

POLITIPROVOKASJON SOM ETTER- FORSKNINGSMETODE

**-BØR PROVOKASJONS-
REGLENE LOVREGULERES?**

Kandidatnummer: 544

Leveringsfrist: 26.11.07 H-07

Til sammen 17334 ord

26/11/2007

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-------|--|----|
| 1 | Innledning..... | 4 |
| 1.1 | Presisering av oppgavetema og avgrensninger..... | 4 |
| 1.2 | Begrepet politiprovokasjon..... | 7 |
| 1.3 | Forholdet til andre etterforskningsmetoder (nedre grense)..... | 7 |
| 1.4 | Hensyn bak reglene om politiprovokasjon..... | 9 |
| 1.4.1 | Hensyn til effektiv bekjempelse av kriminalitet og de skadevirkninger kriminalitet har..... | 9 |
| 1.4.2 | Faren for kriminalisering..... | 10 |
| 1.4.3 | Hensynet til den enkeltes frihet..... | 11 |
| 1.4.4 | Tillit til politiet..... | 12 |
| 1.4.5 | Konklusjon..... | 12 |
| 2 | Rettskildebildet..... | 13 |
| 2.1 | Lovhjemmel..... | 13 |
| 2.2 | Forarbeider..... | 14 |
| 2.3 | EMK..... | 14 |
| 2.3.1 | EMK Art 8..... | 15 |
| 2.3.2 | EMK Art 6..... | 16 |
| 2.4 | Riksadvokatens rundskriv..... | 18 |
| 2.5 | Høyesterettspraksis..... | 19 |
| 2.6 | Juridisk teori..... | 19 |
| 2.7 | Prosessuelle grunnkrav og strafferettslige prinsipper..... | 20 |
| 3 | Generelle bemerkninger knyttet til politiprovokasjon..... | 22 |
| 3.1 | Provokasjon som etterforskningsmetode..... | 22 |
| 3.2 | Typer av politiprovokasjon..... | 24 |
| 3.2.1 | Tiltaleprovokasjon..... | 24 |
| 3.2.2 | Avvergende provokasjon..... | 25 |
| 3.2.3 | Bevisprovokasjon..... | 25 |
| 4 | Vilkårene for bruk av politiprovokasjon (øvre grense)..... | 27 |
| 4.1 | Innledning..... | 27 |

| | | |
|-------|---|----|
| 4.2 | Materielle vilkår..... | 27 |
| 4.2.1 | Grunnvilkåret..... | 27 |
| 4.2.2 | Mistankevilkåret..... | 32 |
| 4.2.3 | Kriminalitetsvilkåret..... | 33 |
| 4.2.4 | Indikasjonskravet..... | 35 |
| 4.3 | Formelle vilkår..... | 36 |
| 4.3.1 | Krav til forenlighet med prosessuelle grunnprinsipper..... | 36 |
| 4.3.2 | Krav til beslutningskompetanse..... | 37 |
| 4.3.3 | Kontrollkravet..... | 38 |
| 4.4 | Vilkår for avvergende provokasjon..... | 39 |
| 5 | Rettsvirkningene av ulovlig politiprovokasjon..... | 41 |
| 5.1 | Hensyn for/imot straffrihet..... | 41 |
| 5.1.1 | Hensyn til gjerningsmannens straffeskyld..... | 41 |
| 5.1.2 | Rettsikkerhetshensyn..... | 41 |
| 5.1.3 | Hensynet til den almennelige rettsbevissthet..... | 42 |
| 5.1.4 | Hensynet til å motvirke ulovlig etterforskning..... | 42 |
| 5.2 | Når fører ulovligheten til straffrihet..... | 43 |
| 5.2.1 | Brudd på grunnvilkåret..... | 43 |
| 5.2.2 | Formelle feil..... | 43 |
| 5.2.3 | Overskridelse av forholdsmessighetskravet og indikasjonskravet..... | 44 |
| 5.3 | Rettsvirkninger for gjerningspersonen..... | 44 |
| 5.3.1 | Avvisning av saken..... | 45 |
| 5.3.2 | Frifinnelse..... | 46 |
| 5.3.3 | Bevisavskjæring..... | 47 |
| 5.4 | Straffeansvar for provokatøren..... | 48 |
| 5.4.1 | Agenten..... | 48 |
| 5.4.2 | Politiet..... | 49 |
| 6 | Bør politiprovokasjon som etterforskningsmetode lovfestes?..... | 51 |
| 6.1 | Historisk..... | 51 |
| 6.2 | Kommentarer til lovforslag i NOU 2004:6..... | 53 |
| 6.3 | Egne vurderinger | 57 |
| 7 | Litteraturliste..... | 62 |

1 Innledning

1.1 Presisering av oppgavetema og avgrensninger

Oppgavens tema er politiprovokasjon som en etterforskningsmetode. De sentrale problemstillingene blir hva som karakteriserer politiprovokasjon som etterforskningsmetode, samt hensynene som taler for og imot å anvende metoden. Videre hva som er de materielle og formelle vilkårene for å kunne utøve politiprovokasjon. Dernest hva rettsfølgene er av at politiet overskrider grensen for lovlig politiprovokasjon. Endelig skal jeg se på spørsmålet om lovfesting av politiprovokasjon.

Politiprovokasjon er en del av etterforskningen av en sak. Hjemmelsgrunnlaget for at politiet kan iverksette etterforskning, finner vi i straffeprosessloven (heretter strpl.) § 224. Etter § 224 første ledd er det tilstrekkelig at det foreligger « en rimelig grunn».¹ Etterforskning er definert som informasjonsinnhenting med nærmere angitte formål.² Hva formålet med etterforskningen skal være følger av strpl. § 226. Ved tradisjonell etterforskning mottar politiet en henvendelse, for dermed å ta kontakt med personer politiet mener kan bidra til å kaste lys over saken. Normalt sett retter etterforskningen seg mot lovbrudd som allerede er blitt begått, *reaktiv etterforskning*. Ved bruk av politiprovokasjon ser vi at dette ikke alltid er tilfelle. Etterforskning av antatt straffbare forhold kan således igangsettes *ex officio*, jfr. strl. § 224 første ledd.

I Rt. 1984 s. 1075 slo Høyesterett fast at det ikke kreves noen formell lovhjemmel ved etterforskning med provokasjonstilsnitt. Hva etterforskningen nærmere skal gå ut på, hvilke etterforskningsmetoder politiet kan bruke, krever ingen nærmere positiv lovregulering. Det følger av strpl. § 226 at de viktigste formålene med etterforskningen er å skaffe til veie de nødvendige opplysninger for å avgjøre spørsmålet om tiltale, tjene som forberedelse for rettens behandling og avverge eller stanse straffbare handlinger.

¹ Se også påtaleinstruksen § 7-4 første ledd.

² Se NOU 2004: 6 punkt 1.3.1 (s. 16).

Politiprovokasjon er en av politiets ekstraordinære og utradisjonelle etterforskningsmetoder. I denne gruppen finner vi etterforskningsmetoder som for eksempel infiltrasjon, romavlytting og telefonkontroll. Politiets adgang til å bruke ekstraordinære etterforskningsmetoder blir stadig utvidet. Politiet har de siste årene fått adgang til å bruke kommunikasjonskontroll, til å unnlate underretning om bruk av tvangsmidler og til å holde tilbake etterforskningsdokumenter. Dersom man har for øye at politiet ikke bare skal oppklare straffbare forhold som allerede er begått, men også søke å avverge lovbrudd som er i ferd med å begås, eller som man mistenker vil bli begått, er det naturlig å gi politiet en viss adgang til å komme lovovertrედelsene i forkant ved hjelp av visse, mer offensive etterforskningsmetoder enn de tradisjonelle.³

Politiprovokasjon er når politiet selv, eller med medhjelpere, går inn som deltakere i antatt kriminelle miljøer hvor straffbare handlinger blir begått, for å skaffe politiet informasjon om et hendelsesforløp. En politimann gir seg for eksempel ut for å være narkotikalanger for å skaffe bevis i en stor narkotikahandel. Hvis han kun er en passiv observatør, taler man om infiltrasjon. Men for å virke troverdig og vinne innpass i miljøet hender det at politimannen må ta en mer aktiv del i hendelsesforløpet, dette er politiprovokasjon. Akkurat hvor aktiv politiet kan være, vil være vesentlig i den videre fremstilling. Denne påvirkningen kan skje på flere måter, og kan forekomme enten før den straffbare handlingen er påtenkt av gjerningsmannen eller når han befinner seg på forberedelsestadiet eller på forsøksstadiet. Uavhengig av hvordan og når påvirkningen skjer, er det avgjørende at provokatøren på en eller annen måte har medvirket til handlingen.

