering hjemme hos smålangeren ble *Teixeira de Castro* arrestert av de to polititjenestemennene.

Den tiltaltes hovedanførsel var at "he had been incited by plain-clothes police officers to commit an offence of which he was later convicted". EMD begynner sin mer konkrete drøftelse ved å se nærmere på bruken av "undercover agents" (UC). Domstolen sier at "[t]he

use of undercover agents must be restricted and safeguards put in place even in cases concerning the fight against drug trafficking”. Bruk av UC er med andre ord, ifølge EMD tillatt, i den grad det er satt opp rettslige skranker som sikrer menneskerettighetene i forhold til EMK. Deretter sier domstolen at ”[t]he public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement”. Ifølge domstolen ble det avgjørende å slå fast om “the two police officers’ activity went beyond that of undercover agents”. I såfall måtte dette anses for å stride med konvensjonen.

I vurderingen av om polititjenestemennene hadde vært for aktive tok domstolen utgangspunkt i dommen *Lüdi v. Switzerland*⁸³. Politimannenes rolle hadde begrenset seg til å være UC-agent, og avvek ellers på en rekke andre områder fra tilfellet med Teixeira de Castro. På bakgrunn av sammenligningen sier EMD at ”[t]he necessary interference from these circumstances is that the two police officers did not confine themselves to investigate Mr. Teixeira de Castro’s criminal activity in an *essentially passive manner*, but exercised an influence such as to *incite*⁸⁴ the commission of the offence”.

Domstolen konkluderte med at “the two police officers’ actions went beyond those of undercover agents because they instigated the offence and there is nothing to suggest that without their intervention it would have been committed”. Art. 6 nr. 1 måtte dermed anses krenket.

Fra den tiden Kommisjonen var forberedende organ for EMD ble det behandlet noen saker vedrørende provokativ etterforskning. De fleste ble avvist, men noen ble tillatt ført for domstolen. Selv klagene som ble avvist har sin rettskilkdemessige relevans, da det av kommisjonens avgjørelser kan utledes en del omstendigheter som vil kunne være avgjørende for om etterforskningen strider med EMK.

I *Radermacher and Ferrer v. Tyskland*⁸⁵ ble klagen tillatt prøvet for Kommisjonen. Saken gjaldt pengefalsk. De to domfelte var idømt lange fengselsstraffer. De domfelte påberopte seg å ikke ha fått en rettferdig rettergang, jf. EMK art. 6. 1 ledd. Det som talte mot at rettergangen var rettferdig var at UC-agenter fra politiet tok *initiativ* til den straffbare handlingen. Dette skjedde uten at det forlån noen som helst mistanke mot dem. Kommisjonen fant her at initiativet faktisk kom fra de domfelte selv, og at politiet kun hadde spilt med i det videre hendelsesforløpet. På bakgrunn av dette kunne art. 6, 1. ledd *ikke* være krenket.

⁸³ *Lüdi v. Switzerland* - A 238 (1992)

⁸⁴ Mine uthevinger

⁸⁵ *Radermacher & Ferrer v. Germany* – Appl. no. 12811/87

I *Shazad v. Great Britain*⁸⁶ var klageren dømt til 20 års fengsel for narkotikalovbrudd. I saken la kommisjonen vekt på at politiet ikke hadde tatt kontakt med gjerningsmannen for å få ham til å begå den straffbare handlingen, men at politiet utelukkende hadde handlet som en følge av gjerningsmannens fremsatte tilbud. Dette var et moment som i stor grad begrunnet at politiets etterforskning ikke ble funnet å stride mot EMK art. 6, 1. ledd.

Skal man oppsummere det som fremkommer gjennom disse to sakene må det være at det ikke er uforenlig med EMKs art. 6, 1. ledd å tillate politiet å benytte provokasjon under etterforskningen. En viktig forutsetning er dog at initiativet til den straffbare handlingen ikke kommer fra politiet.

I RT. 1984.1076 sa førstevoterende i forhold til grunnvilkåret: ”Jeg antar videre at det må legges betydelig vekt på hvem som har tatt initiativet til den straffbare handlingen. Forøvrig anser jeg det ikke mulig å trekke opp generelle retningslinjer for utformingen av den begrensning det her er tale om”. Når det gjaldt betydningen av hvem som hadde tatt initiativet i denne konkrete saken sa Høyesterett: ”Når det gjelder dette [grunnvilkåret], tar jeg utgangspunkt i at initiativet til narkotikasalget ble tatt av leverandørene i det telegram som ble sendt til D”. Høyesterett fant således at politiets initiativ ikke påvirket grunnvilkåret i så stor grad at det måtte anses for å være krenket.

I RT. 1993.473 gjaldt saken piratdrosjekjøring. To lokale medhjelpere av politiet passerte gjennom en gate hvor de antok at det opptrådte ”piratdrosjer”. De rakk ut hånden og stanset en aktuell bil. De ba om skyss, ved at den ene av de to medhjelperne spurte om ikke fører av bilen kunne kjøre dem til et nærliggende senter. Etter å ha fått ja, spurte de to hva de skulle betale. Tiltalte hadde her anket over såvel lovanvendelsen som saksbehandlingen. Anken over lovanvendelsen var det som i utgangspunktet førte til frifinnelsen. For saksbehandlingsankens vedkommende fant førstevoterende det nødvendig å kritisere etterforskningsmetoden i et obiter dictum. Blant annet ble det reist kritikk mot at en så stor del av initiativet til den straffbare handlingen kom fra politiets medhjelpere. Førstevoterende sier følgende om dette i dommen: ”Dette konkrete transportoppdraget er således klart initiert av politiets medhjelpere. Det er ikke i byrettens premisser noe som viser at de domfelte ville ha stanset av eget initiativ, eller at andre ville ha stanset ham og bedt om skyss mot betaling”. Hadde ikke anken allerede blitt tatt til følge som en følge av lovanvendelsen, vil mye tale for

⁸⁶ *Shazad v United Kingdom* – Appl. no. 34225/96

at politiets etterforskning ville blitt misbilliget som en følge av at grunnvilkåret ble ansett for krenket.

I RT. 1994.319 finner vi et lignende tilfelle. To representanter for den lokale drosjenæringen hadde en natt observert en bil som to ganger hadde plukket opp passasjerer. Man hadde derfor en sterk mistanke om at bilen drev ulovlig persontransport. Det ble besluttet at man skulle foreta en kontroll for å avdekke virksomheten. Det hadde vært kontakt med politiet på stedet, og drosjenæringen uttalte at ”opplegget var godtatt av politiet”. Da bilen kom til stedet for tredje gang tok de to personene kontakt med føreren og retten legger til grunn at det var de to vitnene som ba om å bli kjørt. Deretter meddelte fører av bilen at dette kostet 50.- kroner. Etter dette skrev de to vitnene en rapport som ble overlevert politiet. I RT. 1993.473 var det vitnene som først ba om skyss for deretter å spørre hva turen kostet. I motsetning til hvordan det var i det første tilfellet viser aktor i denne saken til førerens atferd. ”Aktor har i [...] sterkt fremhevet at B og C spurte om å bli kjørt til et bestemt sted, og at *domfelte* deretter meddelte at det kostet kr. 50.-”. Førstevoterende sier så: ”Jeg er enig med aktor at det allerede på dette grunnlag kan reises spørsmål om dette tilfellet kan likestilles med saken i RT. 1993. Hadde derimot de to passasjerene spurt hvor mye det skulle koste, vil det som er sagt i RT. 1993.473, ha talt for at initiativet fra vitnene også i dette tilfellet blitt ansett for å være altfor stort. Grunnvilkåret ville trolig ha blitt oppfattet som krenket av domstolen. Dette viser den hårfine grensen for når et initiativ endrer karakter av å være akseptert til å ha gått for langt.

I RT. 1998.407 som gjaldt heleri av det kjente Much-maleriet ”Skrik”, sier førstevoterende følgende om saksforholdet: ”I et møte 29. april 1994 mellom Nasjonalgalleriets styreleder, advokat Jens Kristian Thune, og en person som gjennom A hadde kontakt med tyvene, fikk politiet opplysninger om at tyvene var villige til å utlevere maleriet mot en løsesum, som først ble oppgitt til 3.000.000.- kroner, senere til 3.150.000.- kroner”. Videre viser førstevoterende til at: ”lagmannsretten [har] lagt til grunn at *domfelte* helt fra 12. februar 1994 fikk opplysninger om tyveriet fra hovedmannen i dette, og at han tok instruks fra denne. Instruksene gikk blant annet ut på at maleriet skulle selges eller leveres tilbake mot en løsesum, hvor stor løsesummen skulle være, og hvorledes en eventuell tilbakelevering av maleriet skulle gjennomføres”. Om forholdet til grunnvilkåret uttalte flertallet: ”Jeg peker på at det var politiet som foranlediget at den amerikanske institusjonen ble bragt inn i saken som mulig kjøper, og at løsepengene ble vist frem”. Mindretallet argumenterte for et motsatt syn når det gjaldt initiativet til den straffbare handlingen. Andrevoterende peker, i motsetning til dette, til hva førstevoterende sa. ”Det fremgår av

lagmannsrettens dom at det var A som i samarbeid med hovedmannen tok initiativ til tilbakeleveringen av maleriet mot betaling av løsesummen. A må – etter den beskrivelse som er gitt i dommen – sies å ha fremsatt, eller iallefall ha antydnet, et tilbud som forutsatte en helerihandling fra hans side, og politiet trådte inn i dette tilbudet”.

Det som sies av Høyesterett i forhold til hvem som tok initiativet til den straffbare handlingen synes ikke å begrunne at grunnvilkåret i dette konkrete tilfellet ble ansett for krenket. Høyesterett vektla et annet vilkår – nemlig at det må foreligge et marked for den straffbare handlingen. Dette var hovedbegrunnelsen for frifinnelsen, men det er ikke utenkelig at også et for sterkt initiativ hadde en viss innflytelse på avgjørelsen.

I RT. 2000.1223 uttaler førstevoterende at ”det må legges betydelig vekt på hvem som tar initiativ til handlingen”, i vurderingen av om grunnvilkåret er krenket. I den konkrete saken sier førstevoterende at det ”[e]tter rettsbelæringen sammenholdt med lagrettens svar må legges til grunn at lagretten har ansett det bevist at de to domfelte anskaffet heroinpartiet på eget initiativ og uten å være påvirket til dette av informanten C”. Her hadde politiets informant gjort en avtale med tiltalte om at hun skulle kjøpe ett halvt kilo heroin for 250.000.- kroner. Det legges i dommen vekt på at det var domfelte som, via telefon, gjentatte ganger tok kontakt med informanten for å få henne med på avtalen.

Også i RT. 2000.1482 henviser førstevoterende til hva som ble sagt i RT. 1984.1076, da ”det må legges betydelig vekt på hvem som har tatt initiativ til den straffbare handlingen”. Dette var forøvrig ikke noe moment i den senere drøftelsen av det konkrete saksforholdet. Politiet hadde her stanset en trailer med et stort parti hasj. Politiet fikk sjåføren til å samarbeide for å avdekke bakmennene. ”Det hendelsesforløp som deretter utviklet seg, var ikke påvirket av politiet, men har klare likhetstrekk med en kontrollert levering”. Politiets innvirkning i hendelsesforløpet var deres initiativ til at kureren skulle fortsette i henhold til sin opprinnelige plan. Etterhvert ble politiet delvis oppdaget, og da ba politiet kureren om å ringe sin oppdragsgiver i Nederland. På bakgrunn av denne henvendelsen ble det besluttet at oppdragsgiveren skulle skaffe en ny mottaker. Mottakeren ble arrestert ved overlevering av stoffet. Initiativene ble vurdert av Høyesterett til ikke å komme i konflikt med grunnvilkåret.

Alle disse dommene danner grunnlaget for hva den juridiske teorien har ansett som kseptabel påvirkning av det videre hendelsesforløp. Et initiativ vil si et tiltak med det formål å

sette noe i gang⁸⁷. Et initiativ i tilknytning til en provokativ etterforskning vil, for salgsprovokasjonens vedkommende, si et tiltak fra politiets side for å få en straffbar handling til å manifesteres. Er formålet med etterforskningen å sikre bevis for allerede begåtte straffbare handlinger vil initiativet gå ut på at sette igang en situasjon hvor et bevis kommer frem og kan knyttes til den mistenkte. Hvordan politiets initiativ ytrer seg vil variere fra sak til sak.

Når Gammeltoft-Hansen⁸⁸ beskriver den aktive etterforskningen han mener provokasjon også utgjør, oppstiller han tre karakteristika ved etterforskningen. Provokatøren må være *sivil*, han skal *delta* i etterforskningen, og *initiativet* må komme også fra politiet. Kravet til initiativ fra politiets side er det som skiller den provokative etterforskningen fra de mer tradisjonelle etterforskningsmetodene. Det er i tilfeller hvor mesteparten av initiativet tilskrives politiet at sjansene for å krenke grunnvilkåret er størst. De to eksemplene nedenfor vil imidlertid vise at *hvordan* initiativet kommer til uttrykk vil være like så avgjørende som spørsmålet om *hvem* som utviser det.

Her kan man tenke seg at en sivil polititjenestemann observerer en person kjøpe seg en drink på et av byens utesteder lenge etter at den lovlige skjenkingen skulle vært avsluttet. Han går bort til bartenderen og ber om å få seg servert en whiskey. Dette får han, og etterpå anmelder han serveringsstedet for brudd på alkoholloven. I dette tilfellet ser man at provokatøren har opptrådt i sivilt og han har deltatt i gjennomføringen av den straffbare handlingen har i stor grad vært den som har hatt initiativet. Her synes imidlertid initiativet så sterkt fra politiets side, at man kan si at gjerningsmannens handling i strid med skjenkereglementet, skjer på bakgrunn av politimannens forespørsel. Mye taler for at grunnvilkåret vil måtte anses krenket på bakgrunn av det sterke initiativet fra politiets side.

I enkelte andre tilfeller vil man derimot kunne tenke seg at etterforskningsmetoden ikke kommer i strid med grunnvilkåret, til tross for at initiativet til den straffbare handlingen i stor grad fremkommer fra politiet. Man kan tenke seg at det i Frognerparken, over en tomåneders periode, er voldtatt tre blonde kvinner som var ute og jogget. Polititjenestemenn ved Majorstua politistasjon ønsker å iverksette en aktiv etterforskning som kan føre til pågrep av gjerningsmannen. De bestemmer seg for å iføre en blond tjenestekvinne joggeantrekk, for så å sende henne ut på joggetur i parken. Etter noen resultatløse turer blir kvinnen forsøkt voldtatt av en mann, som straks pågripes av politiet. I dette tilfellet er provokatøren sivilt kledd, den har et deltagende element, og initiativet til den straffbare

⁸⁷ Bokmålsordboka 1986

⁸⁸ Gammeltoft-Hansen 1984

handlingen kan i en viss grad tilskrives politiet. Tjenestekvinnen som jogger i parken setter i gang voldtekten.

For meg ser det ut som om det er to forhold ved initiativet som vil spille en avgjørende rolle for om grunnvilkåret er krenket. For det første vil det være avgjørende om identiteten til den tiltaket, eller provokasjonshandlingen retter seg mot, er kjent av politiet eller ikke. Både rettssikkerhetshensyn, i form av kriminaliseringshensynet og misbrukshensynet, taler for at man setter strengere vilkår til tiltaket dersom man kjenner identiteten til den man mistenker. Vilkåret må ses i sammenheng med neste forhold – nemlig graden av aktivitet fra politiet. Stor aktivitet – i form av lokking eller overtalelse – øker sjansene for at man urettmessig kriminaliserer en uskyldig person. Det gir også større muligheter for misbruk. Hvor man retter det igangsettende tiltaket mot en identifisert gjerningsmann og gjennom den initierende handlingen utviser stor grad av aktivitet er det dermed grunn til å være særlig aktpågivende.

Axberger⁸⁹ sier i sin drøftelse av grunnvilkåret: ”En praktisk konsekvens av denna princip⁹⁰ torde vara att de årgärder som tillåts måste vara tämligen ”passiva””. Med dette må det forstås en meget begrenset adgang til å ta initiativ til straffbare handlinger. Dette standpunkt har også Riksadvokaten, i sin instruks⁹¹, slutte seg til ved å si at: ”Er det politiet som (direkte eller indirekte) tar initiativet til handlingen, taler det mot at grunnvilkåret er oppfylt”.

5.2.1.3 Det må eksistere et marked for den straffbare handlingen

Når grunnvilkåret angis ut i fra en negativ tilnærming fremstår det slik det vanligvis benyttes i dag – nemlig som et krav om ikke å fremkalle straffbare handlinger som ellers ikke ville ha blitt begått. Forsøker man å angi grunnvilkåret ut fra en positiv tilnærming vil man måtte formulere dette som et krav om at den straffbare handlingen, uten politiets innblanding, måtte ha blitt begått på et annet sted til en annen tid. Og en nødvendig forutsetning for dette er at det må eksistere et marked. Vilkåret har sin funksjon i relasjon til den såkalte salgsprovokasjonen.

I RT. 1984.1076 ser vi konturene av dette vilkåret når førstevoterende uttaler seg om grunnvilkåret. ”I riksadvokatens retningslinjer har dette [grunn]vilkåret fått den form at det må sannsynliggjøres utover rimelig tvil at selgeren er positivt interessert i å omsette stoffet, og at stoffet – dersom politiet ikke hadde kjøpt – til noenlunde samme tid ville blitt omsatt til

⁸⁹ Axberger 1989

⁹⁰ Han henviser, når han snakker om ”princip”, til grunnvilkåret.

⁹¹ Av 26. april 2000

andre”. I denne saken var det snakk om innførsel av 3 kg amfetamin. I de fleste saker vedrørende innførsel og omsetning av narkotika er det på det rene at det eksisterer et marked for omsetning. Det samme vil også kunne tenkes i forhold til spritsmugling.

Fraværet av et marked for den straffbare handlingen vil gi politiet bevismessige problemer med å sannsynliggjøre utover ”enhver rimelig tvil⁹²” at handlingen likevel ville ha blitt begått. For å unngå dette er et tilleggsvilkår til grunnvilkåret oppstillet.

I RT. 1998.407 fikk vilkåret avgjørende betydning for om grunnvilkåret kunne anses oppfylt. Politiet tiltalte en person for forsøk på grovt heleri. Vedkommende var den som, på vegne av tyvene, forhandlet med to britiske politiagenter, for å få utbetalt en løsesum for det stjalne ”Skrik”-maleriet av Munch.

Flertallet i saken kom frem til at grunnvilkåret ikke var oppfylt. Førstevoterende sa: ”Om politiets aksjon tenkes borte, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført”. Hadde ikke politiet bragt de to britiske politiagentene på banen, som fiktive representanter for den amerikanske Paul Getty Foundation, og disse hadde forevist løsepenger, er det uklart om andre ville ha meldt seg som kjøpere av et så verdenskjent maleri. Et maleri som alle ville vite var stjålet. Flertallet mente at det ikke forelå noe marked for videresalg av maleriet. Helerihandlingen måtte dermed skyldes politiets etterforskning.

Mindretallet, på to dommere, argumenterte derimot for det motsatte resultat. De uttalte: ”Det kan nok være at i den konkrete situasjon ikke var andre aktuelle kjøpere som ville ha reflektert på tilbudet. Men jeg kan ikke se at et slikt forhold – som fremstår som irrelevant på gjerningsmannens straffeskyld – kan tillegges betydning ved bedømmelsen av om politiet i rettslig henseende kan sies å ha fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått”.

Andersen⁹³ peker på hvordan flertallet og mindretallet i ”Skrik”saken var uenig om hvilket av de to momentene Riksadvokaten nevner som burde vektlegges. Flertallet (3) kom frem til at det avgjørende måtte være at det ikke eksisterte et marked. Politiets inntreden var det avgjørende element for at helerihandlingen ble forsøkt gjennomført. Mindretallet (2) kom frem til at initiativet kom fra tiltalte før politiet hadde iverksatt planen med de to britiske agentene. Tiltalte viste dermed en vilje til å finne et ”marked” for omsetning av maleriet. At det er politiet som først kommer inn som kjøper burde da – ifølge mindretallet – ikke påvirke grunnvilkåret. Mindretallet vektla således initiativets betydning for den straffbare handlingen.

⁹² Jfr. Beviskravet som oppstille i RT. 1984.1076.

⁹³ Andersen 2000

I den konkrete saken synes jeg mindretallets konklusjon sammenholdt med lagmannsrettens bevisvurdering gir best mening. Og skulle jeg ha valgt å frifinne på bakgrunn av den oppfatning flertallet la til grunn, ville jeg heller begrunnet frifinnelsen med at tiltaket politiet iverksatte for å få den straffbare handlingen igang, var rettet mot en kjent gjerningsmann og beheftet med for stor grad av aktivitet fra politiets side⁹⁴. En slik begrunnelse ville etter mitt syn harmonert best med den formen grunnvilkåret har fått.

Når vilkåret først er slått fast hos såvel Høyesterett som i Riksadvokatens instruks, kan det være klargjørende å fastslå hvilke faktorer som skal til for å kunne si at det eksisterer et ”marked”. Høyesterett har sagt at det for narkotikaomsetning helt åpenbart eksisterer et marked, men at det stiller seg annerledes hva gjelder omsetning av stjålet kunst. Her vil det sikkert avhenge av hva slags kunst en snakker om. For omsetning av ”Skrik” ble det imidlertid ikke ansett å eksistere et marked.

Det må antas at et vilkår må være at en viss *gruppe av personer* anses for å etterspørre det som ønskes solgt. Hvor grensen skal trekkes, er det vanskelig å si noe om. Spørsmålet må derfor overlates til en konkret vurdering av domstolene i hvert enkelt tilfelle.

Er det videre en *organisatorisk inndeling* av selgere og kjøpere, samt en *kjent arena* for omsetningen, er dette elementer som taler for at det eksisterer et ”marked”.

I instruks fra Riksadvokaten⁹⁵ oppstilles to forhold av særlig betydning for om grunnvilkåret er oppfylt. Det første er hvem som tar *initiativet*. Det andre er om det eksisterer et *marked* for den straffbare handlingen. Som eksempler på områder hvor det eksisterer markeder for omsetning nevner Riksadvokaten omsetning av tyvegods, salg av narkotika og distribusjon av barnepornografi. Grunnlaget for å oppstille vilkåret henter Riksadvokaten i hovedsak fra Høyesteretts drøftelse i ”Skrik”-saken.