Den mest typiske form for politiprovokasjon er tiltaleprovokasjon. Ved tiltaleprovokasjon skjer provokasjonen før den straffbare handlingen finner sted. Formålet er å reise tiltale for handlingen i etterkant. Mer om de forskjellige typer for provokasjon er å finne i pkt. 3.2.

Utviklingen innenfor narkotikakriminaliteten gjorde at metoden ble tatt i bruk fra slutten av 1970- tallet. Det er en klar forutsetning at metoder for å bekjempe kriminalitet må forankres i trusselbildet i tiden man lever i. Riksadvokatens⁴ oppfatning er at nye metoder, i form av tvangsmidler eller andre integritetskrenkende inngrep, kan bare forsvares dersom det foreligger en alvorlig kriminalitetstrussel som ikke kan

³ Andorsen, JV nr.1/2001 Provokativ polititetterforskning s. 3.

⁴ Se riksadvokatens høringsuttalelse til NOU 2004:6 s. 1.

bekjempes effektivt med de metoder som allerede står til rådighet for politi og påtalemyndighet. Kriminalitetstrusselen i dagens samfunn har blant annet gjort det nødvendig å tillate etterforskningsmetoder som telefon- og romavlytting. Det er klart at utviklingen innenfor de kriminelle miljøene aktualiserer behovet for å anvende utradisjonelle etterforskningsmetoder, som for eksempel provokasjon. I lukkede og profesjonelle kriminelle miljøer kommer ofte tradisjonelle etterforskningsmetoder til kort. For eksempel ser vi at narkotikakriminaliteten er preget av internasjonalisering, høyere grad av profesjonalitet hos de kriminelle når det gjelder å motvirke politiets etterforskning, god kunnskap om gjeldende etterforskningsmetoder og bedre kommunikasjonsmidler.⁵ Disse utviklingstrekk som skaper behovet for denne form for etterforskning forventes å forsterke seg i årene fremover.⁶

Politiprovokasjon kan ha flere formål. Provokasjon kan brukes til a) å forebygge eller avverge straffbare handlinger, b) for at politiet skal få kontroll over stjålne gjenstander og c) til slutt som etterforskningsmiddel for å avdekke en planlagt, påbegynt eller avsluttet straffbar handling.

Bruken av politiprovokasjon kan være lovlig eller ulovlig. Det at en politiprovokasjon karakteriseres som ulovlig innebærer nødvendigvis ikke at politiet har opptrådt klanderverdig. Grensen mot den ulovlige politiprovokasjonen, også kalt konstitutiv provokasjon, er et svært sentralt tema i det følgende.

Reglene om etterforskning beheftet med alvorlige mangler og betenkeligheter som fører til at det ikke er grunnlag for domfellelse vil ikke bli behandlet. Til slutt kan det nevnes at politiprovokasjon ikke må forveksles med provokasjon som straffefritaksgrunn, for eksempel ved legemsfornærmelse (strl. § 228, 3.ledd) og ærekrenkelse (strl. § 250). Politiet kan uten hensikt virke provoserende ved for eksempel utrykninger og opptøyer. Reaksjoner på dette fra deltagere i opptøyer, kan danne grunnlag for å pågripe han. Denne typen provokasjon faller klart nok utenfor denne oppgaven, da politiet i disse tilfellene ikke opptrer villedende, men gir seg til kjenne som politimenn. Det avgrenses for øvrig mot rettsvirkninger som ikke er av strafferettslig art .

⁵ NOU 1997:15 punkt 4.1.5 (s. 52).

⁶ NOU 2004:6 punkt 9.1.3.4(s. 163)

1.2 Begrepet politiprovokasjon

Naturlig språklig forståelse av begrepet politiprovokasjon tilsier at politiet fremprovoserer eller bidrar til at en straffbar handling blir begått. Det kan synes som begrepet provokasjon innebærer at politiet har gjort noe klanderverdig, i og med at ordet er noe negativt ladet. Dette vil den videre fremstilling vise at ikke nødvendigvis er tilfelle.

Politiprovokasjon er av riksadvokaten definert som «når politiet ved infiltrasjon eller bruk av personer påvirker straffbare handlinger som andre foretar seg, for å bedre sin kunnskap om eller kontroll med et hendelsesforløp.»⁷ Politimetodeutvalget har foreslått provokasjon som politimetode definert som «at politiet selv eller en som opptrer på politiets vegne utnytter en persons villfarelse for å blande seg styrende inn i et begivenhetsforløp som fører til at personen begår en straffbar handling eller en mer straffverdig handling.»⁸

Jeg vil legge politimetodeutvalgets definisjon som fremkommer av NOU 2004:6⁹ til grunn for den videre fremstilling.¹⁰ Begrepet politiprovokasjon vil i det følgende bli brukt om lovlig, såvel som ulovlig provokasjon.

1.3 Forholdet til andre etterforskningsmetoder (nedre grense)

Forholdet til de andre etterforskningsmetoder kan formuleres som metodens nedre grense. Dersom ikke alle vilkårene oppstilt av riksadvokaten og Høyesterett er oppfylt, har vi oftest med andre etterforskningsmetoder å gjøre.

Den første metoden det må avgrenses mot er spaning. Spaning er typisk observasjon mot et bestemt sted der politiet har en mistanke om at der er begått eller det forberedes en straffbar handling. I motsetning til bruk av provokasjon, forholder politiet

⁷ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 punkt III (s. 3)

⁸ NOU 2004: 6 punkt 1.3.8.7 (s. 24).

⁹ NOU 2004: 6 punkt 1.3.8.7 (s. 24).

¹⁰ Se punkt 3.1.

seg passive og observerende. Det foreligger ingen direkte kontakt mellom politiet og mistenkte. Politiet vil normalt sett ikke gi seg til kjenne ovenfor personen som observeres.

Også metoden betegnet som kontrollert leveranse ligger nært opp til provokasjon. Med kontrollerte leveranser menes at et parti ulovlige varer som for eksempel narkotika eller tyvegods som lokaliseres og kunne vært beslaglagt, tillates av politiet å bli transportert frem til mottakerne for at politiet skal kunne avdekke forbindelseslinjer og mottakerledd.¹¹ Forskjellen i forhold til provokasjon går på at også ved denne metoden er politiet observerende og ikke aktivt inne å påvirker hendelsesforløpet. I Rt. 1986 s. 779 kommenterte Høyesterett denne forskjellen. I denne saken samarbeidet politiet med en person politiet hadde anholdt for ulovlig innførsel av amfetamin. Han gikk med på å samarbeide med politiet for å avsløre mottakeren og utførte planen i henhold til de instruksjer han hadde fått av sin oppdragsgiver. Mottakeren ble dømt for medvirkning til innførsel av narkotika. Retten mente at politiets bruk av metode skilte seg fra provokasjon, ved at de viste til Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroindom I), og uttalte at politiets handlemåte hadde et fravær av deltagende element. Denne saken lå dermed nærmere opp til kontrollert leveranse, enn provokasjon.

Ved infiltrasjon tar politiet kontakt og går aktivt inn i selve miljøet. Også ved denne form for etterforskning får politiet opplysninger ved å holde sin identitet skjult. Infiltrasjon forutsetter at politiet aktivt oppsøker personen eller miljøet det ønskes opplysninger om. Det er således mange likhetstrekk med bruken av provokasjon. Grensen mellom disse to metodene går på grad av aktivitet. Ved provokasjon påvirker politiet gjerningsmannen mer aktivt til å foreta seg noe eller å komme med opplysninger.

Ved bruk av fristelse som politimetode (lokkedue) legger politiet ut agn for å friste den kriminelle, for eksempel ved å legge ut tilbud om salg av ulovlig våpen eller barnepornografi på nettet. I et eksempel fra Sverige plasserte politiet en ny motorsykkel i en gate i Stockholm der det var mistanke om organisert kriminalitet. Forskjellen fra provokasjon er at politiet ikke aktivt tar kontakt med noen personer, men nøyer seg med på forskjellige måter å legge til rette for en situasjon hvor noen blir

¹¹ NOU 1997 : 15 punkt 4.2.8.6 (s. 84)

fristet til å begå en straffbar handling.¹² Forsettet til å begå handlingen er fullstendig skapt av gjerningspersonen selv, politiet har bare tilrettelagt for fullførelsen av den straffbare handling. I likhet med bruk av provokasjon kan denne etterforskningsmetode fort virke kriminaliserende.