For dansk retts vedkommende sies om dette handlingselementet mer generelt: ”Ideen med den aktive, konstaterende etterforskning, består jo i å påvise at når den mistenkte er parat til å selge til agenten et stort parti på hotell X til en bestemt tid, så ville han også ha gjort dette mandagen etter til en annen person på hotell Y” (Gammeltoft-Hansen 1984). I formuleringen ligger en forutsetning om at det må eksistere et marked.

Det samme finner man uttalt i svensk teori. ”Provokasjon får ske om brottet ändå skulle ha blitt begånget; dvs. den aktuelle gärningen skulle ha ägt rum ändå, men vid annan tidspunkt, kanske på annan plats och framför allt i samverkan med andra personer. Man tänker sig t.ex. att den som innehar et större parti narkotika kan provoceras at selga detta til

⁹⁴ Se ovenfor i pkt. 5.2.2.1.

⁹⁵ Riksadvokatens rundskriv av 26. april 2000

polisen eftersom han ändå skulle ha sålt det, förr eller senare, till någon annan. Situationen förutsetter snarast att brottsligheten redan föreligger, eller at man konstaterat en brottslig vilja av sådan styrka at det bara er en tidsfråga när den skal verställas” (Axberger 1989).

5.2.1.4 Visse endringer i tid

”[D]et må etter min mening godtas at politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse” (RT. 1984.1076). Dette ble uttalt allerede i den første dommen hvor Høyesterett drøftet vilkårene for den provokative etterforskningen. Riksadvokaten sier også i sin instruks av 26. april 2000 at det er ”godtatt at politiet forårsaker visse endringer i tid, sted og utførelse”.

Når det snakkes om å gjøre endringer i tiden, er det påvirkning av gjerningstidspunktet for den straffbare handling man har for øyet.

Årsakene til at politiet kan ønske å påvirke tidspunktet, kan være mange. For det første vil politiet kunne få bedre muligheter til å forberede seg om gjerningstidspunktet forskyves, og dermed også bedre mulighetene for gjennomføringen av en tillitsvekkende etterforskning. Her ser man endringen begrunnet ut fra et rettssikkerhetsperspektiv. På den annen side kan et ønske om å fremskynde en straffbar handling begrunnes med at den antatte gjerningsmannen ikke skal få nyss om at andre medskyldige er avslørt og pågrepet av politiet. I motsetning til når tidspunktet forskyves fremover i tid, ser man her at hensynet til effektivitet i større grad vektlegges.

Gammeltoft-Hansen⁹⁶ peker på at endringer i tiden for når den straffbare handlingen finner sted, ikke vil ha noen betydning for om grunnvilkåret skal anses krenket. Det er først når man ved påvirkningen av tidspunktet også berører andre elementer at man nærmer seg den konstitutive etterforskningen. Og det er nettopp slike eksempler som nevnes i litteraturen. I sin omtale av elementet oppstiller hverken Gammeltoft-Hansen eller Riksadvokaten noe skille mellom det å forskyve gjerningstidspunktet fremover eller bakover i tid. Ei heller skjelnes det mellom etterforskning hvor formålet med etterforskningen er å erverve bevis for allerede *begåtte straffbare handlinger* eller for handlinger *som skjer* eller er *i ferd med å skje*. Selv om det skal mye til for å kunne si at en påvirkning av tiden fører til at grunnvilkåret anses krenket, må en gå ut fra at tidsmomentet kan forsterke betydningen av at andre vilkår anses krenket.

⁹⁶ Gammeltoft-Hansen 1984

Påvirkning av tiden kan berøre grunnvilkåret sett fra to ulike perspektiver. For det første vil en påvirkning av tiden kunne influere på gjerningsmannens forsett til å gjennomføre den straffbare handlingen. For det andre kan lang tid mellom selve provokasjonshandlingen og gjerningstidspunktet skape problemer med å utelukke at gjerningsmannen alene har tatt avgjørelsen om å begå den straffbare handlingen. Et langt tidsrom mellom de to handlingene vil skape en presumsjon for at gjerningsmannen har foretatt seg den straffbare handlingen som følge av politiets etterforskning.

Når det gjelder å benytte seg av provokativ etterforskning for å skaffe bevis for straffbare handlinger *som begås eller som skal begås i fremtiden*, vil man se at tidsmomentet har betydning i forhold til ett av de to ovenfor nevnte perspektivene. Siden den straffbare handlingen ikke har skjedd, er det mulig å påvirke gjerningstidspunktet. Dette i motsetning til for straffbare handlinger som allerede er begått.

Situasjonen vil ofte være slik, i gjennomføringen av en salgsprovokasjon, at politiet selv eller en medhjelper har fremsatt en provokasjonshandling som fikserer et tidspunkt for gjennomføringen av det straffbare forholdet. Senere kan det vise seg at en ønsker å endre gjerningstidspunktet i den ene eller andre retningen. Tenker man seg en situasjon hvor gjerningstidspunktet for den straffbare handlingen *utsettes* som en følge av politiets etterforskning, oppstiller Andorsen⁹⁷ følgende eksempler på hvorledes dette hypotetisk kan påvirke gjerningsmannens forsett.

En narkotikaselger har vært usikker på om en avtale om salg med politiet eller en medhjelperte skal gjennomføres. Ved at gjerningstidspunktet for salget utsettes, bestemmer selgeren seg for å trekke seg fra avtalen. Når politiet tar kontakt igjen blir resultatet at selgeren på nytt fristes, med bakgrunn i politiets kontakt, til igjen å forsøke å gjennomføre avtalen. Lar det seg bevise at det er den siste kontakten med politiet som er utløsende for at avtalen gjennomføres, kan man reise spørsmål om årsaken til gjennomføringen av avtalen skyldes politiets initiativ. Narkotikaselgeren trådte reellt sett tilbake fra gjennomføringen av avtalen, men ombestemte seg etter politiets kontakt. Skal en bevise gjerningsmannens tilbaketreden fra det første opplegget vil man imidlertid kunne støte på et bevisproblem. Å basere sin bevisførsel på hva narkotikaselgeren har gjort seg av tanker kan synes svært vanskelig.

Andorsen nevner også en situasjonen hvor avtale om salg av narkotika er inngått mellom politiet og en narkotikaselger. Som følge av at politiet ønsker å utsette

⁹⁷ Andorsen 2000

gjennomføringstidspunktet for ervervet av stoffet, bestemmer selgeren seg for å selge narkotikaen han har til en annen. Når politiet senere ønsker å gjennomføre avtalen, må narkotikaselgeren anskaffe et nytt parti narkotika for å kunne oppfylle avtalen. Her må den opprinnelige avtalen trolig sies å ha foreligget hele tiden. At stoffet selges til andre, er et valg narkotikaselgeren selv tar. At nytt stoff må erverves kan dermed ikke klandres politiet.

Når det gjelder å påvirke gjerningstidspunktet ved å *fremskynde* det, vil situasjonen kunne være den at en gjerningsmann som ikke har bestemt seg for å gjennomføre den straffbare handlingen, får en siste tilskyndelse gjennom politiets endring av gjerningstidspunkt. Han fristes gjennom endringen tilstrekkelig til at handelen gjennomføres. Er fremskyndelse av tidspunktet begrunnet med at politiet ønsket å få selgeren til å fullføre salget, nettopp fordi gjerningsmannen har vært i tvil om gjennomføringen, taler mye for at en begynner å nærme seg en krenkelse av grunnvilkåret. Har endringen i gjerningstidspunktet en annen begrunnelse, for eksempel at en annen hovedmann er pågrepet og fengslet, må dette anses for å ligge innfor det tillatte.

Slik var situasjonen i RT. 1984.1076. Saken gjaldt tiltale for forsøk på innførsel av 3 kg amfetamin. C, som var narkotikaselger, satt fengslet i Portugal. D, som var den tenkte kjøper, var i Norge varetektsfengslet i en annen sak. Gjennom B fikk D et tilbud fra C, om å kjøpe ett kilo amfetamin. C var ikke klar over at D satt varetektsfengslet. En politimann tok D sin rolle som kjøper. Det var B som, på vegne av C, skulle forestå handelen med D. Politiet fikk fremskyndet narkotikasalget, fordi de ikke ønsket at B skulle få nyss om at D satt varetektsfengslet. Handelen ville blitt spolert om B fikk kunnskap om dette. B påberopte seg under behandlingen i høyesterett at politiet ved å gi uttrykk for å være under tidspress hadde fremkalt en handling fra hans side som ellers ikke ville ha blitt begått.

Førstevoterende uttalte at "[d]e domfelte har også bebreidet politiet at man ga uttrykk for å være under tidspress, og søkte å fremskynde leveringen. I betraktning av risikoen for at leverandøren skulle få kjennskap til at D var i varetektsfengsel, finner jeg det rimelig at politiet ønsket overleveringen avvirket så snart som mulig".

Gjennom eksemplene som nevnes av Andorsen, kan man se at det er mulig å påvirke gjerningsmannens forsett ved å gjøre endringer i gjerningstidspunktet. I de tilfellene hvor endringene er begrunnet ut fra rettssikkerhetshensyn eller effektivitetshensyn, slik som i RT. 1984.1076, vil jeg tro at domstolene er mer tilbøylige til å akseptere endringene. Men hvor formålet bak endringene er å få tilskyndet gjerningsmannen til å fatte en avgjørelse om å begå den straffbare handlingen, vil såvel kriminaliseringshensynet som misbrukshensynet tale mot

at endringen aksepteres. Særlig er dette åpenbart hvor det er et stort innslag av overtalelse forbundet med endringen av gjerningstidspunktet.



Det andre perspektivet jeg har for øyet, er at lang tid mellom provokasjonshandlingen og gjerningstidspunktet skaper en presumsjon for at den straffbare handlingen er fremkalt av politiet. Særlig knytter problemstilling seg til spørsmålet om etterfølgende erverv i narkotikasaker.

I noen saker for Høyesterett har de tiltalte påberopt seg at den straffbare handlingen ikke var påbegynt på det tidspunkt provokasjonshandlingen ble fremsatt. Da narkotikaen ikke var ervervet på tidspunktet for provokasjonshandlingen kunne det bare foreligge straffri forberedelse. Den begåtte forbrytelsen måtte i så måte tilskrives politiets påvirkning gjennom etterforskningen.

For straffbare handlinger som *skjer eller skal skje i fremtiden* er formålet med etterforskningen nettopp å få den straffbare handlingen til å manifesteres. Et langt tidsrom mellom provokasjonshandlingen og gjerningstidspunktet vil lett kunne forekomme. For disse tilfellene vil et slikt forhold ikke utgjøre noe problem.

Ved provokativ etterforskning som tar sikte på å finne bevis for straffbare handlinger som *allerede er begått*, vil etterforskningen som regel dreie seg om å få til en avtale om en bestemt bevisfremmende handling med gjerningsmannen. Gjennom handlingen vil man kunne skaffe til veie nødvendig bevis for at en tidligere begått straffbar handling er utført av gjerningsmannen. Også her vil man kunne ta utgangspunkt i de to ulike perspektivene når man skal se hvilken betydning endringer i gjerningstidspunktet har for hvorvidt grunnvilkåret anses krenket.

Vurderingen av om gjerningsmannens forsett påvirkes ved endringer i gjerningstidspunktet for en handling som allerede er begått stiller oss ovenfor en logisk brist. Hvor det eksisterer en tilnærmet visshet for at det allerede er begått et straffbart forhold, vil det være umulig for politiet, å påvirke tidspunktet for når den straffbare handlingen gjennomføres. Riksadvokaten sier følgende i sin instruks: ”Grunnkravet vil regelmessig være oppfylt hvor provokasjonshandlingen bare tar sikte på å fremskaffe bevis for allerede begåtte handlinger”. Det som har skjedd har skjedd, og kan ikke påvirkes gjennom en etterfølgende etterforskning. Forutsetter man at det eksisterer en tilnærmet visshet for at den straffbare handlingen har skjedd før etterforskningen er startet, vil det være vanskelig å få medhold i at

grunnvilkåret er krenket som en følge av at gjerningstidspunktet for den straffbare handlingen er endret.

Hvor tidsperioden er lang mellom provokasjonshandlingen og beviset for den straffbare handlingen er innhentet, vil spørsmålet være om man klarer å utelukke at ervervet har skjedd som en følge av avtalen. Om dette sier Riksadvokaten: ”Men heller ikke i [disse] tilfeller er vilkåret om at politiet ikke må gi foranledning til en straffbar handling som ellers ikke ville bli begått, uten betydning. Problemstillingen vil særlig være aktuell *dersom det går lang tid mellom provokasjonshandlingen og fremskaffelsen av beviset*⁹⁸. Den som utsettes for provokasjonen stjeler for eksempel våpnene som følge av politiets bevisprovokasjon, og tyveriet er dermed foranlediget av tyvens tro på at han har en kjøper”. Her vil det kunne være vanskelig å utelukke at beviset er fremkommet som følge av avtalen med politiet.

Tidsmomentet vil, sett fra dette perspektivet, ha innebygget i seg en formodning om at jo lenger tid som går mellom provokasjonshandlingen og innhentingen av det tenkte beviset, jo vanskeligere blir det å utelukke at provokasjonshandlingen har sin årsak i politiets etterforskning. Sagt på motsatt måte; jo kortere tid det er gått fra politiets provokasjonshandling og til det kan skaffes bevis for det straffbare forholdet, jo enklere vil det være å utelukke at gjerningsmannen har foretatt seg den straffbare handlingen på grunn av politiets provokasjonshandling.

Som eksempel nevnes et tenkt grovt tyveri av en svært verdifull diamant som har vært utstilt i et kjent museum. Tyvene setter alarmen ut av spill før museet stenger. Deretter banes adgang ved å bryte opp en rekke dører. Politiet iverksetter umiddelbart en omfattende etterforskning. Det vil være umulig for politiet å påvirke tidspunktet for den straffbare tyverihandlingen. Den har allerede skjedd. Gjennom en del kriminelle informanter sendes ut et falskt rykte om at en bestemt person kan være interessert i å kjøpe diamanten. Den interesserte er en politiman med falsk identitet. Får tyven nyss om personen som ønsker å kjøpe tyvgodset, og oppsøker denne, kan politiet gå til pågrep av vedkommende.

Politiet arrangerer, gjennom provokasjonshandlingen, en salgssituasjon med den personen man mistenker for tyveriet. Her er det ikke overdragelsen av tyvgodset som søkes straffeforfulgt, men det grove tyveriet som har skjedd forut for overdragelsen. Besittelsen av diamanten vil underbygge at det er selgeren som også har stjålet den. Går det derimot lang tid mellom provokasjonshandlingen og til man skaffer bevisene, vil det i mindre og mindre grad kunne utelukkes at gjerningsmannen besitter diamanten som en følge av avtalen som er

⁹⁸ Min utheving

inngått med politiet. Det kan tenkes at den som nå besitter diamanten skaffet seg denne fra en annen, kun som følge av den lukrative avtalen om kjøp, som i forveien er inngått med politiet. Med andre ord; det kan være avtalen med politiet som er årsak til at ervervet av diamanten skjer.

Hvor politiet ikke har en like sterk visshet for at en straffbar handling er begått, styrkes formodningen for at politiets provokasjonshandling er årsaken til at det straffbare forholdet finner sted. Ikke sjelden vil politiets etterforskning kun være basert på en viss mistanke. Sjansene for at politiet, gjennom provokasjonshandlingen, er årsak til den straffbare handlingen i disse sakene vil være vanskelig å utelukke.

Slik var tilfellet i både RT. 1984.1076 og i RT. 2000.1223. Gjennom de presiseringer Høyesterett gir uttrykk for i de to sakene, gjøres det rede for i hvilken grad slikt etterfølgende erverv kan få betydning for om grunnvilkåret er krenket.

I RT. 1984.1076 ble det sagt, av de domfelte, at ”amfetaminen [først] ble [...] kjøpt i Amsterdam etter at politiet hadde intervenert i saken. Da politiet intervenerte forelå således bare straffrie forberedelseshandlinger”. Førstevoterende så derimot ikke ”at dette [skulle] være avgjørende ved vurderingen av politiets fremgangsmåte. Det sier seg selv at politiet ikke kunne ha noe kjennskap til hvor langt forberedelsene til leveringen av narkotikapartiet var kommet. Man visste imidlertid at man stod i kontakt med personer som representerte et etablert distribusjonsapparat, som hadde tatt initiativet til å selge til D og som var innstilt på å gjennomføre salget. I denne sak foreligger etter min mening langt fra noen situasjon hvor politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville bli begått”.

Det foreligger her et langt tidsrom mellom provokasjonshandlingen fremsettes og til bevisinnhentingen finner sted. Tidsrommet er av et slikt omfang at ervervet og oppbevaringen rent faktisk kan ha skjedd etter at provokasjonshandlingen var fremsatt. Det lange tidsrommet som sådan, er ikke egnet til å utelukke at et etterfølgende erverv reelt sett har skjedd, men skaper heller en oppfatning om at det ikke er usannsynlig at noe slikt kan ha skjedd. Førstevoterende trekker så frem en del argumenter for at det ikke spiller noen rolle om ervervet og oppbevaringen som sådan faktisk skulle ha skjedd etter at politiet fremsatte provokasjonshandlingen. For det første viste han til at personene tilhørte et etablert distribusjonsapparat. Deretter viser han til at initiativet kommer fra disse, for så å peke på at de under etterforskningen hadde utvist en vilje til å gjennomføre salget. På bakgrunn av dette mener førstevoterende at endringene i gjerningstidspunktet ikke fører til at grunnvilkåret anses for å være krenket.

I RT. 2000.1223 drøfter førstevoterende om det er avtalen med kjøperen som er årsaken til at ervervet av en halv kilo heroin foretas av selgeren. Lagmannsrettens formann knytter ingen kommentarer til problemstillingen i sin rettsbelæring under lagmannsrettsbehandlingen. Førstevoterende uttaler derimot følgende: ”Det må [...] legges til grunn at det kan være avtalen som har utløst anskaffelsen av heroinet”. Videre sier han: ”Jeg har imidlertid vanskelig for å se at et etterfølgende erverv i seg selv kan gjøre provokasjonen ulovlig. Jeg antar at det er meget vanlig ved omsetning av større partier narkotika at mellommenn søker å begrense mest mulig den periode de selv besitter stoffet, og at det derfor vil være normalt at stoffet først blir ervervet etter at det er inngått avtale om salg. En annen sak er at begrepet ”bevisprovokasjon” kan være mindre dekkende for et slikt forhold,” Dette kan tolkes motsetningvis, ved at etterfølgende erverv ikke vil være noe problem i tilfeller hvor provokativ etterforskning brukes i forbindelse med straffbare handlinger som begås eller skal begås i fremtiden.

Skal man oppsummere hva de to dommene sier, må en ta utgangspunkt i de to ulike formålene for å benytte seg av etterforskning med provokasjonstilsnitt, som det er redegjort for ovenfor

På den ene siden oppstiller man de tilfeller hvor man etterforsker straffbare handlinger som med tilnærmet visshet kan sies å være begått. På andre siden oppstiller man etterforskning som tar sikte på å bevise straffbare handlinger som begås eller som skal begås i fremtiden. Som man vil se eksisterer det noe strengere vilkår når etterforskningen skjer i forbindelse med fremtidige straffbare handlinger. Å benytte seg av såkalt bevisprovokasjon vil derfor være mindre egnet hvor det går lang tid mellom provokasjonshandlingen fremsettes og til man kan skaffe bevis for den straffbare handlingen, og hvor man har mindre grad av sikkerhet for at det straffbare forhold allerede er begått. I stedet vil det være mer hensiktsmessig å benytte provokativ etterforskning med det formål for øyet at man ønsker å å sikre bevis for handlinger som begås eller som skal begås i fremtiden. Etterforskningen må dermed underkastes de strengere vilkår som gjelder for denne type provokativ etterforskning. Det er særlig rettssikkerhetshensyn som taler for dette standpunktet.

5.2.1.5 Visse endringer i sted

Betydningen av endring av sted, i den provokative etterforskningen, avhenger av hvor langt man har kommet i gjennomføringen av den straffbare handlingen. Her, som ovenfor, er det

naturlig å skille mellom en provokativ etterforskning for å sikre bevis for allerede *begåtte* straffbare handlinger og bevis for handlinger som *begås* eller skal *begås* i fremtiden.

For straffbare handlinger som *begås* eller som *skal begås* i fremtiden vil politiet, gjennom den provokative etterforskningen, ha større anledning til å påvirke gjerningsstedet. I disse tilfellene vil ikke forbrytelsen være begått, og etterforskningen vil ligge i forkant av den straffbare handlingen.

I RT. 1984.1076 tok etterforskningen sikte på å skaffe til veie bevis for en straffbar handling – innførsel av narkotika – som skulle skje i fremtiden. B skulle på vegne av C innføre 3 kilo amfetamin fra Amstedam til København. Etter politiets ønske ble overleveringsstedet endret fra København til Oslo. Følgen var at B skaffet seg en kurer A. Kureren ble således trukket inn i en straffbar handling som følge av politiets påvirkning av leveringssted.

Førstevoterende sier: ”I forhold til A oppstår det imidlertid et særskilt spørsmål. Det var politiet som holdt på at levering av narkotikapartiet måtte skje i Norge. A hevder at politiet dermed foranlediget at B måtte treffe avtale med en kurer, og at A således ble trukket inn i saken gjennom politiets forhold”. Videre sier han: ”Men under enhver omstendighet finner jeg, i likhet med lagmannsretten, at politiets mulige bidrag til at A ble trukket inn i saken, er for fjernt og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forhold fra hans side”. Førstevoterende peker på at det måtte foreligge et distribusjonsapparat med egen kurertjeneste, og at hvordan stoffet gjennom dette ditribusjonsapparatet skulle bringes til Norge, var et spørsmål som lå utenfor politiets innflytelse og kontroll.

Som et utgangspunkt kan man si at rene endringer i stedet for den straffbare handlingen ikke skal kunne sies å føre til at grunnvilkåret anses krenket. I så måte ligner endringene på de som tillates gjennomført i gjerningstidspunktet for den straffbare handlingen. Spørsmålet man må stille er om ikke endringer i sted med det formål at man ønsker å tilskynde gjerningsmannen i å begå den straffbare handlingen begynner å nærme seg hva som kan aksepteres i forhold til grunnvilkåret. Inneholder endringen av gjerningssted også elementer av overtalelser begynner såvel kriminaliseringshensynet som misbrukshensynet for at man begynner å anse grunnvilkåret for krenket.

Ved etterforskning av straffbare handlinger som allerede er *begått*, vil det som utgangspunkt være vanskelig for politiet, gjennom etterfølgende etterforskning, å påvirke det opprinnelige stedet for den straffbare handlingen. I den grad politiet kunne endre stedet for gjerningen, ville man ikke stått ovenfor en allerede begått straffbar handling.

Det avgjørende for provokativ etterforskning vil i dette henseende være, å få bevis til å manifestere seg. Noe som igjen kan underbygge gjerningsmannens skyld i forhold til det opprinnelige straffbare forholdet. Slike manifestasjoner vil knytte seg til at *nye* straffbare handlinger begås eller fremprovoseres gjennom etterforskningen. Stedet for gjennomføringen av disse straffbare handlingene kan dermed påvirkes gjennom en etterforskning. Hvilken relevans i forhold til om grunnvilkåret er krenket, vil en slik endring i sted kunne ha?

Et eksempel illustrerer dette. Politiet har gjennom flere ulike troverdige kilder fått vite at en tidligere kjent narkotikaselger *har innført* 12 kilo amfetamin til Norge. Politiet ønsker, gjennom etterforskningen å sikre bevis for innførselen og oppbevaringen av stoffet. Stoffet er gjemt i et depot som hverken kildene eller politiet vet hvor er. Gjennom en av kildene introduseres en dansk politiagent for den mistenkte narkotikaselgeren, under påskudd av å være medlem av en kjent MC-klubb. Han fremstår som potensiell kjøper. Etter at kontakt med politiagenten og narkotikaselgeren er etablert, gjøres det avtale om at salg skal finne sted. Tidspunktet og stedet for overlevering av stoff og penger avtales. På bakgrunn av at politiet ønsker å forberede seg noe bedre, ber politiagenten om at de flytter overleveringen til en annen by, hvor det er lettere for politiet å kunne sikre bevis i forbindelse med overleveringen. Narkotikaselgeren går med på dette. Under overleveringen pågripes gjerningsmannen og stoffet sikres. I et slikt tilfelle kan man ikke si at grunnvilkåret er krenket. Den opprinnelige handlingen som det ønskes å reise tiltale for er allerede begått. Og siden det ikke skal reises tiltale for den handlingen hvor beviset kommer til uttrykk, trenger man i dette henseende ikke å tilfredsstille det krav grunnvilkåret oppstiller. Misbruksfaren og faren for å kriminalisere vil ikke knyttes til denne handlingen, og dermed vil de heller ikke utgjøre noen begrensende hensyn.

I RT. 2000.1482 har vi et tilfelle hvor høyesterett har uttalt seg om et beslektet tilfelle. En engelsk lastebilsjåfør ble stanset rett innenfor grensen til Norge med ca. 200 kilo hasj i lastebilen. Politiet fikk lastebilsjåføren til å samarbeide for å finne bakmennene til den mislykkede innførselen av hasjen. Kassen skulle ifølge lastebilsjåføren overleveres til D, ved, et på forhånd avtalt sted, på veikroa ved bommen på E-18 ved X i Y kommune. Politiet fulgte traileren til dette stedet. Dagen etter møtte D opp på veikroa, men han fattet kort tid etter mistanke til at politiet var på sporet av ham, og opplegget ble avblåst ved at han stakk av fra stedet. Politiet ba så lastebilsjåføren om å ringe sin oppdragsgiver F i Nederland. Neste morgen ringte F til lastebilsjåføren, etter at denne hadde avventet nye ordrer ved kroa, og fortalte at han nå skulle kjøre til kjøpesenteret på Y-toppen som skulle være et nytt leveringssted. Der skulle han bli kontaktet. E ble her pågrepet idet han var i ferd med å lesse

over kassen med hasj i sin egen bil. Også E sa seg villig til å samarbeide, noe som igjen førte til at også A ble pågrepet for forholdet.

Fra forsvareren til A ble det hevdet at det var politiets mislykkede etterforskning ved veikroa som førte til at et nytt overleveringssted ble plukket ut av F, og at A til syvende og sist ble trukket inn i opplegget. Førstevoterende sier: ”Dersom dette legges til grunn, er det etter min mening likevel ikke tilstrekkelig til å konstatere at politiet har fremkalt A’s overtagelse to dager senere av de 199 kilo med hasjis i Æ. Det var ikke politiets opptreden i Y som var den umiddelbare foranledningen til at A valgte å overta narkotikaen. Avgjørende for A’s valg var et opplegg i regi av den nederlandske oppdragsgiveren etter at D trakk seg. Politiets inngripen besto i at politiet fikk B til å ringe F, og at F ikke fikk opplyst at politiet var inne i biledet. [...] Det var F’s handling som var styrende for hendelsesforløpet og avgjørende for at A ble bragt inn i saken og overtok de 199 kilo med hasjis, og ikke politiets handlemåte”.

Høyesterett anså ikke bytte av overleveringssted fra veikroa til kjøpesenteret som noen årsaksrelevant endring i forhold til grunnvilkåret. Førstevoterende viste til tilfellet i RT. 1984.1076 hvor et bytte av sted ble avvist for å ha påvirket grunnvilkåret, ved at påvirkningen ble ansett for å være for ”fjernt og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forhold”.

5.2.1.6 Visse endringer i utførelsen

Momentet synes å basere seg på de to ovenfor nevnte momentene. Endringer i såvel tid og sted vil i de fleste tilfellene gi et inntrykk av at utførelsesmåten er endret. Det er likevel ikke det dette momentet er ment å belyse.

For å illustrere dette kan vi nevne eksempelet ovenfor – RT. 2000.1482. Her ble det snakk om at utførelsen av overleveringen ble endret underveis som en følge av at politiet ble oppdaget ved det første forsøket på å levere stoffet til mottagerne. Politiet fortsatte imidlertid aksjonen, og flere personer ble trukket inn i saken som følge av at den pågrepne kureren samarbeidet med politiet. Samarbeidet bestod i at han ringte sin oppdragsgiver i Nederland, for å få denne arrangert en ny overlevering.

Forsvarerne anførte, under ankebehandlingen i Høyesterett, at det var politiets etterforskning, etter at den første overleveringen gikk i vasken, som var årsak til at de tiltalte ble trukket inn i saken. Førstevoterende gav uttrykk for at det var de tiltalte, som etter å ha

blitt kontaktet av leverandøren i Nederland, var den direkte årsak til at de ble trukket inn i hendelsesforløpet. Førstevoterende sa: ”Det var F’s handling som var styrende for hendelsesforløpet og avgjørende for at A ble brakt inn i saken og overtok de 199 kilo med hasjis, og *ikke politiets handlemåte*⁹⁹”. Grunnvilkåret ble dermed ikke ansett for å være krenket. Her kan man si at tid og sted ble endret, mens utførelsesmåten – levering fra lastebil til mottagerne – var den samme som opprinnelig planlagt.

Det man her synes å mene kan anføres som et indifferent element er at politiet gjennom sin etterforskning påvirker at ”den straffbare handlingen utføres på en annen måte enn den gjerningsmannen opprinnelig hadde bestemt seg for” (Andorsen 2000). Gjennomføringen som sådan vil, i RT. 2000.1482, lite trolig sies å ha hatt en slik innvirkning på grunnvilkåret at det må anses krenket. Det interessante må være at nye personer som eventuelt kommer inn i saken, påberoper seg å være forledet av politiets etterforskning til å begå straffbare handlinger de ellers ikke ville begått.

Andorsen oppstiller som eksempel at en importør overtales til å bruke bil istedenfor båt. Dette fører til at sjøfolk på smuglerskuta må byttes ut og sjåfører engasjeres istedenfor. Andorsen mener her at et slikt årsaksbidrag må anses for å være for fjernt og indirekte til å kunne si at politiet har fremkalt lovbruddet som sjåføren så begår. Siden man sjelden vil vite hvem den nye kurerene vil være, må man kunne si at misbruksfaren ikke er særlig stor, hvor man tillater at den straffbare handlingen utføres på annen måte. Faren for å kriminalisere vil ikke øke, men overføres fra den første kureren til den som senere trekkes inn gjennom den nye utførelsen. I så måte kan man si at kriminaliseringshensynet til en viss grad vil kunne anføres som et moment som taler for at grunnvilkåret anses krenket. Isolert sett, vil det etter hva man kan se i rettspraksis, ikke tillegges avgjørende vekt.

5.2.1.7 Grunnvilkåret og forholdet til legalitetsprinsippet

Allerede i RT. 1984.1076 slo Høyesterett fast at det inngrep som etterforskningsmetoden utgjør ikke var av en slik betydning at det var påkrevet med lovhjemmel. Standpunktet ble bare kort slått fast uten noen inngående drøftelse.

Det er innenfor rammene av det såkalte grunnvilkåret man finner den provokative etterforskningens mest aktive elementer. De tiltak politiet iverksetter i forbindelse med selve provokasjonshandlingen begrenses i stor grad av av grunnvilkåret. Med bakgrunn i

⁹⁹ Min utheving

dette er det ikke unaturlig å anta at det er grunnvilkåret som har skjøvet frem diskusjonen om legalitetsprinsippets krav til lovhjemmel på den provokative etterforskningens område.

Legalitetsprinsippet har dannet et sterkt vern mot inngrep i økonomiske rettigheter og i den personlige frihet, mens det på området for den psykiske integritet og privatlivets fred har vært antatt at legalitetsprinsippet bare i beskjeden grad danner vern for borgerne (Hopsnes 2003). Begrepet ”inngrep” må, om man legger en naturlig språkforståelse til grunn, kunne forstås som en innblanding eller en regulering ovenfor noen. Og det er når innblandingen, som sådan, fra politiets side blir for omfattende at legalitetsprinsippet oppstiller et krav om lovhjemmel. Når det i Norge har vært ansett at et slikt inngrep, som den provokative etterforskningen må kunne sies å utgjøre, ikke anses for å være særlig inngripende – er det betegnende at det i Danmark var en langvarig diskusjon om akkurat dette forholdet.

Når man skal vurdere hvor inngripende etterforskningsmetoden er, kan det først ses hen til at metoden setter seg ut over folks psykiske integritet. Ved at man legger forholdene til rette for at den straffbare handlingen gjennomføres, påvirker man samtidig vedkommendes eksklusive rett til å fatte avgjørelsen ene og alene ut fra sin egen viljesstyrke. Man kan si det slik at man i enkelte tilfeller gjør det lettere for gjerningsmannen en beslutning – nemlig den gale beslutningen om å gjennomføre en straffbar handling.

Et annet moment som er viktig å legge merke til er at faren for å konstituere nye lovbrudd er langt større her enn om man sammenligner med bruk av mer tradisjonelle tvangsmidler. I motsetning til tvangsmidler som ransaking og kommunikasjonskontroll, vil den provokative etterforskningen påvirke det straffbare hendelsesforløpet og ikke bare de etterfølgende undersøkelsene (Andersen 1986).

Man kan også peke på mulighetene for en kumulering av ulike etterforskningsmetoder i etterforskningen av en og samme handling. I noen tilfeller vil den etterforskningen rettes mot og agenten måtte være så tett knyttet til hverandre at man nødvendigvis vil komme inn på området for andre etterforskningsmetoder. Under en provokasjon vil man undertiden kunne være omfattet av såvel reglene om infiltrasjon, provokasjon og ransaking, jf. strpr. § 192. Både for å skape en viss orden etterforskningsmetodene imellom, samt for å hindre at man bryter vilkårene som er oppstilt for noen av dem, tilsier at man har en lovmessig forankring for etterforskningen.

Avslutningsvis kan man nevne at provokativ etterforskning ofte vil mangle det objektive preget som ellers kjennetegner det tradisjonelle politiarbeidet. Dette kan i seg selv

begrunne tilstedeværelsen av en lovhjemmel som danner grunnlaget av fortløpende kontroll domstolskontroll (Andersen 1986).

5.2.2 Alvorligheten av det straffbare forholdet

Når den provokative etterforskningsmetoden begynte å utvikle seg i norden, knyttet bruken av metoden seg utelukkende til narkotikaforbrytelsene¹⁰⁰. I forarbeidene til den nye straffeprosesslov var diskusjonen knyttet utelukkende til bruk i narkotikasaker. I Ot.prp. 35 (1978-79) ble det sagt at ”Riksadvokaten pekte [...] på at det ville være vanskelig å gi en lovbestemmelse på dette området en begrenset rekkevidde, dvs å gi en særregel for narkotikasakene”. Man ønsket med andre ord kun å benytte etterforskningsmetoden i etterforskning av narkotikaforbrytelser, og hevdet dette som et argument for ikke å lovfeste adgangen til å benytte etterforskningsmetoden. I Innst. O. nr. 37 (1980-81) uttalte justiskomiteen følgende: ”I proposisjonen s. 179 er det drøfta om politiet bør få høve til å ta i bruk ekstraordinære etterforskningsmetoder i visse *alvorlege saker*. I særleg grad har spørsmålet vore framme i narkotikasaker”. Her synes det som justiskomiteen er noe mer forbeholden og heller ønsker å holde anvendelsesområdet åpent ved å knytte det til saker av en viss alvorlighet. Det er første gongen etterforskningsmetoden knyttes, generelt sett, til saker av en viss alvorlighet..

I RT. 1984.1076 uttalte førstevoterende at ”[b]ruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder, herunder bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt, vil kunne tenkes ved forskjellige former for lovovertrædelser. Som allerede nevnt, har diskusjonen om slike metoder særlig knyttet seg til etterforskning i narkotikasaker”. Høyesterett åpner i denne saken for bruk også på andre områder enn for narkotikasakene.

I RT. 1993.473 som gjaldt ett enkelt tilfelle av piratdrosjekjøring uttalte førstevoterende i et obiter dictum følgende. ”Det er i dommen fra 1984 videre pekt på at ekstraordinære etterforskningsmetoder bare kan aksepteres ved alvorlige lovovertrædelser hvor det er vanskelig å nå frem med vanlige metoder”. Han konkluderer så med at: ”slike forhold som de den foreliggende sak gjelder, ikke kan begrunne etterforskningsmetoder med provokasjonspreg”.

I RT. 1998.407 behandles den første saken hvor den straffbare handlingen ikke knyttes til narkotikalovbrudd. Provokasjonen var knyttet til å skaffe beviser for heleri av det

stjålne Munch-maleriet ”Skrik”. Tiltaltes forsvarer hevdet at politiet ”ved den nevnte aksjon benyttet en etterforskningsmetode som ikke er tillatt i saker om vinningsforbrytelser”. Førstevoterende uttalte til dette at ”[d]enne anførselen kan etter min mening ikke føre frem. I forarbeidene til straffeprosessloven er det uttalt at ”ekstraordinære etterforskningsmetoder” kan være aktuelle i visse ”alvorlige saker” jf. Ot.prp. nr. 35 (1978-79) S. 179. Som eksempel på slike saker er nevnt narkotikasaker, men i dette ligger ingen begrensning. [...] ”Skrik”-sakens karakter av vinningsforbrytelse kan således ikke være avgjørende”.

Høyesterettspraksisen ovenfor danner grunnlaget for hva Riksadvokaten oppstiller som vilkår i sin instruks. Som vist er det, gjennom praksis, oppstilt to anvendelsesområder – narkotika- og vinningsforbrytelser. I tillegg til disse to har Riksadvokaten også pekt på sedelighetsforbrytelser – ved spredning av barnepornografi.

Ved siden av den generelle instruks om bruk av provokasjon av 26. april 2000 har Riksadvokaten utgitt en særskilt instruks om bruk av provokasjon på internett av 2. oktober 1998. Instruksens tar sikte på å bekjempe spredningen av barnepornografi.

Et avgjørende spørsmål vil være hva som gjør at lovovertrедelsen skal anses for å være alvorlig. I forhold til denne alvorlighetsvurderingen uttaler førstevoterende i RT. 1984.1076 at en må se hen til ”narkotikaovertrедelsenenes samfunnsfarlige karakter”. I hvilken grad den straffbare handlingen utgjør en *samfunnsfare* vil dermed være et moment av betydning for om forbrytelsen skal anses alvorlig.

En videre presisering på hva som bør legges til grunn i en alvorlighetsvurdering fremkommer i RT. 1993.473. ”Ved bedømmelsen av om det dreier seg om slik [alvorlig] kriminalitet at etterforskningsmetoder av denne art kan aksepteres, bør man nok ikke bare se på strafferammen men også ta hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet”. For første gang uttales *strafferammen* eksplisitt som et moment av betydning.

I RT. 2000.1482 gjentas samfunnsskadeligheten som vurderingsmoment i relasjon til narkotikasakene. ”Politiets handlemåte må vurderes opp mot det samfunnsområde den aktuelle kriminalitet representerer. Det dreier seg om internasjonal narkotikavirksomhet som medfører en sterk trussel mot samfunnet, og det er behov for kraftige virkemidler for å komme denne narkotikavirksomheten til livs. Det er i vår sak snakk om et meget stort narkotikaparti”. Her ser vi at også *mengden narkotika* har betydning for alvorligheten. I dag er det en

¹⁰⁰ Se Kallehaug 1976, Nissen 1977 og Dorenfeldt 1978

kjensgjerning at den kun er forbrytelser etter straffelovens § 162, 2. ledd, om ”alvorlig narkotikaforbrytelser” som anses tilstrekkelig til at alvorlighetskravet tilfredsstilles.

I den tidligere instruks fra Riksadvokaten som er gjengitt i NOU 1997:15 ble oppstilt et eget punkt som vedrørte ”Kvantum narkotika¹⁰¹”. Det ble uttalt et krav om at mengden narkotika skulle kunne subsumeres under strl. § 162 (2).

I RT. 1998.407 uttalte førstevoterende: ”Jeg finner det heller ikke tvilsomt at ”Skrik”-saken for øvrig er en slik sak hvor det på grunn av alvoret og situasjonen var tillatt å bruke ekstraordinære etterforskningsmetoder”. I saken, som gjaldt vinningskriminalitet, oppstilte Høyesterett følgende momenter av betydning for om den straffbare handlingen skulle anses alvorlig. ”Maleriet har en særdeles høy både økonomisk og ideell verdi. Strafferammen for grovt tyveri er seks år”. Videre pekes det på ”faren for at maleriet kunne bli ødelagt”. Selv om *strafferammen* for slike lovbrudd ikke ligger i høyeste sjikt, ble momentet, sammen med den *ideelle som økonomisk verdi, samt faren for ødeleggelse*, tillagt tilstrekkelig vekt til at alvorlighetskravet var oppfylt.

Riksadvokaten har i sin instruks sagt at alvorlighetsvurderingen når det gjelder vinningskriminalitet særlig vil avhenge av *omfang, organisering og verdi*.

Når det gjelder spredning av barnepornografi viser riksadvokaten til en lav strafferamme, men begrunner bruken av etterforskningsmetoden med *samfunnsskadeligheten* disse lovbruddene utgjør.

I Ot.prp. nr. 64 (1998-99) pekte justisdepartementet på at Metodeutvalget ønsket politiske signaler om at provokasjonslignende tiltak skulle kunne benyttes også i andre saketypene enn narkotikasakene. ”Etter departementets syn har Høyesterett – blant annet i ”Skrik”-saken – som ble avgjort etter at Metodeutvalget avga sin utredning – trukket opp såpass detaljerte retningslinjer om når etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt kan brukes at det ikke er grunn til å gi ytterligere signaler i proposisjonen her”. Justiskomiteen valgte, til tross for dette, i Innst. O. nr. 3 (1999-2000), å bekrefte at metoden kan benyttes på flere områder enn i saker om narkotikakriminalitet, sålenge de straffbare forhold tilfredsstiller kravet til alvorlighet¹⁰².

I sin instruks sier Riksadvokaten at det etter hans ”oppfatning ikke er hensiktsmessig å instruksfeste i detalj ved hvilke typer straffbar virksomhet provokasjon skal benyttes.

¹⁰¹ I den nye instruks av 26. april 2000 er vilkåret ikke nevnt uttrykkelig. Det følger dog indirekte gjennom kravet til at etterforskningsmetoden bare kan benyttes ved alvorlige straffbare forhold.

¹⁰² Se kap. 14.

Bedømmes kriminaliteten som et alvorlig samfunnsønde på grunn av omfang eller karakter bør metoden kunne brukes”.



I forhold til legalitetsprinsippet, kan man undre seg over om kravet til alvorlige forbrytelser i enda større grad reiser spørsmålet om ikke etterforskningsmetoden burde vært hjemlet i lov. Tanken er at det å fremprovosere alvorlige straffbare handlinger, som kvalifiserer til lange fengselsstraffer, forsterker etterforskningsmetodens preg av å være et betydelig inngrep. Jo lengre fengselsstraffer man kan provoseres til gjennom etterforskningen, jo flere hensyn kan anføres for at vilkårene for provokativ etterforskning klart og tydelig oppstilles i lov.

Ved siden av de lange fengselsstraffene man muligens vil idømmes, er faren for å bli varetektsfengslet langt mer overhengende i de mer alvorlige sakene. Mens straffeprosessloven stiller opp strenge vilkår for å kunne varetektsfengsle for en begått straffbar handling, synes man å være langt mindre innstilt på å lovhjemle vilkårene for å fremprovosere den straffbare handlingen som senere skal danne grunnlaget for varetektsfengslingen. Denne ulovfestede adgangen til å ”bidra” til begåelsen av alvorlige straffbare handlinger reduserer etter min oppfatning således betydningen av at man oppstiller et krav vedrørende alvorligheten¹⁰³ av det straffbare forholdets i strprl. § 171.

På bakgrunn av dette mener at man bør kunne stille et skjerpet krav til god hjemmelsforankring.

5.2.3 Vanlige etterforskningsmetoder må være forgjeves

EMK oppstiller i flere av sine bestemmelser et krav om at inngrepene som utøves av myndighetene må være nødvendige i et demokratisk samfunn. Slik er tilfellet i *EMK* art. 8 som danner et vern omkring folks rett til privatliv¹⁰⁴. Nødvendighetsvurderingen samsvarer i stor grad med subsidiaritetsvilkåret som oppstilles i den nasjonale rett. Vilkåret går ut på at ”saken ikke kan etterforskes vellykket (oppklaring) med ordinære metoder” (Andersen 2000).

¹⁰³ Jeg tenker her på 6 måneders fristen som oppstilles.