1.4 Hensyn bak reglene om politiprovokasjon

De ulovfestede straffefrihetsgrunnene vi opererer med i Norge er utviklet gjennom rettspraksis fordi det i visse tilfeller strider med gode hensyn å anvende straff selv om ikke lovgiver positivt har foretatt noen lovregulering. Det at urettmessig bruk av politiprovokasjon er en ulovfestet straffefrihetsgrunn innebærer at reelle hensyn er en viktig rettskilde på dette området.

Jeg vil i det følgende først se på hensyn for og imot bruk av politiprovokasjon som etterforskningsmetode, deretter under punkt 5.1. se på hensynene bak at bruk av provokasjon kan være en straffefrihetsgrunn.

1.4.1 Hensyn til effektiv bekjempelse av kriminalitet og de skadevirkninger kriminalitet har

Det mest tungtveiende hensyn som taler for å bruke politiprovokasjon som etterforskningsmetode er hensynet til å effektivt kunne bekjempe kriminalitet. Den stadig økende narkotikakriminaliteten, samt profesjonaliteten og organiseringen blant de kriminelle gjør at politiet må bruke nye metoder. I Ot.prp.60 (2004-2005) uttaler Justisdepartementet at kriminalitetsbildet har endret seg og at ”den enkelte borger har et sterkere behov for vern enn tidligere”. Videre sies det at ”dette tilsier at politiet bør gis bedre muligheter til å gripe inn i forkant og forhindre at alvorlige straffbare handlinger finner sted”. Det er ingen tvil om at bruk av politiprovokasjon er en av flere effektive metoder for å avdekke disse kriminelle miljøene, og få hentet inn bevis for en eventuell

¹² NOU 2004 : 6 punkt 7.5.2.1 (s. 84)

domfellelse. Eller som Rothenborg¹³ formulerer det: «Provokasjon som en oppsøkende metode, kan gi meget gode bevis til en etterfølgende straffesak.

Det at kriminelle har større sjanse for å bli tatt er i seg selv et hensyn som taler for bruk av politiprovokasjon. Især med tanke på at dette er en metode som brukes mot alvorlig kriminelle, som det er viktig å holde vekk fra samfunnet. En effektiv etterforskning vil således bedre vernet av den enkelte borger. Den form for kriminalitet som forsøkes avdekkes gjennom bruk av metoden, er en kriminalitet som har store skadevirkninger i samfunnet. Narkotikakriminalitet fører for eksempel med seg vold- og vinningsforbrytelser, samt hvitvasking av penger. I tillegg kommer store kostnader for samfunnet til behandling av narkomane.

1.4.2 Faren for kriminalisering

Ved bruk av provokasjon vil det være en fare for at politiet fremprovoserer en handling som ikke ellers ville blitt begått. Sagt med andre ord at politiet forårsaker en straffbar handling og således skaper kriminelle. Ettersom politiets påvirkning i tid kommer før den straffbare handling er begått, kan det forekomme situasjoner der gjerningsmannen i siste liten ville ha trukket seg fra den straffbare handlingen. Dette gjør provokasjon som politimetode til et betydelig misbrukspotensial.¹⁴ Ved tiltaleprovokasjon må dette hensynet tillegges betydelig vekt når rammene for provokasjon og virkningene av brudd skal trekkes. I forhold til bevisprovokasjon gjør ikke dette hensynet seg gjeldende, da den straffbare handlingen allerede er begått.

Det er flere momenter som er viktig for å nyansere forholdet til faren for kriminalisering. I de tilfelle der det er mistenkte som selv tar initiativet til den straffbare handlingen, tyder alt på at handlingen ville blitt gjennomført uten politiets inntreden. Også når mistenkte ved sin atferd viser en sterk vilje til å begå den straffbare handlingen, er det liten fare for kriminalisering av ellers lovlydige borgere.¹⁵ Hvis derimot politiet benytter overtalelse eller er særlig aktive, øker faren for kriminalisering.

¹³ Se Rothenborg UfR 1978 B s.83-85

¹⁴ Se Hopsnes, JV nr.2/2003 Provokasjon som politimetode s. 71.

¹⁵ Hopsnes (2003) s. 103.

Det foreligger også en fare for at politiet fremprovoserer straffbare handlinger for å kriminalisere bestemte personer. Misbruk av provokasjon kan føre til at metoden brukes til å få straffet og kanskje enda verre stigmatisert politiske eller personlige fiender.¹⁶ Denne faren for misbruk bør ikke være stor dersom det føres en effektiv kontroll med politiet og hederligheten i politiet er god. Likevel er det historisk sett som Hopsnes sier alltid en fare for at makt gir tilbøyelighet for misbruk.¹⁷

Det kan anføres at gjerningsmannen på grunn av provokasjonen ikke har utvist tilstrekkelig straffeskyld. Personer som har blitt lokket eller lurt til å utføre en straffbar handling er mindre å klandre enn den som på eget initiativ begår handlingen. Det må likevel etter min mening være sånn at enhver må selv stå til ansvar for sine handlinger, og er således forpliktet til å ikke begå straffbare handlinger, selv om det skulle vise seg at personen for eksempel er blitt oppfordret til å gjøre det.

1.4.3 Hensynet til den enkeltes frihet:

Privatlivets fred og frihet fra overvåkning fra politiet er rettsgoder som alle har rett til. Denne retten følger også av EMK (Europeiske menneskerettskonvensjon) art 8, som gir den enkelte rett til privatliv uten innblanding fra andre. Bruken av provokasjon vil ofte kunne føre til et inngrep i denne retten. Tidlig i etterforskningsstadiet vil ofte flere, også ikke-kriminelle, bli overvåket. Justisdepartementet¹⁸ har om dette uttalt at «et lavt overvåkningsnivå innebærer frihet som mange setter høyt. Dersom man ikke utvider politiets adgang til å gripe inn i forkant av straffbare handlinger, gir man imidlertid også spillerom for forbrytere til å begå grove forbrytelser, noe som kan gi mange lovlige samfunnsborgere en følelse av utrygghet og ufrihet.» Justisdepartementet mener altså at hensyn til følelsen av trygghet i samfunnet kan i visse tilfelle være viktigere enn retten til privatliv. Samtidig må det kunne sies at de kriminelle ikke kan sies å være beskyttelsesverdige i samme grad, da de gjennom sine handlinger opphever sin rett til beskyttelse av sitt privatliv.

¹⁶ Hopsnes (2003) s. 71.

¹⁷ Hopsnes (2003) s. 71.

¹⁸ Se Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) punkt 1.2 s. 8.

1.4.4 Tillit til politiet

I Rt 1984 s.1076 (Politiheroindom I) omtaler Høyesterett ”hensynet til den alminnelige tillit til politiet” som grunnlag for å oppstille skranker for politiets bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt. Det er av stor betydning at borgerne i samfunnet har tillit til politiet. En overdreven bruk av provokasjon, som fører til at borgerne føler at det er fritt frem for politiet å fremprovosere straffbare handlinger, vil skape en mistro til politiet.

En manglende kontroll med bruk av provokasjon, kan også skade tilliten mellom domstolen og politiet. Tvil om beviser og uklarheter omkring gjennomføringen, kan redusere vekten av bevisene politiet bringer til retten.¹⁹

1.4.5 Konklusjon

På tross av mange mothensyn er bruken av politiprovokasjon som etterforskningsmetode likevel en lovlig metode som brukes i økende grad. Det viser seg at hensynet til effektivt bekjempelse av den moderne kriminaliteten veier tyngst. De sterkeste hensyn taler også for at utilbørlig bruk av provokasjon fra politiets side bør kunne føre til frifinnelse for mistenkte. Særlig hensynet til rettsikkerhet er av avgjørende betydning. Se mer om dette under punkt 5.1. Det er likevel slik at mothensynene vil forutsette en grense for bruk av provokasjon som politimetode. En viktig hensyn i det henseende er prevensjonshensynet som innebærer at reglene må utformes på en måte som forhindrer overskridelse av grensene.²⁰ Brudd på reglene må sanksjoneres, også ovenfor provokatøren, i tillegg til at reglene selv gir et incitament til overholdelse.

¹⁹ Hopsnes (2003) s. 73

²⁰ Hopsnes (2003) s. 73

2 Rettskildebildet

2.1 Lovhjemmel

Straffeprosessloven § 224 første ledd gir adgang til å iverksette etterforskning når det er rimelig grunn til å tro at det foreligger en straffbar handling. Denne bestemmelsen regulerer kun en adgang til å iverksette etterforskning, og ikke nærmere hvilke metoder som kan anvendes.