¹⁰⁴ Se kap. 3.3

I saken *Klass mfl. v. Germany*¹⁰⁵ som ble avgjort i plenum, drøftet den europeiske menneskerettighetsdomstol spørsmålet om inngrep gjennom kontroll av brev, av post og telekommunikasjoner stred mot art. 8. Domstolen fant at selve eksistensen av den tyske lovgivningen på området utgjorde et inngrep i retten til privat- og familielivet og retten til korrespondanse etter EMK art. 8. Siden adgangen til inngrep var lovhjemlet og oppfylte et av formålene i EMK art. 8, 2. ledd, ble spørsmålet om inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn. Begrunnet i trussler som spionasje og terrorisme godtok domstolen at hemmelig overvåkning unntaksvis er nødvendig. Avgjørende for lovgivers spillerom vil være om det eksisterer tilfredsstillende og effektive garantier mot misbruk.

I *Lüdi v. Switzerland*¹⁰⁶ ble det vurdert om telefonavlytting som ledd i etterforskningen av narkotikaomsetning utgjorde et inngrep i den mistenktes privatliv og rett til korrespondanse. Her fant domstolen at vilkårene i EMK art. 8, 2. ledd var oppfylt, slik at den mistenktes rettigheter etter EMK art. 8 ikke kunne anses krenket.

I den nødvendighetsvurderingen som foretas etter art. 8, 2. ledd er momenter som arten av inngrepet, omfanget og varigheten av inngrepet, grunnlaget for dem, hvilke myndigheter som har kompetanse til å gi tillatelse, utføre og kontrollere slike inngrep, samt hvilke nasjonale prøvingsinstanser som finnes (Møse 2003).

Basert på hvilke momenter som her legges til grunn, er det ikke usannsynlig at EMK art. 8, i enkelte tilfeller kan trås for nære. Dette må antas å være årsaken til at et subsidaritetsvilkår er oppstillet også i Høyesteretts praksis.

Første gang vilkåret behandles i rettspraksis fra Høyesteretts var i RT. 1984.1076. I dommen uttales at "[m]etoden [...] således bare kunne aksepteres ved alvorlige lovovertridelser, og bare når vanlige etterforskningsoppgaver anses utilstrekkelige". I RT. 1993.473 henvises det til dette.

I RT. 1998.407 tillater førstevoterende seg å gjenta seks av åtte vilkår som ble oppstillet i NOU 1997:15. Det ene vilkåret var at "[v]anlig etterforskning ikke [er] anvendelig". Her ble det sagt at: "[v]anlig, tradisjonell etterforskning må anses uhensiktsmessig. Utradisjonell etterforskning skal kun iverksettes hvor metoden er påkrevd for å avdekke de straffbare forhold".

I Riksadvokatens instruks sies det at "[i] de nevnte avgjørelser fra 1984 og 1993 fremholder høyesterett at provokasjon som etterforskningsmiddel bare kan aksepteres når andre – tradisjonelle – etterforskningsmetoder anses utilstrekkelige. Dette innebærer ikke

¹⁰⁵ A 28 (1978)

¹⁰⁶ A 238 (1992)

nødvendigvis at politiet i den konkrete sak må ha forsøkt å nå frem på tradisjonelt vis. I noen tilfeller – for eksempel ved spredning av barnepornografi på internett – vil det allerede fra starten av være klart at tradisjonell etterforskning ikke kan gi resultater”.

Kallehaugne nevnte vilkåret i en artikkel allerede i 1976. Han oppstilte et vilkår om at ”[h]ensynet til sakens oppklaring skal nødvendiggjøre bruken av agent provocateur”. Året etter pekte Nissen på problemet med de eksisterende etterforskningsmetodene ved å si at: ”[t]radisjonell etterforskning gir intet resultat eller kun småfisk, medens de egentlige bakmænd går fri¹⁰⁷”. Uttalelsene er interessante i den forbindelse at Dorenfeldt¹⁰⁸ i stor grad bygde sin argumentasjon artikkelen. Dorenfeldt formulerte vilkåret som: ”Vanlig etterforskning må ha vært forgjeves”.



Hva ligger i kravet til at vanlig etterforskning skal være forgjeves?

I utgangspunktet må det antas at kravet til subsidiaritet er begrunnet i at etterforskningsmetoden, av mange, anses for å være etisk betenkelig. Særlig er det rettssikkerhetshensynet, misbruks- og kriminaliseringsfaren som taler for en begrensning av bruken. Ut fra vilkåret kan man nå bare anvende provokativ etterforskning hvor det anses som en nødvendig forutsetning for oppklaring av saken.

Som man sett ovenfor benyttes ulike formuleringer i oppstillingen av vilkåret. Dorenfeldt sa at tradisjonell etterforskning måtte være ”forgjeves”. Etter begrepet synes det som en forutsetning at man faktisk har forsøkt seg på tradisjonell etterforskning. Den senere tid kan det imidlertid se ut som om man har begynt å vektlegge effektivitetshensynet til fordel for hensynene ovenfor. I RT. 1984.1076 benytter man begrepet ”anses utilstrekkelige”. I dette synes å ligge en reservasjon i kravet om faktisk å ha forsøkt å benytte seg av tradisjonelle etterforskningsmetoder. I NOU 1997:15 benytter man seg av begrepene ”ikke anvendelig”. Her kan det synes som om effektivitetshensynet er tillagt enda større vekt. Under vilkåret sier man at tradisjonell etterforskning må anses ”uhensiktsmessig”. At noe er uhensiktsmessig må anses for å være noe langt mindre enn at ting er ”forgjeves”, ”utilstrekkelig” eller ”u anvendelig”. For meg synes det som om forskyvningen i hvilke hensyn som vektlegges er begrunnet i at metoden ikke skal underlegges så strenge vilkår at anvendelsesområdet blir illusorisk.

¹⁰⁷ Nissen 1977

¹⁰⁸ Dorenfeldt 1978

For å presiere kravet til subsidiaritet sier Andorsen at "[d]et [...]likevel ikke [kreves] at slike metoder først skal ha vært prøvet, faktisk sett; i så fall kunne man risikere at saken "går i vasken" allerede før de offensive metodene kan settes inn, og derfor ville et slikt krav være direkte meningsløst". Det vil derfor være "politiets og påtalemyndighetens vurdering av å nå frem med ordinære metoder som er avgjørende, og regelmessig vil denne vurderingen også være endelig fordi den praktisk sett vanskelig kan etterprøves av andre".

På narkotikaforbrytelsenes og barnepornografiens område synes det derfor åpenbart at provokativ etterforskning skal kunne anvendes. På vinningskriminalitet kan det, etter mitt syn, synes vanskeligere å argumentere for at man ikke kan oppklare de straffbare forholdene ved bruk av tradisjonelle metoder. I RT. 1998.407 argumenterte førstevoterende for at etterforskning med provokasjonstilsnitt kunne benyttes. Han sa: "Vanlige etterforskningsmetoder fremstod som utilstrekkelig slik saken lå an. Jeg peker her på tidsmomentet og faren for at materiet kunne bli ødelagt". Slik vil man kunne argumentere i de fleste tilfeller av vinningskriminalitet vedrørende store verdier. Etter min mening, går førstevoterende langt i å pulverisere vilkåret om at metoden skal være sekundær. Kriminalitetstypen er ikke "offerløs" og i tillegg har man ofte et klart avgrenset åsted som grunnlag for etterforskningen. Historisk sett har man oppklart slike forbrytelser ved bruk av tradisjonelle etterforskningsmetoder. Etter min oppfatning må det antas å være andre grunner til at stadig færre vinningsforbrytelser oppklares, enn at etterforskningsmetodene man har synes "uhensiktsmessige" eller "utilstrekkelige".

5.2.4 Kravet til mistankens styrke

Det krav om rettferdig rettergang som oppstilles i EMK art. 6 i relasjon til provokativ etterforskning synes å legge stor vekt på hvilken mistanke som kan knyttes til den som utsettes for etterforskningen.

Dette kommer klart til uttrykk i *Teixeiro de Castro v. Portugal*. Domstolen sier her, i tilknytning til spørsmålet om politiet har gått lengre enn bruk av såkalt "undercover agenter"¹⁰⁹ tillater, at politiet ikke hadde noen god grunn ("good reason") til å mistenkte *Teixeiro de Castro* for å være en som solgte narkotika. Han var *ikke tidligere straffet* og det hadde heller *ikke blitt iverksatt noen etterforskning* mot ham. Og som en siste kommentar sier

¹⁰⁹ Bruken av såkalt UC-agenter ble av domstolen funnet å være i orden, mens det skapes en formodning av at en virksomhet som strekker seg lenger ikke kan anses tillatt.

man i dommen at politiet *ikke engang visste hvem han var*. På bakgrunn av dette kunne man ikke si at det forelå noen mistanke mot de Castro. Og akkurat dette var et viktig moment i spørsmålet om politiet hadde fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville ha skjedd.

Også Kommisjonen har pekt på at graden av mistanke kan være et relevant moment i forhold til om en provokativ etterforskning tilfredsstillende kravet til ”fair hearing” i EMK art. 6. I *Radermacher & Ferrer v. Germany* pekte Kommisjonen på at det ikke hadde foreligget noen mistanke i forkant av den provokative etterforskningen. I og med at initiativet hadde vært så stort la imidlertid ikke Kommisjonen nevneverdig vekt på dette momentet i dette konkrete tilfellet. Det viser likevel at et viktig moment, i vurderingen av den provokative etterforskningens forhold til EMK art. 6, er å se på om det har foreligget noen mistanke mot gjerningsmannen i forkant av etterforskningen.

I forhold til nasjonal rett følger det allerede av strprl. § 224 (1) at politiet ikke uten videre kan iverksette en etterforskning¹¹⁰. Det kreves at politiet har rimelig grunn før de begynner sine undersøkelser. Kravet om ”rimelig grunn” må forstås som et krav om en viss mistanke.

I RT. 1984.1076 sier førstevoterende at ”[e]tter Riksadvokatens retningslinjer er det en forutsetning for bruk av etterforskning med provokasjonspreg i narkotikasaker at det foreligget sterk mistanke om narkotikaforbrytelse”.

Også i RT. 1998.407 kommer førstevoterende inn på kravet til mistankens styrke, ved å henvise til vilkårene for bruk av provokativ etterforskning som oppstilles av Metodeutvalget i NOU 1997:15. I utredningen gjengir Metodeutvalget de gjeldende vilkår i Riksadvokatens instruks. Der sies at ”[d]et skal foreligge sterk mistanke mot en eller flere personer. Skjellig grunn til mistanke er i utgangspunktet ikke nok”.

Dorenfeldt oppstilte i sin redegjørelse for metoden en forutsetning om ”at man virkelig [hadde] grunn til å mistenke personer for profesjonell narkotikahandel med særlig farlige stoffer. Dette kan synes som et krav om kvalifisert mistanke.

I Riksadvokatens instruks av 26. april 2000 oppstilles det derimot ikke noe uttrykkelig krav til mistanken av en viss styrke.

Heller ikke Andorsen behandler noe slikt vilkår særskilt. Han sier imidlertid under vilkåret om lovbruddets alvorlighet at ”[m]etodene er så vidt inngripende at de kun bør benyttes ved mistanke om alvorlige lovbrudd”. Derved stiller også han et visst krav til mistanke.

¹¹⁰ Se pkt. 1.1.3 og 3.2.1.

For dansk retts vedkommende oppstilte Gammeltoft-Hansen et krav om ”særlig bestyrket mistanke¹¹¹”. Det samme gjelder for svensk rett, hvor Axberger oppstiller et krav om ”stark misstanke om brott¹¹²”.

Selv om kravet til mistanke har ”forsvunnet” de senere år, er jeg av den oppfatningen av at dette ikke har skjedd fordi det ikke skal eksistere noe krav til mistankens styrke. Jeg tror årsaken til at vilkåret er fjernet fra instruks og ikke vektlegges så mye i den juridiske teori, er at det følger implisitt av andre vilkår at man må ha relativt sterk mistanke for å kunne benytte etterforskningsmetoden.

Allerede av grunnvilkåret følger det at politiet må ha sterk mistanke om at straffbart forhold ville blitt gjennomført. Kan ikke slik mistanke dokumenteres, vil det være en økt sjanse for at grunnvilkåret krenkes.

Også kravet om at lovbruddet må være alvorlig, samt at vanlig etterforskning ikke vil være tilstrekkelig fordrer en viss kunnskap om det straffbare forholdet. Slik kunnskap vil ofte danne grunnlaget for en sterk mistanke.

I de tilfeller rettspraksis oppstiller, baserer bruken av etterforskningsmetoden seg ofte på opplysninger fra informanter. Når politiet benytter etterforskning med provokasjonstilsnitt er det ofte personell med gode kunnskaper om kildebehandling involvert i etterforskningen. Kilderegister og opptegnelser fra kildemøter benyttes for å vurdere kilders troverdighet over tid. Provokativ etterforskning i seg selv er en svært ressurskrevende metode, og i dette ligger det isolert sett en viktig begrensning. Når etterforskningsmetoden først vurderes på bakgrunn av de foreliggende opplysningene, ønsker politiet selv å få etablert en kvalifisert mistanke. Jo sterkere jo bedre.

Selv om kravet til sterk mistanke er fjernet fra Riksadvokatens instruks, er det ingenting i Høyesteretts praksis som tilsier at man ikke skal være avhengig av et slikt mistankekrav for å benytte etterforskning med provokasjonstilsnitt. Kravet ble uttrykkelig nevnt senest i RT. 1998.407. I den praksis som fremkommer etter denne dommen har ikke Høyesterett funnet det nødvendig å kommentere uttrykkelig kravet til mistankens styrke. Ved at det følger implisitt av andre vilkår, vil vilkåret derfor sjelden bli satt på spissen i sin rene form – som et krav om kvalifisert mistanke.

¹¹¹ Gammeltoft-Hansen 1984

¹¹² Axberger 1989

5.2.5 Kravet om beslutning på kompetent nivå

Vilkåret om at beslutning må tas på kompetent nivå henger sammen med vilkåret om kontroll med etterforskningen og vilkåret om å ha en plan forut for at etterforskningen igangsettes.

I RT. 1984.1076 sier førstevoterende at det ”kan være grunn til å oppstille nærmere krav til utførelsesmåten, og likeledes til den beslutningsprosess og kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten”. At beslutningsprosessen er løftet vekk fra tjenestemannsnivå har sin helt klare begrunnelse. At personell med juridisk utdanning underlagt kontrollfunksjonen som påtalemyndigheten er tillagt utgjør nemlig en ikke ubetydelig rettssikkerhetsgaranti. Sjansene for at feil avgjørelser tas og at uskyldige utsettes for urett reduseres betraktelig. Selv om vilkåret oppstilles ser man at metoden som sådan ikke mister så mye av sin effektivitet.

I RT. 1998.407 oppgir førstevoterende, i et obiter dictum, at ”[v]erken riksadvokaten eller statsadvokaten behandlet saken, selv om statsadvokaten ble holdt orientert av kriminalsjefen i Oslo”. Dette, sammen med at andre vilkår var brutt, var tilstrekkelig til å karakterisere etterforskningen som ”beheftet med så alvorlige mangler og betenkligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for domfellelse”.

I RT. 2000.1482 innvendte forsvaren at ”beslutning om å iverksette etterforskningsskrittet ikke var tatt av kompetent påtalemyndighet [...]”. Høyesterett uttalte til dette at de ikke kunne se at ”det forhold at det ikke ble innhentet samtykke fra kompetent påtalemyndighet, gjør politiets handlemåte i denne saken [...] ulovlig”.

I Innst. O. nr. 3 (1999-2000) pekte justiskomiteen på at Høyesteretts praksis, syntes å legge stor vekt på Riksadvokatens rundskriv i vurderingen av om etterforskningsmetoden i det konkrete tilfelle skal anses for å være lovlig. Det vises til et brev¹¹³ sendt fra Riksadvokaten til justiskomiteen i kjølvannet av den såkalte ”Skrik”-saken. Brevet er tilnærmet identisk med den siste instruks fra Riksadvokaten. Her uttales at det, som en prosessuell begrensning, må oppstilles et krav om beslutning på ”kompetent nivå¹¹⁴”.

I Riksadvokatens rundskriv oppstilles et krav om at avgjørelsen om bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt må fattes av statsadvokaten i det distrikt etterforskningen skal foregå. Det tilligger politimester eller visepolitimester å ta stilling til om en slik tillatelse skal søkes innhentet. I fravær av disse kan slik anmodning fremsettes av hans

¹¹³ Riksadvokatens brev av 12. oktober 1999: Provokasjon som metode ved politiets arbeid – Ot.prp. nr. 64 (1998-99).

¹¹⁴ Innstillingens kap. 14.

eller hennes faste stedfortreder. Politiet kan, med skriftlig samtykke fra førstestatsadvokaten, bestemme at også andre av påtalemyndighetens tjenestemenn kan fremme slik anmodning.

Er kravet til at beslutning om bruk av etterforskningsmetoden må tas av statsadvokaten også et krav om at statsadvokaten må forelegges alle beslutninger som kan påvirke lovligheten av etterforskningsmetoden? En rekke hensyn kan anføres for at det skal være hovedregelen.

En provokativ etterforskning vil ikke være avgrenset i tid. Hendelsesforløpet føres frem av en fortløpende kontakt mellom politi og den antatte gjerningsmann, helt til den fremprovoserte handlingen manifesteres. Underveis i hendelsesforløpet kan saken ta uventede vendinger. Vendinger som betinger at det fattes nye avgjørelser vedrørende etterforskningen. Spørsmålet blir om det er statsadvokaten som må fatte disse avgjørelsene? Rettssikkerhetshensynet, kriminaliserings- og misbrukshensynet taler for at statsadvokaten konsulteres hver gang rettslig relevante avgjørelser skal fattes. Også hensynet til at politiets tillit ikke skal svekkes, samt hensynet mot at ulovlige etterforskningsmetoder taler for at statsadvokaten gis avgjørelsesmyndigheten. Særlig gjelder dette momenter som knyttes til grunnvilkåret.

Et eksempel kan belyse problemstillingen. En informant har fått en forespørsel fra en narkotikaselger om å skaffe en kjøper til et narkotikaparti på 5 kilo heroin som er innført til landet. Informanten sier han skal gjøre et forsøk, men varsler istedenfor politiet om forespørselen han har fått. Politiet utarbeider en plan for hvordan selgeren skal pågripes, og stoffet beslaglegges. Tillatelse innhentes av statsadvokaten. Politiet gjør deretter en avtale med informanten om at han skal introdusere en politimann som mulig kjøper. Etterhvert etableres det kontakt mellom politimannen og selgeren. Selgeren ønsker å overlevere narkotikaen på en rasteplass på E-18 en uke senere. Dette samtykker politimannen til. Noen dager senere trekker imidlertid narkotikaselgeren seg fra avtalen. Årsaken er uviss, men politiet mistenker at begrunnelsen er at han ønsker å selge til andre og bedre kontakter. Her er det viktig at politiet får fatt i stoffet. Skal polititjenestemennene her legge opp det videre hendelsesforløp uten påtalemessig vurdering? Her kan man finne argumenter for at statsadvokaten på ny bringes inn i etterforskningen for å foreta en ny vurdering av gjennomføringen.

Oppbygningen av påtalemyndigheten taler imidlertid imot at slik beslutning skal måtte tas av statsadvokaten på nytt. Jeg tenker her på den rollen politijuristene har i andre alvorlige saker, når det gjelder bruk av etterforskningsmetoder, som for eksempel tvangsmidler. Det

må synes tilstrekkelig at lavere påtalenivå har avgjørelsesmyndigheten i forbindelse med gjennomføringen den nye planen politiet har utarbeidet.

Også effektivitetshensyn taler for at lavere påtalenivå anses i stand til å fatte disse avgjørelsene. Tilgjengeligheten på statsadvokatene taler for dette synspunktet. Statsadvokatene arbeider vanligvis til tider som harmonere dårlig med vilkårligheten som ofte karakteriserer virksomheten i kriminelle miljøer. Det vil ofte være behov for at raske avgjørelser fattes. For politiet vil det dermed være lettere og mer hensiktsmessig å knytte tett til seg egne påtalejurister som kan ivareta behovene for en kontinuerlig, veloverveid og betryggende.



Også kravet om at beslutning skal fattes av kompetent beslutningsmyndighet vil ha en viss relevans i forhold til legalitetsprinsippet. At bruken av provokati etterforskning først skal vurderes av politimesteren eller hans faste stedfortreder før en veldokumentert begjæring rettes til statsadvokaten for avgjørelse, sørger for en dobbelt legalitetskontroll. En legalitetskontroll man kan si reduserer behovet for at etterforskningsmetoden reguleres gjennom lov.

Men selv om denne doble legalitetskontrollen kan virke som en betydningsfull rettssikkerhetsgaranti, og selv om det er antatt at statsadvokaten har en langt mer objektiv rolle en påtalejuriustene ansatt i politiet, må man anta at samarbeidet i disse tilfellene kan ta farve av at man i altfor sterk grad ønsker å få tatt potente gjerningsmenn og oppklare de alvorlige straffbare handlingene de er mistenkt for. Dette ligger innbakt i såvel politiets som påtalemyndighetens natur. På denne måten vil en domstolskontroll av vilkårene i langt større grad oppfylle de rettssikkerhetsmessige hensyn. Og særlig aktuelt i så henseende er det såkalte misbrukshensynet.

5.2.6 Gjennomføringen av etterforskningen skal være planlagt

At vilkåret er oppfylt må trolig anses for å være en forutsetning for at statsadvokaten vil gi sitt samtykke¹¹⁵ til bruk av provokativ etterforskning. Som en generell kommentar til etterforskningsmetoden sier førstevoterende i RT. 1984.1076 at ”det [kan] være grunn til å

stille nærmere krav til utførelsesmåten”. Noen nærmere om hvilke krav det er tale om tar ikke førstevoterende for seg.

I RT. 1998.407 påberopte forsvarerne seg at det manglet en plan for gjennomføringen, og at fraværet av en slik bidro til at etterforskningen var utenfor politiets kontroll.

I et obiter dictum sier førstevoterende at ”[n]oen detaljert plan for aksjonen ikke [er] dokumentert, men lagmannsretten har funnet at aksjonen rent faktisk fulgte en plan som politiet hadde laget i samarbeid med sjefsinspektør Butler, som leder for de to engelske agentene”.