Reglene for bruk av provokasjon som etterforskningsmetode er ikke lovfestet. I Norge tok man ved tilblivelsen av straffeprosessloven av 1981 det standpunkt at det på daværende tidspunkt ikke var grunn til å lovregulere etterforskningsmetoden politiprovokasjon. Det fremgår også av forarbeidene til straffeprosessloven at selv om bruken av provokasjon ikke er lovregulert, innebærer ikke dette et forbud mot anvendelsen av slike metoder under etterforskning.²¹ Dette standpunkt ble fastholdt da det i 1999 ble gjennomført en del endringer i straffeprosessloven.²² I Rt. 1984 s. 1076 ble mangelen på lovhjemmel drøftet, førstvoterende uttalte 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 grensen bør trekkes av domstolene i det enkelte tilfelle.» Dette synspunkt om at utradisjonelle etterforskningsmetoder ikke bør lovreguleres ble deretter fulgt opp i St. meld. nr. 65 (1991-92) og av Justiskomiteens flertall i Innst. S. nr. 14 (1992-93). Av mangelen på lovhjemmel og disse uttalelser fra Høyesterett selv er det klart at rettspraksis er den mest sentrale rettskilden.

Spørsmålet blir om mangelen på lovhjemmel reiser problemer knyttet til legalitetsprinsippet. Det er klart at legalitetsprinsippet på flere områder begrenser politiets handlefrihet. Legalitetsprinsippet tilsier at det kreves lovhjemmel dersom en handling har en inngripende karakter. Om dette uttalte førstvoterende i nevnte Rt. 1984

²¹ Se Ot.prp. nr. 35 (1978-79) s 179.

²² Andenæs, Norsk straffeprosess, s. 287.

s. 1076 at «i og for seg er det klart at enkelte etterforskningskritt representerer et slikt inngrep overfor den det rettes mot, at det ut fra legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel» og videre « det betyr selvsagt ikke at det ikke gjelder skranker for hvorvidt og under hvilke forutsetninger politiet har adgang til å gripe til ekstraordinære etterforskningsmetoder. I mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie». Det kan virke som at Høyesterett foreløpig har vurdert det dit hen at politiprovokasjon ikke har en slik inngripende karakter at det kreves hjemmel i lov.

2.2 Forarbeider

Reglene om politiprovokasjon er som nevnt ikke lovregulert. Man finner likevel relevante uttalelser om emne i forarbeidene til straffelovgivningen. I forslagene til lov, der iblant Ot. prp. nr. 35 (1978-79) og Ot.prp nr. 65. Også Metodeutvalgets utredninger i NOU 1997, samt Pedersenutvalgets²³ uttalelser i NOU 2004:6 er av interesse på dette rettsområdet.

2.3 EMK

Når lovligheten av bruken av politiprovokasjon skal vurderes må våre internasjonale forpliktelse tas i betraktning. Siden EMK er inkorporert i norsk lov, jfr. Menneskerettighetslovens (mrl) § nr. 1, gjelder konvensjonen som norsk rett. Ved motstrid mellom intern norsk rett og konvensjonen, går bestemmelsene i konvensjonen foran, jfr. mrl. § 3. I forhold til politiprovokasjon er det særlig EMK art 6 og art 8 som er av betydning.

²³ Pedersenutvalget oppnevnt ved kongelig resolusjon 6.juli 2001, NOU 2004:6.

2.3.1 EMK Art 8

EMK art 8, første ledd fastsetter at: ”Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”. Ordlyden tilsier at hver enkelt har rett til privatliv og frihet uten innblanding fra andre. I den grad provokasjonen gjør et inngrep i retten til privatliv fastsetter art 8, annet ledd at tre vilkår må være oppfylt. Denne bestemmelsen viser at vernet etter første ledd ikke er absolutt. Skal det gjøres inngrep i denne rettigheten må følgende vilkår være oppfylt: hjemmel i lov, det må være begrunnet i et relevant formål, og det må være nødvendig i et demokratisk samfunn. Et av de formål som etter artikkel 8.2 kan berettige inngrep i den personlige frihet er hensynet til å forebygge kriminalitet.²⁴ Det er således ikke tvil om at politiets inngrep for å hindre kriminalitet oppfyller formålskravet.

Videre må inngrepet skje med hjemmel i lov. Det er her en forskjell på vår internrettslige legalitetsprinsipp som innebærer at inngrepet må være forankret i formell lov, og EMK hvor dette ikke er noe absolutt krav.²⁵ Det ble slått fast av EMD i *Sunday Times mot Storbritannia*²⁶ at ordlyden « in accordance with the law» også omfatter hjemmel i sedvane og rettspraksis. Det er av Den Europeiske Menneskerettighets Domstol (heretter EMD) uttalt at det ikke er tilstrekkelig at det eksisterer en rettsregel. Det er også et krav om at regelen må være offentliggjort. Det er avgjørende at borgeren kan finne ut om han er i en posisjon som kan gi grunnlag for inngripen i privatlivet.

Det tredje vilkåret innebærer at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn. Dette innebærer et krav om forholdsmessighet. Det må være forholdsmessighet mellom mål og midler.²⁷ Det må således ikke være et misforhold mellom skaden og ulempen det forvoldes hos den det rammer, og inngrepets betydning, sakens alvor og karakter. Av riksadvokatens rundskriv²⁸ følger det at provokasjonen må fremstå som forholdsmessig i forhold til samfunnsødet den kriminelle handling utgjør.

Et viktig spørsmål blir om politiets bruk av provokasjon gjør et inngrep i retten etter første ledd?

²⁴ Se også NOU 1997: 15 s. 56.

²⁵ NOU 2004:6 punkt 4.3.5.3.2 (s. 37).

²⁶ EMD: *Sunday Times mot Storbritannia*. Klagesak: 6538/74.

²⁷ NOU 2004: 6 punkt 4.3.5.3.3 (s. 39).

²⁸ Se riksadvokatens rundskriv punkt 2.1 (s. 3).

Hopsnes skriver i sin artikkel at det ikke foreligger noen avgjørelser fra EMD som slår fast at provokasjon faller inn under EMK artikkel 8, første ledd.²⁹ At det ved bruken av provokasjon gjøres et inngrep i privatlivets fred fremstår som svært sannsynlig, men praksis viser at ikke all påvirkning er relevant. Praksis fra EMD viser at inngrep i privatlivet utelukkende er vernet dersom inngrepet er kvalifisert.³⁰ Det vil dermed bero på en konkret vurdering i den enkelte sak hvorvidt inngrepet er kvalifisert. Sentrale momenter som er trukket frem er intensiteten av politiets innblanding, om provokasjonen skjer i forbindelse med infiltrasjon, og varigheten av den provokative handlingen. I Rt. 2000 s. 1345 har retten trukket inn EMK art 8. Tiltaltes forsvarer anførte at fremgangsmåten til politiet var i strid med EMK art 8. Dette ble ikke tatt til følge da førstvoterende mente at politiets fremgangsmåte ikke utgjorde noe inngrep i privatlivets fred som var i strid med EMK art 8.

Mye tyder på at dersom provokasjonen foretas uten sterk mistanke og uten tilstrekkelig rettsikkerhetsgarantier, kommer art 8 til anvendelse. EMK art 8 blir av denne grunn viktig for politiet å ta i betraktning ved avgjørelsen om provokasjon skal tas i bruk. Det er videre viktig i vurdering av om provokasjon skal lovreguleres, å se på om vi overholder våre forpliktelser i henhold til EMK.

2.3.2 EMK Art 6

EMK artikkel 6 gir objektet rett til en rettferdig rettergang («fair... hearing»). Bestemmelsen er å regne som et generelt prinsipp om rettferdig rettergang. Bestemmelsen må tolkes med utgangspunkt i den naturlige forståelsen av ordlyden jfr. Wientraktaten art. 31 nr.1. Uttrykket ”fair hearing” skal forstås autonomt, det vil si uavhengig av hva man legger i det i de ulike konvensjonsstatene.

Rent språklig sett taler ordet «hearing» for at retten bare gjelder ved hovedforhandling hos domstolene, og ikke på etterforskningsstadiet. Bestemmelsen er i midlertidig forstått slik at det skal vurderes om prosessen som helhet er rettferdig («fair»). I og med at spørsmålet er om mistenkte har fått en rettferdig rettergang, setter art 6 bare begrensninger i forhold til bruk av tiltaleprovokasjon.

²⁹ Hopsnes (2003) s. 75.

³⁰ Hopsnes (2003) s. 75-76.

Især er bestemmelsen aktuell for føring av bevis innhentet ved bruk av provokasjon. Spørsmålet blir i det tilfelle om føring av beviset vil frata siktede retten til en rettferdig rettergang. I Rt. 1999 s.1269 (Verksbetjentsdommen) var spørsmålet oppe, her var tilståelsen fremskaffet ved provokasjon. Her ble tiltalte frifunnet, retten fant at ”fremgangsmåten som var benyttet, ikke i tilstrekkelig grad respekterte mistenktes rett til å forholde seg taus”. Retten mente i tillegg at føring av beviset ville representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått da beviset ble ervervet, og ble funnet å være i strid med EMK artikkel 6 nr.1.

Problemstillingen har også vært oppe for EMD. I saken Teixeira de Castro v. Portugal (1998) kom spørsmålet om politiprovokasjon opp i forhold til kravet om rettferdig rettergang jfr. art. 6(1). I denne saken hadde to sivilkledd politimenn kontaktet A, mistenkt for salg av narkotika, i håp om at han kunne føre dem til sin leverandør. Da politimennene ga seg ut for å være interessert i å kjøpe heroin, ledet A dem til B (Teixeira de Castro) . A dro da til B, skaffet 20 gram heroin, og ble arrestert ved overlevering til politimennene. EMD uttalte at det hovedsakelig er opp til nasjonal rett å regulere adgangen til bevisføring og at bevisvurderingen skal foretas av nasjonale domstoler. Det er et poeng her at EMD også vurderer etterforskningen, i og med at de uttaler at måten bevisene ble innhentet på kan ha innvirkning på om prosessen er «fair», jfr. art 6.

Det er bevisavskjæring som mest typisk vil være rettsvirkningen av et brudd på EMK art 6. Bevisavskjæring har en viktig preventiv effekt ovenfor politiet.³¹ Dersom bevisene politiet innhenter ikke kan føres under rettergangen, vil bruken av provokasjon være lite hensiktsmessig.

Utgangspunktet i norsk rett er prinsippet om fri bevisføring. Høyesterett har i liten grad vært opptatt av måten bevisene er ervervet på. Nevnte Rt. 1999 s 1269 (Verksmester-saken) tyder på at Høyesterett har fått mer fokus på forholdet til ulovlig ervervede bevis. I denne dommen ramses det opp flere momenter som er avgjørende for vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført. Her vektlegges især om føringen av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. EMDs praksis tyder på at dersom politiet ved innhenting av bevis samtidig krenker prosessuelle rettigheter som inngår i vernet etter EMK art 6, vil beviset bli avskåret. Dette var nettopp tilfelle i Rt. 1999 s. 1269 der

³¹ NOU 2004:6 punkt 4.4 (s. 40).

tiltaltes rett til å forholde seg taus ble ansett brutt. Av EMDs foreløpige avgjørelser er det ingenting som tyder på at norsk rett ikke er i samsvar med de krav EMD har oppstilt i forhold til EMK art 6.

2.4 Riksadvokatens rundskriv

Riksadvokaten, som overordnet leder av påtalemyndigheten (jfr. strpl. § 56, 2.ledd) ga i 1980 en instruks om bruk av provokasjon i narkotikasaker³². Instruksene inneholdt retningslinjer som innskrenket politiets adgang til å bruke provokasjon som etterforskningsmetode. Disse er senere blitt endret, og hovedpunktene er også å finne i i NOU 1997: 15.³³ Her finner vi grunnvilkåret (som også gjelder ved all annen etterforskning) nemlig at det ikke aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått. Dette grunnvilkåret suppleres ved det som populært kalles riksadvokatens 8 punkter. Av disse punktene følger det blant annet at beslutningen om å ta i bruk provokasjonslignende tiltak treffes av politimesteren (samtykke innhentes fra statsadvokaten). Det skal foreligge sterk mistanke mot en eller flere personer. Videre må vanlig, tradisjonell etterforskning anses lite hensiktsmessig. Riksadvokaten har også oppstilt et ufravikelig krav om at det skal foreligge en plan som dekker enhver fase i utviklingen av etterforskningen. Riksadvokatens punkter gjelder i utgangspunktet kun ved etterforskning av narkotikasaker. Riksadvokaten kan i enkelte tilfelle godkjenne tilsvarende metoder ved annen form for kriminalitet.

I 2000 ble instruksene erstattet av et rundskriv gitt av riksadvokaten, Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 av 26 april. Rundskrivet inneholder rene instruksjoner samt en teoretisk redegjørelse av metoden generelt og ikke bare i narkotikasaker. Grensen som er blitt trukket opp i riksadvokatens rundskriv utgjør grensen for hvor langt politiet kan gå ved bruk av provokasjon som politimetode. Dette rundskrivet setter opp materielle (hva politiet kan foreta seg), prosessuelle (utførelsen av provokasjon) og personelle skranker (hvem som kan ta beslutningen). I dette rundskriv åpner

³² Riksadvokatens rundskriv av 1980

³³ NOU 1997: 15 punkt 4.2.8 (s. 83-84).

riksadvokaten for bruk av metoden i saker om seksuelle overgrep mot barn og spredning av barnepornografi.

Den rettskildemessige betydning (vekt) et rundskriv fra riksadvokaten har kan diskuteres. Et rundskriv er normalt sett ikke en av de «tyngre» rettskildene vi har. Det er likevel slik at reglene om politiprovokasjon er utviklet i samarbeid mellom riksadvokaten og domstolene. Rundskrivet bygger i stor grad på gjeldende rettspraksis frem til år 2000. Vi ser også at Høyesterett hyppig henviser til riksadvokatens rundskriv i saker om politiprovokasjon. Høyesterett uttaler selv i *Politiheroindom I* (Rt. 1984 s. 1076) at rundskrivet « har karakter av en instruks fra overordnet påtalemyndighet til tjenestemennene. Domstolen er selvsagt ikke bundet av retningslinjene, men må prøve dem mot de alminnelige rettsprinsipper som gjelder på dette felt ». Det virker likevel, som tidligere nevnt, som om at rundskrivet har vært av stor betydning for Høyesteretts regeldanning på dette området.

2.5 Høyesterettspraksis

Det at adgangen for politiet til å anvende provokasjon ikke er lovregulert, medfører at Høyesteretts uttalelser er av stor betydning. Det er rettspraksisen, i tillegg til riksadvokatens rundskriv som har trukket opp grensene for politiets adgang til å ta i bruk provokasjon som politimetode. Riksadvokatens rundskriv er ikke bindende for domstolene, slik at brudd på riksadvokatens rundskriv trenger ikke å bli tillagt noen betydning. Den grunnleggende avgjørelsen, som domstolene stadig viser til, er Rt. 1984 s.1076 (*Politiheroindom I*). Den nyeste dommen om politiprovokasjon i Høyesterett ble avsagt i Rt. 2007 s. 268.

2.6 Juridisk teori

Det kan ikke sies å foreligge omfattende juridisk litteratur om temaet politiprovokasjon. Dette kan skyldes at det er en relativt ny etterforskningsmetode.

En artikkel i *Lov og Rett* av fra 1978 er den eldste relevante litteraturen jeg har

funnet. Deretter har det blitt skrevet to artikler av henholdsvis dr.juris Kjell Andorsen (2001) og lektor Roald Hopsnes (2003), som jeg viser til i denne oppgaven.

I lærebøkene ved universitetet er politiprovokasjon som etterforskningsmetode skrevet om i korte avsnitt og ikke på en spesielt utfyllende måte.

2.7 Prosessuelle grunnkrav og strafferettslige prinsipper

Det norske rettssystem bygger på ulovfestede grunnkrav som går ut på at straffeforfulgte har krav på rettsikkerhet og en betryggende, hensynsfull og tillitvekkende prosess.³⁴ I tillegg vil en del straffeprosessuelle prinsipper sette skranke for bruken av provokasjon som politimetode. Dette er skranke som politiet må ta stilling til når de anvender provokative politimetoder.