I RT. 2000.1223 synes det, på bakgrunn av det førstevoterende sier, naturlig å anta at politiet hadde utarbeidet en viss plan. Om denne var skriftlig og ble forelagt statsadvokaten kommenteres ikke. Det som sies er at ”[p]olitiets plan synes å ha vært at A skulle pågripes med heroinet på seg mens han var på vei til møtet med C”.

For at befolkningen skal ha tillit til politiet stilles det krav til om at politiet gjør en så god jobb som overhodet mulig. Særlig viktig er dette for å ivareta hensynet til rettssikkerheten. For å hindre at uskyldige påføres urett er det derfor viktig at man forebygger denne muligheten ved at planer utarbeides. At man planlegger den videre etterforskningen vil også skape en etisk standard og en bevissthet blant politiets tjenestemenn som bidrar til at ulovlige etterforskningsmetoder utvikles og tas i bruk.

I Riksadvokatens rundskriv sies det: ”Forut for politimesterens anmodning, og overordnet påtalemyndighets avgjørelse, må det alltid være utarbeidet en plan for hvordan provokasjonshandlingen skal utføres”.

Den lille veiledningen en finner om hva en slik plan bør inneholde kommer til uttrykk i NOU 1997:15. ”Riksadvokaten har oppstilt som ufravikelig krav at det skal foreligge en plan som dekker enhver fase i utviklingen, med særlig vekt på å *sikre det personell* som er involvert og *hindre* at det skjer *urett* mot noen”. Utover dette sier hverken rettspraksis, rundskriv eller juridisk teori noe nærmere om hva som ligger i kravet. Det synes som det er overlatt politiet og påtalemyndigheten selv å bestemme innholdet i vilkåret nærmere.

Jeg vil likevel forsøke å oppstille noen momenter som jeg mener naturlig bør være i en slik plan. Dette for å illustrere at en slik plan vil være en betydningsfull skranke mot ulovlig provokativ etterforskning.

For det første bør planen inneholde hvorledes selve provokasjonshandlingen skal gjennomføres for ikke å komme i konflikt med grunnvilkåret. Herunder tenkes på hvordan

¹¹⁵ Se pkt. 3.3.6.

kontakt med potensielle gjerningsmenn skal opprettes, hvem provokatøren skal være og hvilke instruksjoner denne har fått. Videre bør det i planen antydes tid og sted for når provokasjonshandlingen anses gjennomført. Det er åpenbart at mulighetene for at en rekke av disse momentene vil kunne la seg påvirke under etterforskningens gang. Det er da viktig at det oppstilles generelle intensjoner og klare begrensninger for hvorledes gjennomføringen bør være, slik at man ikke trår grunnvilkåret for nære.

Videre bør planen inneholde hvem som tar beslutningene underveis i etterforskningen. Med beslutninger tenkes både på politifaglige- og påtalemessige beslutninger. Behovet for avgjørelser vil dukke opp fortløpende og det vil være av betydning, i vurderingen av politiets kontroll med etterforskningen, at man klart og tydelig kan henføre beslutninger som er tatt til bestemte personer. På denne måten vil det være lettere å utelukke at politiet ikke hadde kontroll med gjennomføringen av etterforskningen¹¹⁶.

Avslutningsvis bør en plan oppstille hvordan etterforskningen skal dokumenteres. En provokativ etterforskning er lite tjent med ”svarte hull” som de involverte hverken vil eller kan gjøre rede for. At planen sier noe om hva som skal dokumenteres og hvordan dette skjer er viktig. For eksempel vil noe av dokumentasjonen kunne skje ved at polititjenestemenn benytter opptaksutstyr for å ta opp samtaler enten med medhjelpere eller med den provokasjonshandlingen rettes mot. Hvilke krav skal stilles til denne dokumentasjonen?

I andre tilfeller er det mer hensiktsmessig å benytte seg av rapporter for å beskrive hva som er foretatt og hva som eventuelt er vurdert, men unnlatt. Det er åpenbart at en del av opplysningene som innhentes gjennom etterforskningen bygger på polititaktiske vurderinger politiet vil kvie seg for å publisere til allmennheten. Likevel er det ikke tvil om at jo bedre dokumentasjon man har på etterforskningen, jo lettere er det å utelukke ulovlig provokasjon – noe som vil bidra til at gjerningsmannen dømmes.

5.2.7 Kontroll med etterforskningen

Kravet til at etterforskningen skal være underlagt en nødvendig kontroll tjener i utgangspunktet to formål. For det første skal den sørge for den nødvendige notoritet. For det andre skal kontroll over etterforskningen sørge for at sikkerheten til de som er med i aksjonen ivaretas. I de fleste tilfeller vil det være kravet til notoritet som påberopes som argument for at etterforskningen er ulovlig.

I EMK art. 6, 2. og 3. ledd oppstilles det en rekke minimumsrettigheter for den som er siktet for en straffbar handling. I konvensjonens art. 6, 3. ledd litra d, oppstilles et krav til kontradiksjon. Retten gir siktede anledning til å krysseksaminere aktoratets vitner. I EMK art. 6, 3. ledd litra b, slås siktedes rett til tid og hjelpemidler til forberedelse av sitt forsvar fast. Under denne regelen faller også siktedes rett til innsyn i saksdokumentene. Både de to bestemmelsene i EMK art. 6, 3. ledd b og d, må ses i sammenheng med kravet om ”fair hearing” i EMK art. 6, 1. ledd.

Manglende notoritet, uansett om dette skyldes et bevisst eller ubevisst valg, vil kunne danne grunnlag for krenkelse av alle disse bestemmelsene. Holdes relevant informasjon utenfor etterforskningsdokumentene vil dette slå bena under retten til å krysseksaminere. I enkelte tilfeller vil dette igjen kunne føre til at etterforskningen anse for ”unfair” etter EMK art. 6, 1. ledd.

I RT. 1984.1076 uttales det at det kan være ”grunn til å stille nærmere krav til utførelsesmåten, og likeledes til den beslutningsprosess og kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten”.

I RT. 1998.407 fant førstevoterende, på vegne av flertallet, å rette kritikk mot etterforskningen i et obiter dictum. ”De to engelske agentenes opptreden i saken og dennes betydning for spørsmålet om domfelte har begått et forsøk på heleri, var ikke i tilstrekkelig grad under kontroll av politiet og aksjonen er ikke dokumentert eller belyst på den måten bruk av en såvidt ekstraordinær etterforskningsmåte bør være”. Også mindretallet i dommen sluttet seg til kritikken av etterforskningen som førstevoterende uttalte på vegne av flertallet.

I RT. 2000.1223 ble det stilt spørsmålstegn ved politiets kontroll med etterforskningen. Politiet hadde brukt en narkoman informant som grunnlag for sin aksjon. Dette, ved siden av at politiet forsøkte å unndra en del opplysninger fra domstolsbehandlingen, ble funnet avgjørende for at tiltalte måtte frifinnes.

Ikke i noen av disse dommene ble forholdet til EMK art. 6 påberopt. Men det må antas at man i situasjoner hvor man holder tilbake viktig informasjon – uansett om dette skyldes slurv eller en bevisst handling – så vil dette svekke den siktedes muligheter til å forsvare seg, og de ovenfor nevnte reglene i EMK art. 6 vil kunne anses krenket. Til dette synet kan man anføre såvel rettssikkerhetshensyn som de hensyn som springer tar utgangspunkt i politiets virksomhet – nemlig hensynet til å motvirke ulovlige og tvilsomme etterforskningsmetoder samt hensynet til at tilliten til politiet opprettholdes.

¹¹⁶ Se nedenfor i pkt. 5.2.7.

Innholdet i kravet om kontroll utdypes i Riksadvokatens rundskriv. ”Provokasjonen må gjennomføres slik at politiet har kontroll med og kan dokumentere hva som skjer. I kravet om kontroll ligger også at det ikke kan gjennomføres provokasjonstiltak hvor de involvertes sikkerhet ikke er ivaretatt”.

Allerede i 1978 var daværende riksadvokat Dorenfeldt inne på dette vilkåret når han uttalte at: ”Jeg understreker igjen at domstolene aldri må føres bak lyset når det gjelder etterforskningen”.

5.2.8 Etterforskningen ikke i strid med prosessuelle grunnprinsipper

EMK inneholder en rekke bestemmelser som er ment å skulle sikre ulike rettigheter. Enkelte av disse rettighetene sikres gjennom oppstillingen av alminnelige grunnprinsipper. I EMK art. 6, kan man si at det oppstilles en del straffeprosessuelle grunnprinsipper. Som eksempler kan jeg nevne forbudet mot selvinkriminering (art. 6, 1. ledd), kontradiksjonsprinsippet¹¹⁷ (art. 6, 3. ledd litra d) og uskyldspresumsjonen (EMK art. 6, 2. ledd).

Spesielt relevant i forbindelse med provokativ etterforskning er forbudet mot selvinkriminering. Prinsippet går ut på at den som er mistenkt eller siktet for en straffbar handling skal slippe å bidra til sin egen domfellelse. Det er spesielt rettsikkerhetshensynene som begrunner oppstillingen av de prosessuelle grunnprinsippene.

På generell basis uttalte førstevoterende i RT. 1984.1076: ”I mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie”. I dommens avslutning følges dette opp med å si at: ”Og – hva som er avgjørende – jeg kan heller ikke se at politiets bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt i denne sak strider mot de overordnede rettsprinsipper som domstolene må legge til grunn”.

I RT. 1998.407 presiseres kravet ytterligere. Førstevoterende uttalte at ”[s]om [...] fremhevet i Rt 1984 side 1076 og Rt 1992 side 1088, er instruksene ikke i noe tilfelle avgjørende for domstolene, slik at etterforskningen i et gitt tilfelle i alle fall må prøves ut fra alminnelige straffeprosessuelle prinsipper”.

Hvilke prinsipper man spesielt tenker på kommer imidlertid ikke frem i disse to dommene. Og heller ikke i Riksadvokatens rundskriv gis det uttrykk for noe annet enn vilkåret slik det kommer frem ovenfor, nemlig at ”metoden [ikke] må være uforenlig med prosessuelle grunnprinsipper eller regler [...]”.

I RT. 1999.1269 ser man for første gang et eksempel på at man i en provokativ etterforskning kommer i strid med et slikt prosessuelt grunnvilkår. Her fant Høyesterett at fremgangsmåten som var benyttet stred mot selvinkrimineringsprinsippet som innfortolkes i EMK art. 6, 1. ledd. Førstevoterende uttalte følgende: ”Den europeiske menneskerettighetskonvensjon inneholder ikke noe tilsvarende uttrykkelig forbud mot ”selvinkriminering”, men etter sikker praksis må et slikt forbud anses innebygget i kravet om rettferdig rettergang i denne konvensjonens art. 6 nr. 1”.

Saken var at politiet hadde mistanke om at en fengselsbetjent hadde hjulpet en innsatt med å rømme fra fengselet. Under etterforskningen utviklet det seg et samarbeid mellom politiet og en annen innsatt i engselet. Under samtaler mellom den insatte og fengselsbetjenten hadde fengselsbetjenten sagt seg villig til å bistå med gjennomføringen av en ny rømming. Politiet iverksatte etterforskning med provokasjonstilsnitt – hvor målet var å få fengselsbetjenten til å innrømme at han hadde bistått ved den første rømmingen. Under et møte i forbindelse med den tilbudte rømmingen, spurte en politimann i sivil om dette, og svaret – hvor fengselsbetjenten sa at han hadde bistått ved den første rømmingen – ble tatt opp på bånd.

Førstevoterende sa til dette at ”[d]et er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffelse”. Reglene om dette finner man i FN-konvensjonen av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter art. 14 nr. 3 bokstav g. Det er sikker praksis at et slikt ”selvinkrimineringsforbud” også innfortolkes i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens art. 6 nr. 1.

Førstevoterende pekte så på menneskerettighetsloven som gjør nevnte konvensjoner til norsk rett, før han følger opp med å si at ”også lenge før disse konvensjonene ble gjort til norsk rett, [var] det [...] grunnfestet prinsipp for norsk straffeprosess at den som er mistenkt for en straffbar handling, ikke har noen forklaringsplikt”. Dette følger også av strprl. § 232 (1).

Følgen av krenkelsen var at beviset som var innhentet – mistenktes tilståelse – ble funnet å være ulovlig ervervet. Resultatet ble at beviset ble ansett for å skulle være avskåret under lagmannsrettens ankebehandling. Dommen ble deretter opphevet.

Som vi har sett ovenfor kan også retten til kontradiksjon, slik det oppstilles i EMK art. 6 (3) litra d, anses for å være et slikt grunnleggende prinsipp i relasjon til den provokative etterforskningen.

¹¹⁷ Prinsippet slås fast i strprl. § 92 (1)

6 Oppsummering av legalitetsprinsippet

Ovenfor¹¹⁸ drøftet jeg hvorfor noen, utfra en generell tilnærming, har argumentert for at den provokative etterforskningen ikke anses å trenge hjemmel i lov. Deretter har jeg forsøkt å vise til de punkter hvor de konkrete vilkår for etterforskningsmetoden kommer i kontakt med legalitetsprinsippet¹¹⁹. Jeg vil nedenfor kort oppsummere hovedpunktene i argumentasjonen og peke på noen hensyn for og imot lovregulering.

6.1 De generelle momenter

Det er momenter som kan knyttes til etterforskningsmetoden som sådan jeg her ønsker å kaste lys over.

Utgangspunktet var at lovregulering ble unnlatt etter at det ble anført at det ville medføre en del retts tekniske komplikasjoner å utforme en tilstrekkelig klar lovbestemmelse. ”En bestemmelse om hvor grensen går for den tillatte provokasjon vil bli meget vanskelig å formulere” (Dorenfeldt 1978). Ved at metoden ble lovregulert kunne det være at reglene ville bli for generelle og dermed ikke ha noen betydning for metodens praktiske gjennomføring (Hagen 1978). Over tid synes dette argumentet å ha mistet mye av sin betydning. I Danmark regulerte man adgangen til å benytte provokasjon som etterforskningsmetode. Mange av de vilkår inntatt i den danske bestemmelsen samsvarer med de vilkår Riksadvokaten oppstiller. Særlige problemer med å *utforme* vilkårene i forhold til dette i den danske bestemmelsen synes ikke å ha forekommet i nevneverdig grad¹²⁰.

Et annet argument som har vokst frem etter at metoden ble lovfestet i Danmark, er at lovreguleringen førte til redusert bruk av etterforskningsmetoden. Og Hagen har pekt på at for strenge vilkår ville kunne føre til at etterforskningsmetoden mistet mye av sin effektivitet (Hagen 1978). I relasjon til dette peker utvalget i NOU 1997:15 på at: ”Fra dansk politi og påtalemyndighet mottok utvalget entydige opplysninger om at denne lovreguleringen medførte at man i dag i Danmark i liten grad benytter provokasjonslignende tiltak ved

¹¹⁸ Se kap. 4.

¹¹⁹ Se vilkårsdrøftelsen under kap. 5.

¹²⁰ I alle fall ikke så langt jeg kan se i den danske litteraturen.

etterforskning”¹²¹. Også i Ot.prp. nr. 64 (1998-99) og i Innst. O. nr. 3 (1999-2000) legges argumentasjonen til grunn for Stortingets avgjørelse om ikke å lovregulere metoden. På bakgrunn av det som sies m å imidlertid årsaken til den reduserte bruken knyttes mer til det å ikke måtte oppgi kilder og informanter, enn til problemet med å utforme en tilstrekkelig klar lovbestemmelse.

Noen har også forsøkt å argumentere for at siden private beskyttelsesinteresser ikke anses krenket ved at etterforskningsmetoden anvendes, og metoden dermed ikke kan defineres som et straffeprosessuelt tvangsmiddel, så er det unødvendig med lovhjemmel. Imidlertid er det, innenfor den juridiske teori, andre som mener at den provokative etterforskningen enkelt kan tilpasses definisjonen for de straffeprosessuelle tvangsmidler. Og skulle man likevel ikke kunne anse metoden å falle inn under denne definisjonen, så vil det faktum at legalitetsprinsippet favner videre enn det straffeprosessuelle tvangsmiddelbegrep likevel kunne tale for at etterforskningsmetoden forankres i lovhjemmel.

Et ikke ubetydelig argument som anføres for lovregulering av etterforskningsmetoden er at en klar og tydelig lovhjemmel vil bedre borgernes forutberegnlighet. Myhrer peker på at Den europeiske menneskerettskonvensjon art. 8 og Europarådets politirekommendasjon av 17. september 1987 med senere revisjoner, henholdsvis krever eller anbefaler at befolkningen, gjennom lovgivningen, gis en viss mulighet for å forutberegne om de kan bli gjenstand for hemmelig overvåkning og/eller registrering (Myhrer 2003). Reglene som legges til grunn for etterforskningsmetoden finner man i dag i Riksadvokatens rundskriv, i rettspraksis og i en svært sparsommelig juridisk litteratur. Riksadvokatens rundskriv er for det meste offentlig tilgjengelige dokumenter¹²², men distribueres bare internt i politi og påtalemyndighet. Rettspraksisen som foreligger er spredt og det samme kan sies om den juridiske litteraturen som foreligger. En klar lovbestemmelse vil dermed, i aller høyeste grad, gi bedre muligheter for å vite når man kan risikere å etterforskes på denne måten.

Et sidehenyn her vil være at man ved å lovregulere etterforskningsmetoden vil legge til rette for en bedre kontroll med etterforskningen, gjennom lettere tilgjengelige regler. Kontrollen kan dermed også utøves av flere – såvel av borgerne, av mediene, av lovgiver, påtalemyndigheten og domstolene.

¹²¹ På bakgrunn av hva utvalget sier synes problemene å kunne knyttes til kildeproblematikk, mer enn til selve lovreguleringen.

¹²² Noen rundskriv kan underlegges begrensninger, jf. rundskrivet som omhandler infiltrasjon av 9. mars 1988 og kontrollerte leveranser av 13. februar 1989. Begge gradert ”fortrolig”.

6.2 Spesielle momenter

I motsetning til ovenfor ønsker jeg her å se nærmere på hensyn som taler for eller imot lovregulering ved en tilnærming gjennom de aktuelle vilkårene for å bruke etterforskningsmetoden.

Under drøftelsen av grunnvilkåret var jeg inne på at det aktive element i etterforskningen talte for at etterforskningsmetoden reguleres i lovhjemmel. At man påvirker gjerningsmannens subjektive motivasjonsbasis og at etterforskningsinngrepet knytter seg til selve gjennomføringshandlingen gjør at såvel misbruks- og kriminaliseringshensynet aktualiseres. I tillegg vil man ofte stå overfor muligheten for at flere etterforskningsmetoder kumuleres, noe som også kan anføres for en lovhjemmel.

Det som i teorien er anført mot dette standpunktet er blant annet knyttet til etterforskningsmetodens effektivitet. Jeg er imidlertid av den oppfatning at effektivitetshensynet også kan anføres for en lovregulering. Gjennom en klar og tydelig lovhjemmel vil såvel representanter fra påtalemyndigheten og politiet lettere kunne skaffe seg kunnskap om etterforskningsmetoden. Man vil bli mer fortrolig med de vilkår som stilles og se etterforskningsmetoden i sammenheng med andre etterforskningsmetoder av såvel – tradisjonell og utradisjonell art. En ikke usannsynlig følge vil dermed være en økt selvtilit omkring metoden, som igjen vil kunne resultere i en hyppigere bruk.

Jeg har også pekt på at alvorlighetskravet som oppstilles også forsterker etterforskningsmetodens grad av inngrep. Hvor konsekvensene av et inngrep er omfattende taler både misbruks- og kriminaliseringshensynet for at at inngrepet lovreguleres.

Avslutningsvis kan det pekes på drøftelsen vedrørende kravet om kompetent beslutningsmyndighet. Selv om man har antatt at den dobbelte legalitetskontroll som vilkårene for metoden oppstiller vil tilfredsstillende de rettssikkerhetsmessige hensyn, så taler det tette samarbeidet¹²³ man i mange tilfeller har i norsk rett mellom politi og påtalemyndighet for at man legger forholdene til rette for en eller annen form for domstolskontroll. Og mulighetene for en effektiv domstolskontroll vil nok ligge bedre til rette om vilkårene for å drive provokati etterforskning er å finne i straffeprosessloven.

¹²³ Også det felles mål politi og påtalemyndigheten ofte har i å få dømt potente gjerningsmenn taler for dette synspunkt.

6.3 Konklusjon

Hvorvidt adgangen til å anvende etterforskning med provokasjonstilsnitt, som følge av legalitetsprinsippet, fordrer en klar og tydelig lovhjemmel for å være lovlig er jeg noe usikker på. På bakgrunn av de argumentene som anføres ovenfor er jeg imidlertid tilbøyelig til å hevde at etterforskningsmetoden hadde vært best tjent med å være forankret i en klar og tydelig lovbestemmelse.

At etterforskningsmetoden anvendes i så liten grad som i dag, gjør at behovet for en klar lovhjemmel ikke kommer tydelig nok frem. Hadde man imidlertid plutselig opplevd en økt anvendelse av etterforskningsmetoden, ville jeg tro at domstolene og lovgiver ville kunne komme til å endre det relativt klare standpunktet de har til at lovhjemmel ikke anses nødvendig.

Som Myhrer sier: ”Lovregulering av hovedvilkårene for bruk av metodene, [herunder også provokasjon], vil åpenbart ha den positive virkning at en rekke gråsoner blir borte, og at adgangen til å gjøre bruk av metodene blir sikrere og mindre omtvistet både i forhold til forsvarer og domstolene” (Myhrer 2003).

7 Ulovlig provokasjon som ulovfestet frifinnelsesgrunn

I alle tilfeller hvor man etterforsker straffbare handlinger står man overfor risikoen for at man i sin iver går for langt for å innhente de nødvendige bevis. I noen tilfeller kan dette føre til at man bryter interne instruksjoner for hvorledes slik bevisinnhenting skal skje, mens man i andre tilfeller bryter de grenser for etterforskning som oppstilles som grunnleggende menneskerettigheter, i grunnloven eller i lov.

I noen tilfeller skyldes det at man går for langt at man er for ivrige og nidkjære i sin jakt på å oppklare straffbare handlinger. I andre tilfeller kan overtrampene skyldes mer bevisste valg om å sette de gjeldende begrensningene for etterforskningsmetoden til side. Uansett hva som er årsak til overtrampet er det klart at betydningen av beviset, som en følge av krenkelsen, på en eller annen måte vil svekkes. Hvilken form svekkelsen kommer til uttrykk gjennom er det som er gjenstand for denne drøftelsen.

7.1 EMKs krav til hvordan bevisinnhentingene skal skje

Også innenfor de grunnleggende menneskerettighetene ser man at det oppstilles krav til hvordan man skal kunne foreta bevisinnhentingene. EMK art. 6 (2) oppstiller et krav om at den anklagede skal formodes uskyldig inntil han er dømt skyldig i samsvar med lov. Denne uskyldspresumsjonen har flere sider. For det første oppstiller prinsippet et forbud mot å konstatere skyld før det er avsagt dom i saken. For det andre må det utledes et krav om at skyld bare kan konstateres i samsvar med lov. Denne siste siden kan bringe tankene over på legalitetsprinsippet – slik dette oppstiller et krav om lovhjemmel for inngrep ovenfor private rettssubjekter.

I forhold til legalitetsprinsippet er det imidlertid mer riktig å se denne siden av uskyldspresumsjonen som en *forlengelse* av legalitetsprinsippet. Hvor legalitetsprinsippet stiller opp et krav om at man må ha lovhjemmel for visse inngrep ovenfor borgerne, så stiller uskyldspresumsjonen opp et krav om at lovens krav, i de tilfeller hvor disse er gitt, må følges når skyld skal konstateres.

Lovsbegrepet som oppstilles i konvensjonen er ikke det samme som i norsk rett. I Norge er det i de fleste tilfeller antatt at man med lovsbegrepet sikter til formell lov. Dette slås på strafferettens område fast i Grl. § 96. Innenfor konvensjonen ble lovsbegrepet slått fast i *Sunday Times v. United Kingdom*¹²⁴. I dommen ble det antatt at lovsbegrepet dekker både skrevne og uskrevne rettsregler. Det avgjørende for om rettsregelen oppfyller konvensjonens krav som ”law” er om den i tilstrekkelig grad anses for å være *tilgjengelig* og *presist* nok utformet for de som skal etterleve den. Disse to vilkårene er ment å skulle skape den forutberegnlighet som er antatt å følge av det norske lovsbegrepet.

Som Aall sier så referer formuleringen ”according to law” i artikkel 6 (2) seg primært til det materielle lovgrunnlaget for skyldkonstateringen. Likevel anser han det som naturlig at også kravet til lovlig fremgangsmåte frem til denne konstateringen forankres i artikkel 6 (2). ”Hvis ikke myndighetene har klart å gjøre straffeansvaret etter den materielle bestemmelsen gjeldende innenfor de rammer for fremgangsmåte som rettsordenen stiller opp har det ikke være ført skyldbevis i samsvar med loven – ”according to law” (Aall 1995).

Ut fra hva som sies kan vi slå fast at prinsippet, for den provokative etterforskningens del, får betydning i to henseender. Hvor man benytter seg av

¹²⁴ A 30 (1979)

salgsprovokasjon vil vilkåret om å holde seg ”according to law”, i de fleste tilfeller knytte seg til at man skal overholde de rammer som grunnvilkåret oppstiller. På bevisprovokasjonens område vil derimot denne siden av uskyldspresumsjonen knytte seg til at bevisinnhentingene må foregå innenfor de rammene som de øvrige vilkår setter for den provokative etterforskningen. Selv om man her snakker om den provokative etterforskningen som to forskjellige ting, må man huske at man i begge tilfeller provoserer for å skaffe til veie bevis. I det ene tilfellet faller gjerningstidspunkt og beviset sammen i tid, mens i det andre tilfellet vil bevisinnhentingene knytte seg til en bevisfremmende handling som skjer etter at det straffbare forhold har skjedd. Den distinksjonen som oppstilles ovenfor er kun satt opp av pedagogiske hensyn.

7.1.1 Er reglene for provokativ etterforskning ”law” i EMKs forstand?

Et spørsmål man må stille seg er om de regler som er oppstilt av Høyesterett og som er gjengitt i Riksadvokatens instruks av 26. april 2000 tilfredsstiller kravet til ”law” i konvensjonens forstand.

Som vi har sett ovenfor har reglene for provokativ etterforskning utviklet seg over en lang periode. Siden slutten på 1970-tallet hvor etterforskningsmetoden begynte å utvikle seg og frem til nå har reglene vært oppstilt i rundskriv fra Riksadvokaten. Første gang Riksadvokaten instruerte om etterforskningsmetoden skjedde dette rett nok muntlig, men siden den 1980 har den vært formalisert i *skrevne* instruksjoner fra Riksadvokaten. Hver gang Høyesterett, i dommer eller kjennelser, har kommet med retningsgivende utsagn av prinsipiell betydning er instruksjonen endret.

Dommer og kjennelser fra Høyesterett er i vår nasjonale rett ansett for, i seg selv, å være en betydelig rettskilde i tillegg til de formelle lovene. Noe mindre vekt har Riksadvokatens rundskriv. I teorien er det antatt at de synspunkter som fremkommer i Riksadvokatens rundskriv må behandles som en del av den juridiske teori – og dermed også vektas deretter.

I utgangspunktet forelå instruksjonen før Høyesterett første gang behandlet prinsipielle spørsmål vedrørende etterforskningen. Men senere har man sett at grunnlaget for den skrevne instruksjonen fra Riksadvokaten er fortløpende praksis fra Høyesterett. Dette dobbelte *skrevne* grunnlag skaper en viktig premiss for at reglene skal anses for å være ”law” i konvensjonens forstand.

Avgjørende er det imidlertid ikke om rettsreglene er skrevne eller uskrevne. Det avgjørende vil være om rettsreglene er *forutberegnelige*, og hensett til dette vil det være naturlig å anta at kravet til forutberegnelighet tilfredsstilles lettere gjennom de skrevne rettsreglene enn gjennom de uskrevne. En slik oppfatning forutsetter imidlertid at rettsreglene er *tilgjengelige*. I vår nasjonale rett publiseres dommer og kjennelser fra Høyesterett – de er offentlige. Når så instruksene og rundskrivene fra Riksadvokaten i mange tilfeller også er offentlige¹²⁵, ser man at dette med økt styrke trekker i retning av at kravet til ”law” er tilfredsstilt.

På den annen side kan det være viktig å peke på at betydningen av at rettsreglene er tilgjengelige svekkes ved at rettsreglene er vage og *upresise*. Lar innholdet i reglene seg vanskelig fastsette, vil dette gå hardt ut over forutberegneligheten som var oppstilt som et overnasjonalt krav for at ”law” begrepet var oppfylt. Det er imidlertid ikke antatt at det er påkrevet at de som utsettes for inngrepet selv skal være i stand til å forstå innholdet av rettsregelen. Møse sier at presisjonen i rettsregelen må anses tilfredsstillende, dersom en egnet rådgiver – for eksempel i form av advokatbistand – kan forutse innholdet i rettsregelen (Møse 2003). Når det gjelder den konkrete vurderingen av de vilkår som oppstilles gjennom Høyesteretts praksis og Riksadvokatens rundskriv kan det være hensiktsmessig å behandle de to rettskildene hver for seg. Å finne ut hva rettsreglene om provokativ etterforskning ut fra den Høyesterettspraksis som foreligger på området kan synes vanskelig, selv med hjelp fra rådgivere. En del av vilkårene kan nok hentes ut, men for en del av vilkårene vil det nærmere innholdet ikke fremkomme i dommene og kjennelsene. I Riksadvokatens rundskriv, hvor vilkårene beskrives på en systematisk og kortfattet måte, må man derimot kunne anta at presisjonskravet er tilfredsstilt. Og ser man de to rettskildene sammen, må forutsetningene for – presist – å kunne finne rettsreglenes innhold, etter min mening være tilstede.

På bakgrunn av dette vil jeg legge til grunn at rettsreglene om provokativ etterforskning tilfredsstiller kravet til ”law” i EMK art. 6 (2). På bakgrunn av dette kan vi anta at EMK art. 6 (2) kommer til anvendelse på rettsreglene om den provokative etterforskningen.

7.1.2 Hva skjer når vilkårene krenkes?

¹²⁵ Dette gjelder Riksadvokatens rundskriv av 26. april 2000.

Så langt i oppgaven kan vi se at det er oppstillet vilkår for hvordan den provokative etterforskningen skal finne sted. Ovenfor vises det hvordan EMK art. 6 (2) oppstiller et formelt krav om at etterforskningen skal skje på måten rettsreglene foreskriver. Og skjer ikke det, må dette få konsekvenser for den videre iretteføringen. Det er hvilke konsekvenser som naturlig bør følge, som skal drøftes i kapitlene nedenfor.

7.2 Brudd på nasjonal rett

7.2.1 Innledning

Allerede i RT. 1984.1076 ble gir Høyesterett uttrykk for en forventning om at påtalemyndigheten ”avstår fra å reise tiltale” hvor bevisinnhentingene har skjedd på en ulovlig. Og vilkåret gjentas, om enn noe strengere, i Riksadvokatens rundskriv¹²⁶, hvor det sies at: ”Tilfredsstill ikke disse vilkår, *skal*¹²⁷ det ikke reises tiltale. Men til tross for dette klare pålegget fra Riksadvokaten, har historien vist at saker hvor provokasjon ikke er brukt i henhold til gjeldende regler, bringes inn for domstolene.

Det er bare hvor politiet provoserer at det blir spørsmål om å la dette få innvirkning på iretteføringen. Hvor gjerningsmannen er fristet av andre, vil dette ikke ha noen betydning for den videre behandlingen av saken.

Når kan man imidlertid si at etterforskningen er ulovlig? Den vanligste måten å definere hva som er ulovlig på, er å ta utgangspunkt i gjeldende rett. Boe definerer gjeldende rett som de ”rettsreglene som består i samfunnet” (Boe 1993). Kostveit¹²⁸ legger denne forståelsen til grunn og sier at det som er ulovlig er i strid med gjeldende rett. Galtung¹²⁹ er inne på det samme når hun sier at det skal anses ulovlig det som er i ”strid med loven”. Med dette foran seg kan det synes som om enhver overskridelse av vilkårene for provokativ etterforskning – liten eller stor – gjør etterforskningen ulovlig. Dette også hvor det ville vært mer nærliggende å kalle avviket en feil fremfor en ulovlighet.

¹²⁶ Av 26. april 2000

¹²⁷ Min utheving

¹²⁸ Kostveit 1995

¹²⁹ Galtung 2000

7.2.2 Alternativene som oppstilles i teori og Høyesteretts praksis

”Jeg innskyter at straffeprosessloven ikke gir noen klar anvisning på hvilken virkning det har om påtalemyndigheten har ervervet bevis ved hjelp av etterforskningsmetoder som ikke kan aksepteres. I mange tilfelle vil det være naturlig at påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale. Blir saken brakt inn for domstolene, oppstår det spørsmål om bevisene skal avskjæres. Når det, som i denne sak, hevdes at politiet gjennom sine etterforskningsmetoder har fremkalt den handling tiltalen gjelder, ville det imidlertid også være en mulighet at tiltalte blir å frifinne. Avvisning har også vært antydnet som et alternativ” (RT. 1984.1076).

I dommen kan vi se at Høyesterett oppstiller tre alternative utfall av at vilkårene for provokativ etterforskning overskrides. For det første antydes det at bevisen kan avskjæres. For det andre oppstilles frifinnelse som et alternativ, før førstevoterende avslutningsvis peker på at saken skal kunne avvises.

I tillegg til disse ulike alternativene kan man se at det, i den juridiske teorien, gis uttrykk for ytterligere alternativer. Et fjerde alternativ kan være at man ser på vilkårsoverskridelsene som et straffeutmålingsmoment i formildende retning for gjerningsmannen¹³⁰. Eller et femte moment – nemlig at man bare ser vilkårsoverskridelsen som et forhold som svekker verdien av bevisene¹³¹.

For svensk retts¹³² vedkommende synes det som man har en motvilje mot å tillegge det at man krenker vilkårene noen betydning i det hele tatt – hverken for det konkrete straffeansvaret eller for straffeutmålingen. I Sverige har man imidlertid hatt en inngående diskusjon vedrørende muligheten for å ramme provokatørene med medvirkningsansvar¹³³, mens man i Norge ikke i samme grad har konsentrert seg om dette spørsmålet.

7.2.3 De prosessuelle problemer

Man kan si at diskusjonen som har vært, særlig har knyttet seg til tre konkrete spørsmål.

¹³⁰ Antydningen finner man i Hopsnes 2003

¹³¹ Dette antydes av Andorsen 2000

¹³² Axberger 1989 og Asp 2001

¹³³ Se Asp 2001, som synes å gå langt i å hevde at dette medvirkningsansvaret ikke kan anvendes.

For det første har det i den norske diskusjonen vært flittig debattert hvorvidt grensene for den lovlige provokative etterforskningen skulle sies å høre inn under skyldspørsmålet, eller om det skulle anses for å være en del av saksbehandlingen. Hvordan spørsmålet avgjøres får grunnleggende betydning for hvilke domstoler som kan prøve hvilke sider av etterforskningen. De fleste saker vedrørende provokativ etterforskning behandles som fullstendige anker i lagmannsretten, jf. strprl. § 331. I disse sakene foretas en ”fullstendig ny behandling av saken” hvor alle sider av saken – både den rettslige og faktiske siden av skyld-, straffe- og saksbehandlingsspørsmålene – kan behandles. Ankes det derimot til Høyesterett oppstiller strprl. § 306 (2) en bestemmelse hindrer at anken kan grunnes på feil i bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Høyesterett er dermed ikke gitt kompetanse til å prøve denne siden av skyldspørsmålet. Ut fra dette kan man lett forstå at plasseringen av spørsmålet om grensene for den provokative etterforskningen vil få betydning for den videre saksbehandlingen.

For det andre er det også diskutert flittig hvorvidt en eventuell frifinnelse skal plasseres som en del av skyldspørsmålet eller som en del av straffespørsmålet. Denne diskusjonen knytter seg vanligvis til hvordan man skal begrunne utfallet i en sak hvor domtolen beslutter å frinne den mistenkte gjerningsmannen som en følge av at man har benyttet seg av ulovlig provokativ etterforskning. Finner domstolene at det er en straffrihetsgrunn som ligger til grunn for en eventuell frifinnelse må det antas at man er inne på skyldspørsmålets område. Kommer derimot domstolene at en overskridelse bare skal føre til en straffereduksjon, må det forstås som at man befinner seg på straffespørsmålets område.

Endelig har det vært en diskusjon omkring Høyesteretts grunnlag for ankebehandlingen. I de alvorligste saker som ankebehandles i lagmannsretten, er retten satt med jury, jf. strprl. § 352 (1). Siden det eksisterer et strengt forholdsmessighetskrav for å kunne benytte seg av provokativ etterforskning er følgen at de fleste saker som vedrører provokasjon og som ankes inn for lagmannsretten behandles med lagrette. Dette gjør at når Høyesterett skal prøve de påankede spørsmål må den, for å få et inntrykk av hva lagmannsretten har funnet å kunne legge til grunn, bygge sin oppfatning på lagmannens rettsbelæring, spørsmålsstillingen og lagrettens svar. Her har imidlertid Høyesterett antydnet at man kan bygge på et enda videre grunnlag enn det som har vært antatt tidligere.

De to første spørsmålene vil behandles under kapittelet som vedrører krenkelse av grunnvilkåret¹³⁴. Det siste spørsmålet vil jeg derimot la utstå til jeg har gjennomgått følgene av at alle vilkårene anses krenket¹³⁵.

7.3 Følgene av at grunnvilkåret anses krenket

7.3.1 Avvisning

Flere ganger er spørsmålet reist om man skulle kunne avvise en sak hvor grunnvilkåret for den provokative etterforskningen er overskredet. Spørsmålet ble tatt opp av Høyesterett selv i RT. 1984.1076, men uten at det ble gitt noe svar på om dette ville være den mest korrekte fremgangsmåten.

I juridisk teori mener Andorsen¹³⁶ at å definere slike feil som en nødvendig prosessforutsetning ville kreve at man måtte foreta en lovendring. Men selv om man gjorde det måtte dette imidlertid anses for å være en liten praktisk metode. Hopsnes¹³⁷ anser det imidlertid som mulig å se på krenkelsen av grunnvilkåret som en ulovfestet prosessforutsetning som ikke er oppfylt. Likevel slutter han seg til synspunktet om at avvisning er en lite egnet fremgangsmåte. Begrunnelsen er at man, for å avgjøre avvisningsspørsmålet i forkant av realitetsbehandlingen, må foreta en ikke ubetydelig bevisførsel. Ved at bevisene først behandles i relasjon til avvisningsspørsmålet og deretter i relasjon til skyldsspørsmålet vil resultatet bli en unødvendig og tidkrevende dobbeltbehandling av bevisene.

Selv om hensynet til den tiltalte taler for at man avviser saken i dens tidlige fase fremfor å frifinne etter en lang og omfattende hovedforhandling, synes dette argumentet å falle for argumentene som er nevnt ovenfor. Fra gjerningsmannens side vil det jo ofte også være viktig å få fastslått at man er uskyldig fremfor at spørsmålet holdes åpent ved at saken avvises på grunn av noe man må betrakte mer som en teknikalitet. Særlig i saker hvor man over lang tid er holdt i varetekt og hvor man gjennom en frifinnelse sannsynliggjør at man oppfylder vilkårene for å motta erstatning fra det offentlige etter strprl. § 444.

¹³⁴ Se pkt. 1.3

¹³⁵ Spørsmålet behandles i pkt. ???

¹³⁶ Andorsen 2000

¹³⁷ Hopsnes 2003

7.3.2 Grunnvilkåret – skyldspørsmålet eller saksbehandlingen?

Antar man at grunnvilkåret hører til skyldspørsmålet, er det naturlig å anta at en overskridelse av dette vilkåret leder til frifinnelse av gjerningsmannen. Ønsker man derimot å anse grunnvilkåret for å være et vikår av betydning for saksbehandlingen, vil det mest naturlige være å betrakte overskridelsen som et moment som får betydning for beviset. Her kan særlig to følger være aktuelle. Enten at beviset avskjæres, eller at man bare tillegger beviset den reduserte verdi i helhetsverdien, som ulovlighetene rundt innhentingene kvalifiserer for.

I RT. 1984.1076 ble anken behandlet som en saksbehandlingsanke. Anken var begrunnet med at politiet hadde benyttet seg av en etterforskningsmetode som ikke kunne aksepteres, og at bevisene dermed måtte anses for å være ulovlig ervervet.

I kjennelsen fra Høyesterett i RT. 1992.1088 slo derimot Høyesterett for første gang fast at overskridelse av grunnvilkåret skulle anses som en frifinnelsesgrunn, og som en del av skyldspørsmålet. Førstevoterende uttalte: ”Jeg finner at man da bør se det slik at det foreligger en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjon. Jeg kan ikke se at det i disse tilfeller mangler noen prosessforutsetning eller at det ellers kan være grunnlag for å avvise saken”. Videre sa han at ”[d]et var derfor i prinsippet en riktig saksbehandling når lagmannsretten behandlet spørsmålet om straffrihet, fordi politiet gjennom sin etterforskning skulle ha fremprovosert innførselen av heroinet, som en del av skyldspørsmålet”.

Andersen synes dermed, på bakgrunn av hva som ovenfor er sagt, å kunne slå fast at betydningen av at grunnvilkåret er krenket er en del av skyldspørsmålet. Hopsnes er imidlertid noe mer reservert i forhold til hva han mener dommen slår fast. Han mener at førstevoterendes vegring, mot på generell basis å slå fast når fremprovoserte handlinger ikke skal anses for å være straffbare, gjør det usikkert om det dommen slår fast skal legges til grunn i senere tilfeller. Etter min oppfatning synes førstevoterendes uttalelse imidlertid mer som et forbehold for å uttale en generell regel for ulovlig provokativ etterforskning når også andre vilkår krenkes, enn et forbehold mot at den konkrete virkning av at grunnvilkåret anses krenket, som det gjøres rede for i RT. 1992.1088, ikke skal være bindende også i andre tilfeller hvor grunnvilkåret krenkes.

I RT. 1998.407 vises det til resultatet i dommen ovenfor ved at førstevoterende uttaler: ”Hvis det foreligger forledelse utover en slik ramme, må domfelte etter rettspraksis frifinnes, jf. Rt. 1992. side 1088”. Det samme gjentas i RT. 2000.1223 og i RT. 2000.1482.

Henvisningen til den generelle rettsstridsreservasjonen er også med på å underbygge at frifinnelsen skjer som følge av en vurdering av skyldspørsmålet. Det hører til ”skyldspørsmålet å ta standpunkt til alle vilkår som må være oppfylt for at det skal oppstå et straffeansvar” (Slettan 1997). På bakgrunn av at den generelle rettsstridsreservasjonen fjerner straffeansvaret for enkelte handlinger må man også kunne slå fast at reservasjonen må behandles som en del av skyldspørsmålet. At det dermed henvises til denne i RT. 1992.1088 kan derfor tolkes som en understreking av at krenkelse av grunnvilkåret skal anses som en del av skyldspørsmålet.

Fordelen ved at krenkelse av grunnvilkåret anses som del av skyldspørsmålet er at den mistenkte gjerningsmannen oppnår et bedre vern mot misbruk og kriminalisering fra myndighetenes side. Hensynet til rettssikkerheten og hensynet til at materielt sett uriktige avgjørelser unngås taler dermed for at man behandler spørsmålet om grunnvilkåret er krenket som en del av skyldspørsmålet. Hvor man har gått for langt i å fremkalle den straffbare handlingen, vil den mistenkte gjerningsmannen ha et atskillig bedre vern enn om en skulle latt krenkelsen inngå som et spørsmål om saksbehandlingen. Det er også å anta at lovens system med bevisavskjæring passer dårlig hvor det er grunnvilkåret som anses krenket. Samtidig er det også klart at politiet i langt større grad vil frykte muligheten for en total frifinnelse enn en diskusjon omkring saksbehandlingen. På denne måten ser man at også prevensjonshensynet kan tas til inntekt for at man anser grunnvilkåret for å være en del av skyldspørsmålet, samtidig som tilliten til såvel politiet og domstolenes styrkes ved at den mistenkte frifinnes i tilfeller hvor den provokatove etterforskningen har gått utenfor sine rammer.

Skal man oppsummere det som er sagt ovenfor, kan man slå fast at spørsmålet om en i etterforskningen har krenket grunnvilkåret, er et spørsmål som hører til skyldspørsmålet.