Et av de mest sentrale prinsipper er forholdsmessighetsprinsippet som setter en skranke for politiets mulighet for inngripen ovenfor borgerne. Av riksadvokatens rundskriv følger det at provokasjonen må fremstå som forholdsmessig i forhold til samfunnsødet den kriminelle handling utgjør. Høyesterett uttaler om dette i Rt. 1993. s. 473 at «ved bedømmelsen av om det dreier seg om slik 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.» Forholdsmessighetsprinsippet følger også av straffeprosessloven § 170 a. Dette prinsipp innebærer at i de tilfelle det finnes alternative midler, må det ikke brukes sterkere midler med mindre de svakere forgjeves er forsøkt, eller må anses som åpenbart utilstrekkelige. Samtidig må det ikke være et misforhold mellom skaden og ulempen det forvoldes hos den det rammes, og inngrepets betydning, sakens alvor og karakter.³⁵ Andre momenter som må tas med i vurderingen av om det foreligger forholdsmessighet er hvor sannsynlig det er at den straffbare handling ellers vil skje (ved forebyggende provokasjon), hvor lenge det skal pågå, i hvilken utstrekning utenforstående rammes, samt utsiktene for å lykkes med provokasjonen.

³⁴ Se Andenæs, Norsk straffeprosess (2000) s. 2.

³⁵ NOU 1997: 15 punkt 1.4.7 (s. 54).

Vi finner videre prinsippet om likebehandling for all offentlig myndighetsutøvelse. Prinsippet innebærer at myndighetsutøveren (politiet i vårt tilfelle) skal være upartisk og saklig. Politiet er forpliktet til ikke å vektlegge utenforliggende hensyn.³⁶

³⁶ NOU 1997: 15 punkt 4.1.8 (s. 54).

3 Generelle bemerkninger knyttet til politiprovokasjon

3.1 Provokasjon som etterforskningsmetode

Det er noen viktige trekk som må foreligge for at vi kan si at politiet har utøvd provokasjon som etterforskningsmetode. I NOU 2004: 6³⁷ beskrives politiprovokasjon på denne måten: «Med provokasjon forstås det at en polititjenestemann eller en som opptrer på vegne av politiet tar kontakt med en person og utnytter hans villfarelse om hvem han har med å gjøre, til å blande seg styrende inn i et begivenhetsforløp som fører til en straffbar handling eller til en mer straffverdig handling.» Det første som må utdypes nærmere er hvem som kan provosere frem, altså være provokatøren. Det tradisjonelle er at politiet selv er provokatørene. Det følger dog av en rekke dommer at andre enn politiet selv kan opptre som provokatører. Et grunnkrav er likevel at medhjelperne må kunne identifiseres med politiet dersom det skal foreligge en politiprovokasjon. I HR-2006-00223-A var en medfange provokatøren. Førstvoterende uttalte om medfangeren: «men han tok her på seg ei rolle for politiet og må da identifiserast med politiet». Medfangeren handlet på vegne av politiet og må derfor kunne identifiseres med politiet. I Trondheimsaken³⁸ var medhjelperen en narkoman kvinne. Det interessante i denne saken var at medhjelperen gikk utenfor avtalen hun hadde med politiet. Høyesterett mente her at medhjelperens provokasjonshandlinger tilskrives politiet selv i de tilfelle medhjelperen går utenfor den interne avtalen med politiet. Det samme var tilfelle i sak fra tingretten³⁹ der politiet hadde gitt klar instruks om at medhjelperen, en securitasvekker, ikke måtte gi flere opplysninger til gjerningsmannen enn han på forhånd kjente til. Vekteren ga ut mer informasjon enn instruksjonen fra politiet tilsa, uten at politiet var klar over dette. Retten kom under tvil frem til at vekteren likevel måtte identifiseres med politiet. I Rt. 1999 s. 531 tilhørte medhjelperen samme

³⁷ Se NOU 2004: 6 punkt 1.3.8.7 (s. 24).

³⁸ Rt. 2000 s. 1223.

³⁹ TOSLO-2005-88857

miljø som gjerningsmannen. Medhjelperen hjalp politiet med å avdekke en bombeaksjon mot et asylmottak. Hopsnes skriver at for identifikasjon er det tilstrekkelig at politiet har en avtale med medhjelperen om at han skal følge politiets ordre.⁴⁰

Det er en forutsetning at det har vært kontakt mellom politiet og mistenkte. Kravet er klart nok oppfylt ved fysisk møte eller direkte kommunikasjon med mistenkte. Av juridisk litteratur⁴¹ følger det at det avgjørende er om politiet har påvirket mistenkte, hvilket innebærer at også skriftlig kommunikasjon kan være tilstrekkelig. Grensen må trekkes mot passiv påvirkning, for eksempel lokkedue tilfeller. Det at politiet legger til rette situasjonen eller frister mistenkte er ikke nok for å kunne si at det har vært kontakt mellom politiet og mistenkte. Eksempelvis er det at politiet oppretter en Internett-adresse med muligheter til å laste ned bilder med barnepornografi, ikke nok til å si at det foreligger kontakt.

Det er videre er krav om villfarelse hos den som utsettes for provokasjonen. I alle dommer fra Høyesterett som har behandlet politiprovokasjon, har tiltalte vært i villfarelse om politiets tilstedeværelse og plan.⁴² Det foreligger minimal fare for at politiet kan kriminalisere en ellers lovlydig person uten at det foreligger villfarelse.

En problemstilling som kan oppstå er hvilken plikt politiet har til å gripe inn, dersom de blir oppmerksomme på andre straffbare forhold som foregår eller er i gjære. Især hvis dette vil gå på bekostning av den sak som etterforskes. Utgangspunktet er at politiet har ingen ubetinget plikt til å reagere på alle straffbare forhold de kommer over. Det må i disse tilfelle bero på en interesseavveining, hvor man kan la være å reagere på enkelte straffbare forhold hvis man på det vis antar å kunne avdekke mer alvorlige eller flere forhold senere.⁴³

⁴⁰ Hopsnes (2003) s. 82.

⁴¹ Hopsnes (2003) s. 82.

⁴² Hopsnes (2003) s. 82.

⁴³ Se NOU 1997: 15 punkt 4.2.8.2 (s. 81-82).

3.2 Typer av politiprovokasjon

I riksadvokatens rundskriv opereres det med tre typer provokasjon, dette er tiltaleprovokasjon, bevisprovokasjon og provokasjon som avvergende middel (reddende middel). Inndelingen er basert på formålet med provokasjonen. Formålet med tiltaleprovokasjon er å reise tiltale for handlingen i etterkant. Metoden er å regne som en forebyggende metode som anvendes i forkant av forbrytelsen. Bevisprovokasjon er en form for tiltaleprovokasjon. Ved bevisprovokasjon er den straffbare handlingen allerede begått. Her brukes provokasjon av politiet for å fremskaffe bevis for den straffbare handlingen. Det er dog flere eksempler på at de andre metoder også har resultert i en tiltale. Politiets formål ved avvergende provokasjon er å forebygge en uheldig utvikling. Samt at politiet ønsker å minimere og avverge konsekvensene av en straffbar handling. Hvis provokasjonen utelukkende tjener til å stanse, avbryte, forebygge eller gjenopprette betegnes det som avvergende provokasjon.⁴⁴

Det er ulike vilkår for de forskjellige typer av provokasjon. Vilkårene vil gjøres rede for i punkt 4.

3.2.1 Tiltaleprovokasjon

Tiltaleprovokasjon er den mest typiske form for politiprovokasjon. Grunnvilkåret om at politiet ved sin fremferd ikke må ha fremprovosert den straffbare handlingen, er helt absolutt ved denne form for provokasjon. Dette grunnvilkåret skiller tiltaleprovokasjon fra bevisprovokasjon. Ved tiltaleprovokasjon skjer provokasjonen før den straffbare handlingen finner sted. Et vanlig eksempel er at politiet gjennom infiltrasjon i et kriminelt miljø gir seg ut for å være kjøper av et narkotikaparti, for å få i stand en handel med mistenkte. Faren for kriminalisering og misbruk er stor ved denne form for provokasjon fra politiet.

⁴⁴ Hopsnes (2003) s. 86.

3.2.2 Avvergende provokasjon

Et typisk eksempel på avvergende provokasjon er når politiet fremprovosere salg av narkotika for å hindre at det kommer ut i markedet. Metoden kan også anvendes for å få hånd om en gjenstand som en person er i ulovlig besittelse av.