7.3.3 Hva begrunner frifinnelsen?

Når man så har fastslått grunnvilkåret til å være en del av skyldspørsmålet, kan det være naturlig å se nærmere på hva følgen av at dette vilkåret anses krenket skal være.

Ovenfor slås det fast at følgen av at grunnvilkåret anses krenket er at domstolen frifinner. I RT. 1992.1088 gis det uttrykk for at det foreligger en ”ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle

rettsstridsreservasjonen”. Det er i teorien rettet sterk kritikk mot denne formuleringen. At resultatet skal være frifinnelse synes greit, men forholdet til den generelle rettsstridsreservasjonen er kompliserende. Det motsatte av noe som er rettsstridig må anses for å være rettmessig, og det er akkurat dette utgangspunktet som, av Hopsnes¹³⁸, synes å være det kompliserende element. De fleste er enige om at selv om man går for langt i enkelte henseender i bruken av provokativ etterforskning, så gjør dette ikke nødvendigvis den fremprovoserte handlingen rettmessig.

Førstevoterende peker i utgangspunktet bare på et ”slektskap” med den generelle rettsstridsreservasjonen. Noe som kan tenkes å være mer en understreking av at grunnvilkåret skal anses for å være en del av skyldspørsmålet, eller at frifinnelsen skal følge av en straffrihetsgrunn mer enn en straffritaksgrunn. Jeg finner det derfor mest naturlig må ses på som et forsterkende element i forhold til at spørsmålet om grunnvilkåret er krenket skal ses på som en del av skyldspørsmålet, og vil derfor ikke tillegge utsagnet så stor vekt som Andorsen¹³⁹ synes å gjøre.

Når man videre skal forsøke å begrunne frifinnelsen, vil det være nyttig å trekke opp grensen mellom det som skal anses for å høre inn under skyldspørsmålet og anses for å høre inn under straffespørsmålet. Og dette er ikke alltid så enkelt. ”[G]rensen mellom skyldspørsmålet og straffespørsmålet er igjen avhengig av hvordan vilkårene for straffbarhet, straffrihet og straffutmåling er formulert i straffeloven. Og her er det svært tilfeldig hva slags løsning som er valgt” (Hov 1999).

Ved siden av dette er det viktig å være klar over at det ikke eksisterer noen skrevne frifinnelsesgrunner, som får anvendelse på ulovlig provokasjon. Så uansett hvilken frifinnelsesgrunn man måtte forfekte, så må denne kunne tilfredsstille kravene til å være ulovfestet.

I den juridiske teorien kan man se at det særlig er tre måter å begrunne frifinnelsesresultatet i RT. 1992.1088 og de øvrige dommene på. For det første forsøkes frifinnelsen begrunnet i at det foreligger en ulovfestet *straffrihetsgrunn*¹⁴⁰. Straffrihetsgrunnene utvider handlefriheten i ekstraordinære situasjoner og gjør en ellers straffbar handling lovlig, eller i alle fall straffri (Slettan 1997). Bakgrunnen for tilstedeværelsen av de såkalte straffrihetsgrunnene er at det ikke alltid er ”mulig ved formuleringen av et straffebud å ta hensyn til alle omstendigheter som kan ha betydning for vurderingen av den

¹³⁸ Hopsnes 2003

¹³⁹ Andorsen 2000

handlingen straffebudet beskriver” (Andenæs 2001) . Man ønsker derfor, gjennom de ulike straffrihetsgrunnene å gi de ulike straffebestemmelsene et forbehold for enkelte ekstraordinære situasjoner. Grunnen er å gi uttrykk for at handlingene, under gitte omstendigheter, er ment å være berettiget. De er ment å være lovlige, eller rettmessige.

Straffrihetsgrunnene innebærer at det ikke på noe tidspunkt er etablert noe straffeansvar (Matningsdal 1998), og de kan være enten generelle eller spesielle. I Straffelovskommisjonens delutredning V¹⁴¹ sier utvalget i sin generelle omtale av straffrihetsgrunnene: ”Straffrihetsgrunnene kjennetegnes ved at det *overhodet ikke oppstår noe straffansvar*, selv om et straffebud objektivt sett er overtrådt”. Videre heter det: ”Blir det reist straffesak, skal¹⁴² retten frifinne om den finner at det foreligger en straffrihetsgrunn”.

De av de lovfestede straffrihetsgrunnene som oftest påberopes finner en i straffeloven §§ 44, 46, 47 og 48¹⁴³. I tillegg har man de ulovfestede straffrihetsgrunnene. Som eksempler på slike nevner Slettan uanmodet nødhjelp og lovlig selvtukt¹⁴⁴ (Slettan 1997). De lovfestede straffrihetsgrunnene er en viktig del av den alminnelige ansvarslæren i strafferetten, og hører, sammen med de ulovfestede straffrihetsgrunnene, dermed naturlig inn under skyldspørsmålet¹⁴⁵. Ulovlig provokativ etterforskning er ikke oppstilt som noen lovfestet straffrihetsgrunn, men i teorien antas det at oppstillingen av straffrihetsgrunner, både de generelle og de spesielle, ikke er ment å skulle være uttømmende.

Straffrihetsgrunnene kan man igjen dele inn i de såkalte *unnskyldningsgrunner* og *rettmessighetsgrunner*¹⁴⁶. Begge kategorier er i bunn og grunn straffrihetsgrunner – tiltalte har også her et ubetinget krav på frifinnelse når slike grunner konstateres. Forskjellen knytter seg til om handlingen kan sies å være rettmessig eller rettsstridig. Man kan si at rettmessighetsgrunnene er de reneste former for straffrihetsgrunner. Etter disse skal den mistenkte frifinnes, og handlingen anses for berettiget. Unnskyldningsgrunnene har ved seg at man skal frifinne når den, objektivt sett straffbare gjerningsbeskrivelsen er overtrådt, uten at man kan si at den straffbare handlingen er berettiget. Handlingen anses da for

¹⁴⁰ Det er særlig i Andersen 2000, Slettan 1997, Andenæs 2000 og Faure 1991 man finner disse synspunktene.

¹⁴¹ NOU 1992:23

¹⁴² Se Slettan 1997 som også sier dette svært uttrykkelig

¹⁴³ Straffrihet på grunn av at tiltalte er sinnssyk eller bevisløs, er under den kriminelle lavalder, har handlet i nødrett eller som en følge av utøvet nødverge.

¹⁴⁴ *negotiorum gestio*

Slettan plasserer frifinnelse som følge av ulovlig provokasjon fra politiets side under sin redegjørelse omkring straffrihetsgrunner (Slettan 1997). Det gjør også Andenæs (Andenæs 2000) og Faure (Faure 1991)

¹⁴⁵ Matningsdal 1998

¹⁴⁶ Slettan 1997

unnskyldelig. Et eksempel på en slik unnskyldningsgrunn er strl. § 48 (4) om overskridelse av nødverge. Går man for langt i sitt forsvar når man verger seg mot en angriper, kan man ikke si at handlingen er rettmessig. ”[D]et ligger i selve uttrykket ”overskridelse av nødverge”” (Andenæs 2001). Dog sier man at forhold i situasjonen kan gjøre den straffbare handlingen unnskyldelig – noe som igjen fører til at handlingen ikke anses så straffverdig som om forholdene ikke hadde foreligget.

For det andre kan man se at noen begrunner frifinnelsen med at det foreligger såkalte *straffritaksgrunner*¹⁴⁷. Straffritaksgrunnene gjør det mulig å fritta for straff – men den siktede har ikke noe krav på det, slik som for straffrihetsgrunnene. ”[A]dgangen til å fritta helt for straff er etter vår lov begrenset til de tilfelle hvor man har særlig hjemmel for det” (Andenæs 2001). Som eksempler på generelle straffritaksgrunner kan nevnes strl. § 58 om samvirke og strl. § 59 om ”i gjerning vist anger”. Som eksempel på en spesiell straffritaksgrunn nevnes strl. § 228 (3) – om provokasjon og retorsjon¹⁴⁸. Straffritaksgrunnene kommer først til anvendelse etter at skyldspørsmålet er avgjort¹⁴⁹. ”Lovens synspunkt [er] at gjerningsmannen er skyldig til straff, men at domstolen kan utøve en slags benådningsmyndighet” (Andenæs 2001). Domsresultatet kan også her bli frifinnelse i enkelte tilfeller. Eller som Slettan sier det: ”Den siktede anses som skyldig selv om domstolen fritar ham for straff; handlingen er ikke rettmessig. Men straffen settes til null: Domsslutningen går ut på at siktede frifinnes” (Slettan 1997).

I NOU 1992:23 slås det fast at ”[p]rosessuelt atskiller straffritaksgrunnene seg fra straffrihetsgrunnene ved at avgjørelsen dels hører under skyld- og dels under straffespørsmålet. Det er således en del av skyldspørsmålet å avgjøre om vilkårene for straffritak er oppfylt, mens det er del av straffespørsmålet om kompetansen skal brukes”. Om dette sier Slettan mer upresist: ”Avgjørelser som bare har betydning for reaksjonens art og omfang, hører derimot til *straffespørsmålet*. Det gjør det som regel også å avgjøre om det foreligger en *straffritaksgrunn*, selv om domskonklusjonen etter rettspraksis skal lyde på frifinnelse” (Slettan 1997). Matningsdal slår imidlertid fast at ”det [er] fast praksis at det hører under skyldspørsmålet å avgjøre om det foreligger [straffritaksgrunn], mens

¹⁴⁷ Johansen 2001

¹⁴⁸ Se også strl. §§ 250, 390 (2) og 127 (2).

¹⁴⁹ Se NOU 1992:23

det hører under straffespørsmålet å avgjøre hvilke konsekvenser dette i tilfelle skal få” (Matningsdal 1998).

For det tredje kan frifinnelsen begrunnes ut fra den generelle *rettsstridsreservasjonen*¹⁵⁰. Rettsstridsreservasjonen går, ifølge Slettan, ut på at ”[e]thvert straffebud må leses med forbehold for unntakssituasjoner som det ikke har vært meningen å ramme med straff” (Slettan 1997). En slik reservasjon kan fremkomme uttrykkelig i lovteksten. I andre straffebud vil det drimot være vanskelig å se noen uttrykkelig rettsstridsreservasjon. Ifølge Slettan må derfor ”[a]lle straffebud [...] leses med reservasjon for unntakssituasjoner”.

Eskeland begrunner frifinnelsen ved ulovlig provokasjons med en slik rettsstridsreservasjon. Han mener dette følger av såvel RT. 1984.1076, RT. 1992.1088 og RT 1998.407. I denne retning argumenterer også Matningsdal¹⁵¹. Henvisningen virker svært forvirrende, noe også Andenæs¹⁵² og Andorsen¹⁵³ gir uttrykk for.

Jeg er av den oppfatningen at frifinnelsen best begrunnes med at det foreligger enten en straffrihetsgrunn eller straffritaksgrunn, heller enn at frifinnelsen anses å følge av den generelle rettsstridsreservasjonen. Er ikke handlingen rettsstridig må den jo anses for rettmessig. At politiet i etterforskningen har fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville ha skjedd skal føre til at handlingen anses rettmessig, synes jeg det på generell basis, er problematisk å hevde. Feilen som fører til at etterforskningen anses for å ha gått for langt kan i mange tilfeller være beskjedne i forhold til den straffeskylden gjerningsmannen utviser. Dermed blir det galt å hevde at handlingen skal anses for å være rettmessig i disse tilfellene. På bakgrunn av dette mener jeg det er lite naturlig å begrunne frifinnelsen ene og alene i den generelle rettsstridsreservasjonen.

Legger man vekt på at handlingen etter frifinnelsen ikke skal anses for å være rettmessig blir man dermed stående igjen med to alternativer. Enten må man legge til grunn av frifinnelsen skyldes unnskyldningsgrunnen, eller så må man anta at den begrunnes i en straffritaksgrunn. Fordelen ved at man legger unnskyldningsgrunnen til grunn for frifinnelsen er at man slipper å behandle virkningen av den ulovlige etterforskningen i to etapper – først å konstatere om en slik grunn foreligger under behandlingen av skyldspørsmålet og deretter avgjøre den straffeutmålingsmessige konsekvensen av dette under straffespørsmålet. Å dele opp spørsmålet vil være å komplisere

¹⁵⁰ Eskeland 2000 og Matningsdal 1998

¹⁵¹ Matningsdal 1998

¹⁵² Andenæs 2000

prosessen unødig, da resultatet i de fleste tilfeller vil bli det samme – nemlig frifinnelse. Også hensynet til gjerningsmannen tilsier dette. Han slipper å få konstatert noen straffeskyld for hva han har gjort – som ville vært tilfelle hvor en straffritaksgrunn ble lagt til grunn. Istedenfor anses han for å være uten skyld, selv om handlingen anses for å være urettmessig.

7.3.4 Konklusjon

På bakgrunn av drøftelsen ovenfor kan det konkluderes med at spørsmålet om grunnvilkåret skal anses krenket er et spørsmål som hører inn under skyldspørsmålet. Derfor blir det også naturlig å frifinne gjerningsmannen. Frifinnelsen vil, etter det jeg har gjort rede for ovenfor, best harmonere med at det foreligger en ulovfestet frifinnelsesgrunn i form av en unnskyldningsgrunn.

7.4 Forholdsmessighets- og mistankevilkårene

Når det gjelder forholdsmessighetskravet kan dette deles inn i subsidaritetskravet og kravet om alvorlige straffbare handlinger. Mistankekravet er, som det vist til ovenfor, ikke et selvstendig krav, men et krav som følger implisitt at av man må ha en visshet om at det straffbare forholdet likevel ville ha skjedd.

7.4.1 Gjeldende rett

Bare en gang finner man uttalelser i Høyesteretts praksis vedrørende spørsmålet om forholdsmessighetsvilkårene har vært krenket, og det var i RT. 1993.473. I dommen ble mistenkte frifunnet på bakgrunn av en lovanvendelsesanke. Men i et obiter dictum uttaler likevel førstevoterende: ”Det er i dommen fra 1984 videre pekt på at ekstraordinære etterforskningsmetoder bare kan aksepteres ved alvorlige lovovertridelser hvor det er vanskelig å nå frem med vanlige metoder. [...] Jeg finner det imidlertid klart at slike forhold som de den foreliggende sak gjelder, ikke kan begrunne etterforskningsmetoder

¹⁵³ Andorsen 2000

med provokasjonspreg”. Førstevoterende uttaler imidlertid ikke hvilken følge dette skulle ha resultert i, om lovanvendelsesanken ikke hadde blitt lagt til grunn. På dette området kan dermed rettstilstanden synes noe uavklart.

Hensynene bak disse vilkårene er flere. For det første tilsier faren for å kunne misbruke etterforskningsmetoden og faren for å kriminalisere uskyldige for at metoden anvendes kun i de tilfeller hvor det finnes absolutt nødvendig for å oppklare straffbare forhold. Både mistankevilkåret og forholdsmessighetsvilkåret er også begrunnet i at bruken av etterforskningsmetoden skal være begrenset.

7.4.2 Avvisning

For at avvisning skal være et reelt alternativ må vilkårene anses for å være nødvendige prosessforutsetninger. De **ulovfestet prosessforutsetning** vilkårene som ble anført for at avvisning ikke var en naturlig løsning ved krenkelse av grunnvilkåret kommer ikke inn med samme styrke når det gjelder brudd på forholdsmessighets- og mistankevilkåret.

Ved at saken kunne avvises før selve realitetsbehandlingen som en følge av at det manglet en nødvendig prosessforutsetning forbedres den tiltaltes mulighet til å slippe en belastende rettssak. Dette hensynet til den tiltalte, samt at en bevisførsel omkring såvel forholdsmessighetsvilkåret¹⁵⁴ som mistankevilkåret vil ha et langt mindre omfang enn når man skal føre bevis for at en straffbar handling skal anses for å være fremprovosert av politiet, taler for at avvisning kan være et alternativ.

På den annen side kan det derimot anføres at siden vilkårene ikke har noen innflytelse på gjerningsmannens skyld – taler mye for likevel å straffe ham. Og dette hensynet må, etter min mening, tillegges avgjørende vekt.

7.4.3 Frifinnelse

Hopsnes mener dog at det er betenkelig at man straffer når forholdsmessighetsvilkårene er krenket. Han hevder at ”[f]aren for misbruk og kriminalisering er klart størst ved mindre alvorlige handlinger. I forhold til mindre etisk klanderverdige handlinger, vil trolig noen og enhver gi etter for provokasjon”. På bakgrunn av dette mener han at frifinnelse bør være

¹⁵⁴ Her tenker jeg både på subsidaritetsvilkåret og kravet om alvorlige straffbare handlinger.

resultatet ved krenkelse av forholdsmessighetsvilkårene. I forhold til mistankevilkåret mener han at overskridelser her bør ses på som et straffeutmålingsmoment. Jeg er imidlertid tilbøyelig til å være uenig med Hopsnes på dette punkt.

Når han sier at noen og enhver trolig kan *gi etter for provokasjon* i forbindelse med mindre etisk klanderverdige handlinger – så benytter han en formulering som gir den provokative etterforskningen et skinn av å være langt mer aktiv enn det som oppstilles gjennom vilkårene. Det sentrale element ved bruken av provokativ etterforskning er grunnvilkåret – at man ikke fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått. Det er dette vilkåret, sammen med de formelle¹⁵⁵ vilkårene, som danner hovedgrunnlaget for bevisets troverdighet. Adgangen til å benytte seg av provokativ etterforskning, i relasjon til disse vilkårene, er den samme for de mindre klanderverdige handlingene enn for de alvorlige straffbare handlingene. Foreligger det ikke en viss mistanke på tidspunktet for provokasjonshandlingen, er faren for at man kommer til å krenke grunnvilkåret overhengende allerede av den grunn.

Men det er nok mer folks tilbøyelighet til å begå straffbare handlinger som bekymrer Hopsnes. For meg fremstår dette som et oppkonstruert og overdrevent problem. Det går nemlig en naturlig grense for når den provokative etterforskning er hensiktsmessig å benytte seg av. Etterforskningsmetoden krever i seg selv store ressurser, særlig i form av personell. Og dette ressursbehovet vil i de fleste tilfeller være en vel så stor begrensning for å benytte seg av provokativ etterforskningen som forholdsmessighetsvilkårene. I mange tilfeller vil, med andre ord, mer tradisjonelle etterforskningsmetoder være vel så egnet som provokativ etterforskning. For meg synes det derfor som om Hopsnes frykt må anses for noe ubegrunnet.

I de tilfeller hvor forholdsmessighets- og mistankevilkåret anses for krenket mener jeg derfor at frifinnelse er et lite egnet resultat.

7.4.4 Bevisavskjæring

Et tredje alternativ er å se på overtredelse av disse vilkårene som ”saksbehandlingsfeil”. På bakgrunn av dette forelår Andorsen at man anser det for å hefte så stor usikkerhet til bevisene som er innhentet, at retten vil måtte vurdere å avskjære dem. Dette var tilfellet i RT. 1999.1269, hvor problemstillingen settes på spissen. En politimann tok, mens han

¹⁵⁵ Jeg tenker på kontrollvilkåret, planleggingsvilkåret og beslutningsvilkåret.

jobbet undercover, opp en tilståelse fra en fengselsbetjent på bånd. Tilståelsen gikk ut på at fengselsbetjenten skulle ha hjulpet en innsatt med å rømme. Politiets provokative etterforskning krenket, ifølge Høyesterett, den mistenktes rett til å forholde seg taus¹⁵⁶. Dette er et grunnleggende straffeprosessuelt prinsipp, og en viktig skranke for provokativ etterforskning. Førstevoterende uttalte at beviset skulle vært avskåret, og dommen og ankeforhandlingen fra lagmannsretten ble følgelig opphevet etter strprl. § 343 jf. § 257 (1).

I dommen gis det imidlertid ikke uttrykk for om dette skal være resultatet ved krenkelse av alle vilkårene, med unntak av grunnvilkåret.

Hadde bevisavskjæring vært det som fulgte av Høyesteretts praksis, måtte de ulovlig innhentede bevisene, i hvert enkelt tilfelle vurderes etter de prinsipper som til enhver tid gjelder for bevisavskjæring. Etter norsk rett kan bevis avskjæres både gjennom lovfestede¹⁵⁷ og ulovfestede bevisavskjæringsregler. ”At et bevis er skaffet frem på ulovlig måte, innebærer ikke automatisk at det skal avskjæres. Men klare regler for når avskjæring skal eller kan finne sted av slike grunner, har vi heller ikke” (Hov 1999).

I RT. 1991.616 sies det at ”det ikke [er] slik at ethvert ulovlig bevis skal nektes ført”. I dommen sies at man ved vurderingen ”må legge vekt på både de prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete dommen”. Ifølge Kostveit vil de prinsipielle hensyn være relevante i enhver avskjæringsvurdering, uavhengig av deres vekt for og imot. Slike prinsipper kan være; hensynet til sakens opplysning, hensynet til tiltaltes integritet, hensynet til rettsfølelsen, allmenn- og individualpreventive hensyn, samt hensynet til tilliten til rettsvesenet. Ved siden av disse må man også ta i betraktning konkrete momenter som kan tale mot det å tillate beviset ført. Disse forholdene kan være; ulovlighetens art, bevisets verdi og vekt og også hvor sent avskjæringsspørsmålet kom opp. (Kostveit 1995).

På bakgrunn av hvordan bevisreglene er i Norge taler straffverdighetshensynet for at krenkelsen skal underkastes en avskjæringsvurdering. Hvor en gjerningsmann har utvist stor grad av straffeskyld, men hvor eneste feilen er at man ikke har etterforsket en tilstrekkelig alvorlig handling, eller hatt en tilstrekkelig mistanke, taler straffverdighetshensynet for at man gis en adgang til å føre bevisene som er innhentet. I den samme retning kan man anføre effektivitetshensynet og hensynet til allemenpevsjon. Gjennom effektivitetshensynet sikrer en å ha en så enkel prosess som mulig. Samtidig som man ivaretar de nødvendige rettssikkerhetshensyn. At man skal ha ulike reaksjoner på krenkelse av ethvert vilkår vil stride med effektivitetshensynet.

¹⁵⁶ Se strprl. § 232.

¹⁵⁷ Lovfestede regler om bevisavskjæring finner man i strprl. §§ 119, 301 (1) og 134 siste ledd.