I Skriksaken (Rt. 1998 s. 407) fremprovoserte politiet heleri av Skrik-maleriet for å redde det fra ødeleggelse og for å få det tilbake til eieren. Dette er et eksempel på provokasjon som en redningsaksjon. Provokasjonen i Skriksaken ble forøvrig ansett ulovlig. Hensynene mot bruk av politiprovokasjon gjør seg ikke i samme grad gjeldene ved denne form for provokasjon. I og med at politiet ikke tar ut tiltale, gjør ikke kriminaliserings- og misbrukshensynet seg gjeldende med samme styrke.⁴⁵ Faren for et inngrep mot retten til å være i fred er langt mer begrenset ved denne form for provokasjon. Dette fører igjen til at vilkårene for avvergende provokasjon ikke er like strenge som ved tiltaleprovokasjon. At vilkårene ikke er de samme ble slått fast i Rt. 1998 s. 407 (Skriksaken) , der en mellommann tilbød politiet å kjøpe tilbake et stjålet maleri. Høyesterett uttalte at « som redningsaksjon var politiets handlemåte vellykket, og jeg ser ikke noe ulovlig eller urettmessig ved den som redningsaksjon betraktet.» Høyesterett aksepterte altså at politiet fremkalte en straffbar handling for å få maleriet tilbake. Tiltalte ble likevel frifunnet fordi handlingen var fremprovosert.

Konklusjonen må være at i de tilfelle provokasjon utelukkende brukes for å avverge eller redde en gjenstand, gjelder ikke grunnvilkåret.

3.2.3 Bevisprovokasjon

Bevisprovokasjon er en spesiell form for tiltaleprovokasjon. Ved bevisprovokasjon gjør ikke faren for kriminalisering og misbruk seg gjeldende på samme måte, da den straffbare handlingen allerede er begått. Det må kunne sies at den som allerede har begått en straffbar handling ikke har samme krav på vern om sin private sfære. Et typisk eksempel på bevisprovokasjon var saken om sprengningen av Bandidos klubblokaler i

⁴⁵ Se NOU 2004: 6 punkt 7.5.3 (s. 88).

Drammen. Her fremprovoserte politiet en tilståelse ved å la en svensk infiltratør gi seg ut for å være presidenten for Hells Angels i Stockholm.

Metoden bevisprovokasjon kan reise betenkeligheter i forhold til retten til å forholde seg taus, jfr. Rt. 1999 s. 1269. Førstvoterende uttalte i denne saken om bevisprovokasjon at ”Etter min oppfatning antar provokasjonshandlinger som tar sikte på å fremskaffe beviser for straffbare handlinger som er begått, så forskjellig karakter, at det ikke kan oppstilles felles retningslinjer for når slike provokasjonshandlinger kan aksepteres som lovlige etterforskningskritt.” I Rt. 2000 s. 1345 gjaldt saken oppbevaring og salg av heroin. Her uttales det om bevisprovokasjon at det «må bero på en konkret vurdering, og det er neppe mulig eller formålstjenlig å angi generelt når en slik fremgangsmåte er lovlig».

Et problem er de tilfelle der bevisprovokasjonen samtidig medfører at en ny straffbar handling blir begått. For eksempel kan bevisprovokasjon i forhold til oppbevaring av narkotika (strl. § 162), være provokasjon i forhold til et salg.⁴⁶ Her har likevel Høyesterett godtatt at det fremprovoseres en avtale om salg av narkotika, for senere å reise tiltale mot selger for oppbevaring, se Rt. 1992 s. 1088.

Konsekvensen av ulovlig bevisprovokasjon er i utgangspunktet bevisavskjæring.

⁴⁶ Se NOU 2004: 6 punkt 7.5.4 (s. 88).

4 Vilkårene for bruk av politiprovokasjon (øvre grense)

4.1 Innledning

Utgangspunktet er at politiprovokasjon er en lovlig metode politiet kan benytte seg av. Så lenge politiet holder seg innenfor begrensningene, er det et lovlig provokasjon som ikke kan føre til straffrihet for tiltalte. Begrensningene ser vi i form av materielle og prosessuelle vilkår. Vilråene er kumulative, de må alle være oppfylt for at provokasjonen skal være lovlig. Disse vilråene er blitt utarbeidet gjennom riksadvokatens rundskriv og rettspraksis. Dette i form av at riksadvokaten har utarbeidet vilkår for bruken av provokasjon som politimetode, mens rettspraksis har trukket opp grensene for bruken av politiprovokasjon. Det fremgår av det følgende at vilråene for bruk av provokasjon er forskjellig avhengig av om provokasjonen brukes som en etterforskningsmetode eller for å forebygge. Den øvre grensen for provokasjon trekker altså opp rammene for hvordan politiet kan bruke tiltaleprovokasjon, dets rettslige skranker.

4.2 Materielle vilkår

4.2.1 Grunnvilkåret

Det grunnleggende vilkår for etterforskningsmetoden politiprovokasjon er at politiet gjennom provokasjonshandlingen ikke må gi foranledning til en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått.⁴⁷ Naturlig språklig forståelse av uttrykket tilsier at politiet ikke kan være den fremprovoserende part ved gjennomføringen av den straffbare handlingen. Politiet kan for eksempel ikke ta initiativ til salg av et stort narkotikaparti, og deretter arrestere sine «med-langere». Dorenfeldt var den første som formulerte et

⁴⁷ Riksadvokatens rundskriv nr 2/2000 punkt 2.1 (s. 3).

grunnvilkår i sin artikkel fra 1978, hvor han skriver: ”Men i intet land har man akseptert at politiet selv eller ved hjelp av medvirkere tilskynder en person til å begå en straffbar handling han ellers ikke ville begått. Her går det en helt sikker grense....”⁴⁸ Dette ble fulgt opp i riksadvokatens rundskriv fra 1980. Høyesterett la til grunn at et slikt vilkår må gjelde i Rt.1984 s. 1076 (Politiheroin 1). Her formulert som at det kan ikke «aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.»

Vilkåret kan deles i to: politiet må ikke fremkalle en «straffbar handling», i tillegg må det foreligge årsakssammenheng mellom politiets innblanding og den straffbare handlingen.

Politiet må ikke fremkalle en «straffbar handling»

Det avgjørende blir om politiet har fremkalt betingelsene i straffebudets gjerningsbeskrivelse. Den straffbare handling må naturligvis søkes i den aktuelle straffebestemmelse da det er denne som angir de faktiske forhold. For eksempel i forhold til strl. § 162 (1) innebærer en positiv avgrensning at politiet ikke kan være årsak til at gjerningspersonen tilvirker, innfører, utfører, erverver, oppbevarer, sender eller overdrar narkotika. Vi kan tenke oss et tilfelle der en langer tilbyr en sivilkledd politimann narkotika uten at han har oppfordret til, og politimannen aksepterer tilbudet. Det at politimannen aksepterer, innebærer egentlig at politimannen er årsaken til at gjerningsmannen «overdrar» narkotika. I disse tilfelle har Høyesterett imidlertid uttalt at grunnvilkåret kan ”ikke strekkes så langt at det anses som ulovlig provokasjon om en politimann aksepterer et tilbud om kjøp av narkotika”.⁴⁹

Årsakssammenheng

I teorien er grunnvilkåret betegnet som et krav til årsakssammenheng mellom etterforskningsinngrepet på den ene siden og forbrytelsen på en annen side.⁵⁰

⁴⁸ Se Dorenfeldt, Lov og rett (1978) s. 294.

⁴⁹ Rt. 2000 s.1223 Trondheimsaken (s. 1227).

⁵⁰ Andorsen (2001) s. 7.

Spørsmålet blir om forbrytelsen ville blitt begått, hvis man tenker seg etterforskningsinngrepet borte. Ville forbrytelsen likevel bli begått, er provokasjonshandlingen lovlig. Denne betingelseslære er lagt til grunn i flere Høyesterettsdommer, der i blant Rt. 1998 s. 407 (Skriksaken) der flertallet benyttet seg av betingelseslæren. Førstvoterende uttalte at «om politiets aksjon tenkes borte, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført.» Tiltalte ble frifunnet på grunnlag av at grunnvilkåret ikke var oppfylt.

I Rt. 1984 s. 1074 (Politiheroindom I) tok Høyesterett også utgangspunkt i betingelseslæren, men la til et tilleggskrav om at dersom politiets påvirkning er for ”fjern og indirekte” kan ikke årsakskravet sies å være oppfylt. I nevnte dom, Rt. 1984. 1074, ble en kurer innblandet som følge av at politiet endret leveringsstedet fra København til Norge. Etter betingelseslæren synes det klart at politiet var årsak til den straffbare handling. Førstevoterende uttalte imidlertid at: «politiets mulige bidrag til at A ble trukket inn i saken, er for *fjern og indirekte* til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forhold fra hans side. Hvordan stoffet skulle distribueres i Norge, var et spørsmål som lå utenfor politiets innflytelse og kontroll.»