Jeg har derfor kommet til at det mest hensiktsmessige ville være å anse brudd på disse vilkårene som saksbehandlingsfeil, som igjen måtte inngå i en vurdering av om bevisene skulle anses for å være så usikre at de måtte avskjæres.

7.5 De formelle vilkår

7.5.1 Gjeldende rett

I de tre¹⁵⁸ siste dommene vedrørende provokativ etterforskning finner man uttalelser som klart angir at brudd på prosessuelle tilleggsvilkår¹⁵⁹ skal resultere i frifinnelse. Noen god begrunnelse for at frifinnelsesformen skal velges for disse vilkår, som klart faller inn under saksbehandlingen, finner man ikke i Høyesteretts praksis. I dommene konkluderes det eller refereres kort til hva som, i henhold til tidligere praksis, er gjeldende rett.

I den såkalte ”Skrik”-saken¹⁶⁰ fant førstevoterende grunn til å påpeke at hverken Riksadvokaten eller Statsadvokaten behandlet¹⁶¹ saken. Ved siden av dette ble det ikke dokumentert noen plan for gjennomføringen. Lagmannsretten la imidlertid til grunn at gjennomføringen rent faktisk fulgte en plan. I strid med dagjeldende instruks fra Riksadvokaten ble det benyttet utenlandske agenter, samtidig som private penger ble anvendt som visningspenger. Dette, sammen med det faktum at deler av etterforskningen manglet den nødvendige notoritet, gjorde at førstevoterende konkluderte med at ”den delen av etterforskningen i ”Skrik”-saken som politiets aksjon representerer, er beheftet med så alvorlige mangler og betenkligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for en domfellelse. Førstevoterende kunne ikke ”se annet enn at [man] her [stod] overfor en ulovfestet frifinnelsesgrunn, slik at A [måtte] frifinnes også på dette grunnlag” (RT. 1998.407).

I RT. 2000.1223 hadde polititjenestemennene forsøkt å holde en del opplysninger skjult for den tiltalte. Man benyttet seg også av en narkoman agent, som man ikke hadde tilstrekkelig kontroll over til å kunne utelukke at det var henne som var den utløsende årsak til at ervervet og oppbevaringen fant sted. Førstevoterende konkluderte som en følge av

¹⁵⁸ RT. 1998.407, RT. 2000.1223 og RT. 2000.1482

¹⁵⁹ Det jeg her tenker på er kravet om kontroll med etterforskningen, at det skal foreligge en plan og at etterforskningen skal besluttes av kompetent myndighet.

¹⁶⁰ RT. 1998.407

dette med at ”når [han fant] at selve etterforskningen – politiets aksjon – ikke kan tjenes som grunnlag for domfellelse, mener jeg at resultatet må bli at Høyesterett avsier frifinnende dom”¹⁶².

I RT. 2000.1482 ser man et isolert tilfeller av at statsadvokaten ikke har besluttet etterforskningen iverksatt. Til dette uttalte Høyesterett: ” Jeg kan ikke se at det forhold at det ikke ble innhentet samtykke fra kompetent påtalemyndighet, gjør politiets handlemåte i denne saken – som har klare likhetstrekk med kontrollert overlevering – ulovlig”.

7.5.2 Avvisning

Når det gjelder spørsmålet om saken kan avvises når den provokative etterforskningen ikke har overholdt de formelle vilkårene vil mange av de samme hensynene som nevnt for de øvrige vilkårene kunne komme til anvendelse, om enn med en langt svakere styrke. Å føre bevis for at det ikke har foreligget en tilstrekkelig plan eller at avgjørelsen er fattet av kompetent myndighet vil sjelden by på omfattende bevisførsel. For kravet om kontroll og notoritet stiller det seg nok noe annerledes – og en noe mer omfattende bevisførsel må påregnes. Ser man dette under ett vil man i disse tilfellene ikke stå ovenfor den samme faren for dobbeltbehandling av bevisene.

Også hensynet til den mistenkte gjerningsmannen, samt hensynet til å forebygge misbruk og hensynet til ikke å kriminalisere uskyldige taler for dette alternativet.

7.5.3 De lege ferenda – frifinnelse eller bevisavskjæring

Som sagt ovenfor har Høyesterett besluttet at krenkelse av disse vilkårene skal føre til frifinnelse. Hopsnes later til å være enig med Høyesterett, og begrunner frifinnelsen med at Høyesterett i slike tilfeller slipper å ta standpunkt til vanskelig bevissspørsmål samtidig som man vektlegger hensynet til å forebygge mot en utvikling av ulovlige etterforskningsmetoder.

Andersen kritiserer at brudd på slike vilkår skal anses som en frifinnelsesgrunn. ”Som nevnt har Høyesterett valgt å frifinne også i de tilfeller hvor etterforskningen ikke har vært forsvarlig gjennomført, altså ved de typiske saksbehandlingsfeil – det vil si selv

¹⁶¹ De var dog orientert om den.

¹⁶² På dette området var dommen enstemmig.

om politiets etterforskning utvilsomt ikke har fremkalt lovbruddet. Dette er en ikke ubetydelig utvidelse av anvendelsesområdet for en slik ulovfestet frifinnelsesgrunn i forhold til saken fra Rt. 1992 s. 1088 – som jo utvetydlig bygger på at lovbruddet er fremkalt. Da kan jeg vanskelig se det annerledes enn at vi må ha en annen begrunnelse, eller i alle fall en tilleggsbegrunnelse, for frifinnelse i de tilfellene hvor politiet har gjort kun formelle feil. Det har vi ikke; Høyesterett bedømmer begge deler, realitet og formalitet, under ett, og resultatet er i begge tilfelle frifinnelse” (Andersen 2000).

Frifinnelsesformen kan ikke begrunnes med straffrihetsgrunner eller straffritaksgrunner. Disse hører det jo til henholdsvis skyld- og straffespørsmålet. Vilåårene vi nå snakker om regnes som en del av saksbehandlingen. Andersen sier i tilknytning til dommen i RT. 2000.1223, at han ”har vanskelig[...] for å forstå hvorfor gjerningspersonen skal frifinnes når han på eget initiativ selger narkotika til denne agenten”. I utsagnet fra Andersen følger implisitt at han ikke anser grunnvilkåret for krenket. Synspunktet er det ikke vanskelig å være enig i.

Hovedregelen når en saksbehandlingsanke gis medhold er at underrettens dom oppheves (Hov 1999 og Andenæs 2000). I enkelte tilfeller, når forutsetningene er tilstede, avsier domstolen ny dom. Det skjer sjelden, da saksbehandlingsfeilen ofte fjerner forutsetningene for ny behandling. Hovedregelen ved saksbehandlingsankene synes ikke å harmonere med den praksis Høyesterett oppstiller for brudd på de prosessuelle vilåårene.

At hovedregelen ikke følges tror Andersen har sin helt spesielle begrunnelse. Han uttaler at ”[n]år grunnen til frifinnelse ikke kan bygges på hensynet til gjerningspersonen i disse tilfellene, er det nærliggende å tro at den ligger i et hensyn til politiet, nemlig det negative å skulle skjerpe politiets etterlevelse av kravene til forsvarlig etterforskning – en slag prevensjonsfundert, pønål reaksjon mot politi og påtalemyndighet”. Andersen konkluderer med at dette er i ”dårlig samsvar med en norsk rettstenkning”.

Andersens henvisning til norsk rettstenkning kan hensepile på hva som ble sagt om avskjæring av ulovlig ervervet bevis i Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker av 1969 s. 179¹⁶³. ”Etter komiteens mening lar det seg ikke gi noe generelt svar på spørsmålet om hvilken virkning prosessuelle feil bør ha for adgangen til å bruke et bevis. Hensynet til å motvirke ulovlige metoder fra politiets side som har spilt så stor rolle i amerikansk praksis, har under våre forhold ikke samme vekt. Mulige misbruk fra politiets side lar seg

¹⁶³ Det henvises til denne innstillingen i RT. 2000.1223.

mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken”.

Istedenfor peker Andorsen på et annet alternativ som nok må sies å harmonere mer med den tradisjonelle måten å håndtere ulovlig ervervet bevis på, nemlig at man sier at ”de beviser som ved slik etterforskning blir fremskaffet, kan det hefte så stor usikkerhet ved at retten vil vurdere å måtte avskjære dem” (Andorsen 2000). Standpunktet inntar også Kostveit. Han peker på at politiets provokative etterforskning ikke kan ”godtas hvor saken ikke er alvorlig nok eller hvor vilkåret om at det skal være vanskelig å nå fram med andre metoder ikke er oppfylt”. Han følger dette opp med å si at ”[n]år provokasjon er benyttet i strid med disse begrensningene kan det ikke bli tale om frifinnelse. Begrunnelsen for å frifinne ligger i at politiet har fremprovosert den handlingen tiltalen gjelder, og det er ikke tilfellet her. Beviset må anses for å være ulovlig innhentet, og problemstillingen blir om beviset skal avskjæres eller tillates ført” (Kostveit 1995). Disse synspunktene støttes av en rekke hensyn. Både straffeverdighetshensyn, effektivitetshensyn og hensynet til almenprevensjon taler for at dette er det mest hensiktsmessige løsningsalternativ. Dette samtidig som rettssikkerhetshensyn – særlig med tanke på faren for å misbruk og faren for å kriminalisere – gjør seg gjeldende med samme tyngde som for grunnvilkåret.

Når man snakker om etterforskning med provokasjonstilsnitt i forbindelse med handlinger som skal skje, vil man kunne ha en annen begrunnelse. Her vil beviset man søker fremskaffet manifesteres i utførelsen av den straffbare handlingen. Sammenligner man med et reellt bevismiddel, fremskaffet i forbindelse den straffbare handling, vil beviset i langt mindre grad la seg skille ut og holdes utenfor bevisbedømmelsen. Dette er et argument som kan anføres for at man istedenfor å avskjære beviset velger å frifinne når bevisene er mangelfulle og betenkelige.

Likevel vil jeg tillate meg å uttrykke en viss skepsis, slik som Andorsen i forhold til standpunktet Høyesterett har tatt vedrørende krenkelser av de formelle vilkår. Som Andorsen sier: ”Etter min mening er dette en lite tilfredsstillende rettstilstand. Høyesterett må kunne gå nærmere inn i dette spørsmålet i stedet for å vise til en ”ulovfestet frifinnelsesgrunn som minner om rettsstridsreservasjonen”” (Andorsen 2000).

Etter en vektlegging av de ulike hensyn ovenfor synes jeg derfor at den mest hensiktsmessige konsekvens av at de formelle vilkårene er krenket under en provokatov etterforskning er at de konkrete bevis som er ervervet i strid med vilkårene underkastes en avskjæringsvurdering etter de gjeldende prinsipper for bevisavskjæring.

7.6 Særlig spørsmål – Høyesteretts behandling av ankesaker

Særlig to forhold ved Høyesteretts praksis betinger en nærmere kommentar. For det første har Høyesterett vist en inkonsekvens ved behandlingen av ankesaker fra lagmannsretten i tilfeller hvor det er grunnvilkåret som påstås krenket. Andorsen har kalt denne inkonsekvensen en form for ”prosessuell dualisme” (Andorsen 2000). For det andre er har Høyesterett gått svært langt når domstolen har fastlagt hvilket grunnlag domstolen kan bygge på – i ankesaker hvor lagmannsretten har vært satt med lagrette.

7.6.1 Høyesteretts prøvelseskompetanse

Allerede i RT. 1992.1088 slo Høyesterett fast at spørsmålet om grunnvilkåret skulle anses krenket hørte inn under skyldspørsmålet. Med dette ble det også overlatt lagretten å foreta bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet i de mest alvorlige saker, jf. strprl. § 352 (1). På denne måten kan man se at Høyesterett var avskåret fra å vurdere bevisene i relasjon til skyldspørsmålet i relativt kompliserte saker.

I de fleste anker fra lagmannsretten vedrørende provokativ etterforskning vil de fleste saker være behandlet med lagrette på grunn av kravet til alvorlighet som tidligere er oppstillet av Høyesterett¹⁶⁴. I slike saker vil domsgrunnene for skyldspørsmålets vedkommende bare bestå i en henvisning til lagrettens kjennelse, jf. strprl. § 40 (1). Grunnlaget for ankebehandlingen for Høyesterett vil dermed knytte seg til hva lagmannen har uttalt i rettsbelæringen, lagmannens spørsmålsstilling til lagretten og lagrettens svar. I RT. 2000.1482 finner førstevoterende grunn til innledningsvis å kommentere rekkevidden av Høyesteretts prøvelseskompetanse. Han peker på at det i den tidligere praksis var antatt at ulovlig provokasjon, uansett om denne skyldtes krenkelse av grunnvilkåret eller de øvrige formelle vilkår, skulle føre til frifinnelse. ”Etter [hans] oppfatning [kunne] disse avgjørelser imidlertid ikke være til hinder for at spørsmålet om grensene for bruk av slike etterforskningsmidler er overskredet ses på som spørsmål om det foreligger *saksbehandlingsfeil*¹⁶⁵”. Som støtte for dette synspunkt pekte han på RT. 1984.1076 og RT. 1994.319. Det er dette som er grunnlaget for hva Andorsen kaller prosessuell dualisme. Man har tidligere fastslått at grunnvilkåret skal være en del av skyldspørsmålet, men

¹⁶⁴ Se ovenfor pkt. 5.2.2

¹⁶⁵ Min utheving.

behandler det praktisk sett som en saksbehandlingsfeil. Begrunnelsen for denne oppfatningen formuleres av førstevoterende ved at "[b]ruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder reiser viktige rettssikkerhetsmessige spørsmål, og det er derfor av stor betydning at Høyesterett har adgang til å kunne prøve fullt ut om vilkårene for bruk av slike metoder har vært overholdt. For at Høyesterett skal kunne foreta en effektiv prøvelse av om grensene for bruk av etterforskning med provokasjonstilnitt er overtrådt, må anke som er begrunnet med at grensene er overskredet behandles som anke over saksbehandlingen". Resultatet er i alle tilfeller at Høyesterett nå ikke lenger er avskåret fra å prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, men kan prøve alle sider av saken.

At Høyesterett her legger hovedvekten på rettssikkerhetshensyn kan det ikke være vanskelig å slutte seg til. Men det må være tillatt å hevde at denne prosessuelle dualismen kompliserer prosessen og skaper dårligere forutberegnlighet for de som anvender jussen. Om denne uttalte endringen av Høyesteretts praksis vil fremstå som like klar ved neste prinsipielle avgjørelse kan det knyttes en viss spenning til. Reelt sett må grunnvilkåret fortsatt systematisk sett kunne anses for å høre til skyldspørsmålet¹⁶⁶.

7.6.2 Høyesteretts grunnlag i avgjørelsen av skyldspørsmålet

Også i relasjon til et annet og noe kontroversielt spørsmål var RT. 2000.1482 aktuell. I RT. 2000.1223, som gjaldt en anke over lovanvendelsen, kom spørsmålet om hva Høyesterett faktisk kunne legge til grunn, på spissen.

Førstevoterende pekte på det sparsommelige grunnlag Høyesterett hadde når de skulle avgjøre skyldspørsmålet, som en følge av at lagmannsrettens domsgrunner bare bestod i den ovenfor nevnte henvisning til lagrettens kjennelse. I dommen viser førstevoterende til at det i teori og praksis¹⁶⁷ er antatt at man i anker til gunst for tiltalte har en noe videre adgang til å innhente dokumentasjon utenfor lagmannens protokollerte rettsbelæring. Behovet for å vektlegge rettssikkerhetshensynene er ikke like stort når det er snakk om å redusere straffen eller frifinne tiltalte. I første omgangs nevner førstevoterende muligheten for å legge vekt på *vitterlige kjensgjerninger*. Og både hensynet til sakens opplysning, rettssikkerhetshensynet og hensynet til tilliten til domstolene taler for en slik adgang. Men førstevoterende går lenger, og antyder at domstolen også skal kunne legge

¹⁶⁶ Andorsen 2000

¹⁶⁷ RT. 1999.379

vekt på hva han nevner som *uomtvistet faktum*. Her støter man imidlertid på flere betenkeligheter. Og det er disse betenklighetene førstevoterende i RT. 2000.1482 gir uttrykk for når han sier: ”Det kan imidlertid rettes tungtveiende prinsipielle innvendinger mot at omfanget av Høyesteretts prøvelseskompetanse skal være avhengig av hvorvidt partene kan samarbeide og enes og faktum”. Dette ble fremlagt som et argument for at man istedenfor skulle behandle påberopte feil ved grunnvilkåret som saksbehandlingsfeil. På denne måten ser man at de to spørsmålene er knyttet sammen i hverandre.

Jeg er imidlertid enig med førstevoterende i RT. 2000.1482 i at det ikke er heldig at partene, for de spørsmålene som ikke fremkommer av rettsbelæringen, spørsmålene fra lagmannen og lagrettens svar, skal kunne enes om hvordan det faktiske hendelsesforløpet har vært – for deretter å ”stille denne oppfatningen” til disposisjon for Høyesterett. Dette vil gi rom for en slags ”plea bargaining” som tidligere ikke har vært akseptert i norsk rett. Også hensynet til materielt riktige avgjørelser og hensynet til sakens opplysning taler for at man ikke tillater en slik supplering av faktum basert på partenes evne til å bli enige.

Litteraturliste

Juridisk litteratur

Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 7. utg. Oslo, 1994

Andenæs, Johs. *Norsk Straffeprosess, bind I*. 3. utg. Oslo, 2000

Andenæs, Johs. *Norsk Straffeprosess, bind II*. 3. utg. Oslo, 2000

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 4. utg. Oslo, 2001

Asp, Petter. *Straffansvar vid brottsprovokation*. 1. utg. Göteborg, 2001

Auglend, Ragnar L. *Politirett*. Ragnar L. Auglend, Henry John Mæland og Knut Røsandhaug 1. utg. Oslo, 1998

Axberger, Hans-Gunnar. *Brottsprovokation*. Juridiska fakulteten i Stockholm; Skriftserien nr. 25. Stockholm, 1989

Boe, Erik. *Innføring i juss, Bind 1; Juridisk tenkning og rettskildelære*. 1. utg. Oslo, 1993

Bjerknes, Ole Thomas. *Etterforskningslære for studenter ved Politihøgskolen*. Ole Thomas Bjerknes, Kai Egeland, Øyvind Eibakk, Gro Haaland og Torunn Kvitli. Oslo, 1998

Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 6 utg. ved Eivind Smith. Oslo, 1997

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 4. utg. ved Jan E. Helgensen. Oslo, 1997

Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 1. utg. Oslo, 2000

Hov, Jo *Rettergang I, Sivil- og straffeprosess*. 1. utg. Oslo, 1999

Hov, Jo *Rettergang II, Straffeprosess*. 1. utg. Oslo, 1999

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. 2. utg. Oslo, 2003

Slettan, Svein. *Forbrytelse og straff*. Svein Slettan og Torill M. Øye. 1. utg. Oslo, 1997

Artikler

Andersen, Kjell V. *Provokativ politietterforskning*. I: Jussens Venner 1/2001 s. 1 – 27

Dorenfeldt, L.J. *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?* I: Lov og Rett 1978 s. 291 – 301

Fause, Lars. *Bruk av provokasjon ved etterforskning av straffesaker*. Særavhandling UiT. Tromsø, 1991

Galtung, Cathrine H. *Ulovlig ervervet bevis i straffesaker*. Spesialoppgave UiO, 2000

Gammeltoft-Hansen, Hans. *Agent Controlleur*. I: TfR 1984 s. 89 – 131

Gammeltoft-Hansen, Hans. *Straffeprocessuelle tvangsinngreb*. København, 1981

Hagen, Lasse. *Bruk av provokasjon ved etterforskning av narkoforbrytelser*. I: Jussens Venner 1983 s. 201 – 210

Johnsen, Monica Kim *Etterforskning med provokasjonstilsnitt*. Spesialoppgave UiO. Oslo, 2001

Kallehaug, Hans. *Agent Provocateur*. I: UfR 1976 s. 1 – 7

Kostveit, Odd. *Ulovlig innhentede bevis i straffesaker; noen etterforskningsmetoder og læren om avskjæring av ulovlig innhentede bevis*. UiO, 1995.

Myhrer, Tor-Geir. *Vanlig og ekstraordinær*. I: Politiembdsmannens blad nr. 3/2003

Matningsdal, Magnus. *Grensen mellom skyld og straffespørsmål*. I: Jussens venner 1998 s. 273 – 299

Nissen, V. *Om utradisjonelle etterforskningsmetoder i narkotikasager*. I: UfR 1977 s. 401 – 406

Stigel, Ole. *Etterforsknings- og bevisspørsmål ved narkotikasager*. Ole Stigel...[et al.] Nordisk juristmøte, København, 1984

Forarbeider

Ot.prp.nr 35 (1978-79) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven)

Innst.O.nr 37 (1980-81) Innstilling fra justiskomiteen om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

NOU 1992:23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser

NOU 1997:15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet

Ot.prp.nr 64 (1998-99) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven mv (etterforskningsmetoder mv)

Innst.O.nr 3 (1999-2000) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.)

Rettspraksis

RT. 1952.1217 ”To mistenkelige personer”

RT. 1977.1035 ”Sykejournaldommen”

RT. 1984.1076

RT. 1986.779

RT. 1990.531

RT. 1991.616

RT. 1992.1088

RT. 1993.473
RT. 1994.319
RT. 1998.407
RT. 1999.272
RT. 1999.1269
RT. 2000.1223
RT. 2000.1345
RT. 2000.1482

Radermacher & Ferrer v. Tyskland Appl. No. 12811/87
Müller v. Austria Appl. No. 22463/93
Shazad v. Great Britain Appl. No. 34225/96
Klass mfl. v. Germany, A 28 (1978)
Khan v. UK, 12.05.2000 og P.G and J.H. v. UK (2001)
Lüdi v. Switzerland, A 238 (1992)
Texeiro de Castro v. Portugal RJD 1998 s. 1482

Instrukser

Riksadvokatens rundskriv av 13. februar 1989; ”Retningslinjer for etterforskningsmetoden
”Kontrollerte leveranser” i narkotikasaker”

Riksadvokatens rundskriv av 26. april 2000; ”Vederlag til politiets kilder og provokasjon
som etterforskningsmetode”

Riksadvokatens rundskriv av 9. september 2001; ”Midlertidige retningslinjer for
infiltrasjon og provokasjonslignende tiltak på internett”