I Rt. 2000 s.1482 ble to engelskmenn pågrepet ved grensen mellom Norge og Sverige med 199 kilo hasj. Gjerningsmennene sa seg villig til å samarbeide med politiet for å pågripe mottakeren av hasjpartiet. Overleveringen skulle avvikles under politiets oppsikt. Under leveringen fikk mottakeren mistanke om at politiet var etter dem, og stakk av før overlevering var skjedd. Politiet overtalte da engelskmennene om å kontakte sin oppdragsgiver i Nederland og fortelle at mottakeren hadde trukket seg. Oppdragsgiveren ordnet så en ny mottaker, som ble pågrepet av politiet. Spørsmålet var om politiets handlemåte kunne aksepteres som lovlig og danne grunnlag for domfellelse. Her mente førstvoterende at det var ikke politiets, men oppdragsgiverens handling som var styrende for hendelsesforløpet, siden det var han som valgte å kontakte en ny mottaker. Førstvoterende uttaler i den forbindelse «for at politiet skal anses å ha fremkalt handlingen, er det ikke tilstrekkelig at den ikke ville ha blitt begått dersom politiets opptreden i saken tenkes borte. Som Høyesterett påpeker i Rt. 1984 s.1076 på side 1083, kan politiets mulige bidrag til at tiltalte ble trukket inn i saken, være ”for fjernt og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forhold fra hans side.» Det viser seg at man ikke utelukkende kan bygge på betingelseslæren som et årsakskrav. Årsakskravet er ikke oppfylt hvis politiets bidrag er

for fjern eller indirekte, selv om den er en nødvendig betingelse for den straffbare handling.

Er der praktisk mulig for politiet å fremprovosere, uten i noen grad å påvirke den straffbare handlingen? Både Høyesterett og Riksadvokaten har åpnet for at politiet kan påvirke enkelte aspekter ved handlingen, som visse endringer i tid, sted og utførelse av den aktuelle forbrytelsen. Dette er uttalt i en rekke dommer, for eksempel Rt. 1984 s. 1076 hvor det uttales ”I utgangspunktet er etterforskning med provokasjonstilsnitt bare berettiget når politiet måtte legge til grunn at den straffbare handlingen ville ha blitt begått også uavhengig av dets rolle i begivenhetsforløpet. Men det må etter min mening godtas at politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse”.⁵¹ Høyesterett mener nok at denne form for påvirkning ikke har nok å si i forhold til gjerningsmannens vilje til å begå forbrytelsen.

Det at «visse» endringer i tid må godtas, innebærer at ikke enhver endring i tid kan godtas. Et eksempel kan være når politiet ikke rekker å forberede seg godt nok i forhold til det allerede avtalte tidspunktet for overlevering av et narkotikaparti. Så lenge tidsforskyvningen ikke blir for stor, er dette noe som godtas.⁵² I Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroindom I) aksepterte Høyesterett en slik ending i tid. Her ble det uttalt: «De domfelte har også bebreidet politiet at man gav uttrykk for å være under tidspress, og søkte å fremskynde leveringen. I betraktning av risikoen for at leverandørene skulle få kjennskap til at D var i varetektsfengsel, finner jeg det imidlertid rimelig at politiet ønsket overleveringen avvirket så snart som mulig.” I tilfeller der politiet for eksempel fremskynder en overlevering av narkotika er situasjonen noe mer uklar. Faren her er at politiet, gjennom å fremskynde tidspunktet for den kriminelle handlingen, tar gjerningsmannen fra stadiet for straffefri forberedelse over til forsøk eller fullbyrdelse av straffebestemmelsen. Gjerningsmannen kan sies å ha blitt frarøvet tid til å ombestemme seg. Denne form for kriminalisering, taler for at grunnvilkåret ikke er oppfylt. Selv om endring i tid i utgangspunktet må aksepteres, er det tydelig at det må foretas en konkret vurdering av hvert tilfelle.

I forhold til endring av sted, er det sikker rett at dersom stedet for den straffbare handlingen må endres på grunn av politiets etterforskning, er det uten betydning. Et eksempel kan være at politiet overtaler gjerningsmannen til å overlevere

⁵¹ Rt. 1998 s. 407 (s. 410).

⁵² Andorsen (2001) s. 9.

narkotikapartiet på Tøyen istedenfor Bislett. Et problem som kan oppstå ved endring av det opprinnelig stedet er at det indirekte kan bidra til å trekke andre personer inn i handlings komplekset. I Rt. 1984 s. 1076 var nettopp dette tilfelle. Her kom Høyesterett likevel frem til at politiets årsaksbidrag (endring av stedet) var for fjern og indirekte til å kunne si å ha fremkalt det straffbare forhold fra vedkommendes side.⁵³ Problemstillingen var den samme i Rt. 2000 s. 1482, der politiets inntreden forsinket overleveringen, som igjen førte til en endring av stedet for overlevering. Høyesterett kom også her til at endringen av sted var noe politiet rettmessig kunne foreta.

Riksadvokatens har spesielt lagt vekt på to forhold av sentral betydning for hvorvidt man kan si at den straffbare handlingen var påvirket av politiet.⁵⁴ Det første er hvem som tar initiativet til handlingen? Er det politiet som (direkte eller indirekte) tar initiativet til handlingen, taler det mot at grunnvilkåret er oppfylt, jfr. Rt. 1993 s. 473 (Piratdrosje I). I denne saken stanset politiets medhjelpere en tilfeldig bil, og spurte om å få skyss. Det var ingen mistanke om at denne personen tidligere hadde drevet med piratdrosjekjøring. Sjøføren ble tiltalt for brudd på samferdselsloven § 7 nr. 1, for ulovlig piratkjøring. Førstvoterende uttalte i forhold til grunnvilkåret at politiet hadde fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått. Det var politiet som hadde tatt initiativet og det var ingenting som tilsa at vedkommende ellers ville ha stanset.

I Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroindom I) kom Høyesterett frem til at det var leverandørene og ikke politiet som hadde tatt initiativet til narkotikahandelen. Leverandørene hadde sendt et telegram til A, uvitende om at han var varetektsfengslet. Via telegrammet ble A tilbudt amfetamin. I en telefonsamtale med leverandørene aksepterte en politimann, utgitt som A, tilbudet. Grunnvilkåret var i denne saken oppfylt, i og med at det ikke var politiet som tok initiativet.

Når Høyesterett uttaler at man ved vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt må legge ”betydelig vekt” på hvem som tok initiativet, må dette forstås som at politiet ikke kan ta initiativet til den straffbare handlingen uten å bryte grunnvilkåret. Men i de tilfelle der politiet ikke tar initiativet, er det likevel ikke gitt at grunnvilkåret anses som oppfylt.

Det andre forholdet riksadvokaten har lagt stor vekt på er at det må eksistere et

⁵³ Andorsen (2001) s. 11.

⁵⁴ Se Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 punkt 2.2. (s. 3-4)

«marked» for den straffbare handlingen. Dett blir fulgt opp av Justiskomiteen som uttaler at det må ”eksistere.. et marked” for den aktuelle straffbare virksomhet”.⁵⁵ I et miljø (marked) hvor det stadig foregår omsetning av tyvegods, barnepornografi eller salg av narkotika er det mindre sannsynlig at politiets innblanding vil føre til at straffbare handlinger som ikke ellers ville bli begått, blir begått. Riksadvokaten⁵⁶ bruker selv Rt. 1998 s. 407 (Skriksaken) som eksempel. I denne saken kom initiativet til heleriet fra tiltalte, men det var politiets inntreden som skapte den eneste aktuelle avsetningmulighet for maleriet. I og med at det ikke fantes andre kjøpere som var villig til å betale det aktuelle beløpet, tilsa dette at det ikke eksisterte et marked for den straffbare handlingen.

Oppsummeringsvis kan man si at skal det være tillatt for politiet og påtalemyndigheten å påvirke gjennomføringen av en straffbar handling, må initiativet til handlingen tas av siktede, og politiet kan bare tre inn hvor det allerede eksisterer et «marked» for den aktuelle type straffbar virksomhet.⁵⁷ Visse påvirkninger i form av endringer av tid, sted og utførelse for den straffbare handlingen innebærer ikke at politiet har opptrådt utilbørlig, jfr. rettspraksis.

Tilfredsstillende disse vilkår, skal det ikke reises tiltale. Reises tiltale likevel, må tiltalte frifinnes, jfr. Rt. 1992 s. 1088.⁵⁸

4.2.2 Mistankevilkåret

Mistankevilkåret innebærer at bruk av provokasjon kan bare iverksettes ved mistanke fra politiet om kriminell aktivitet. Vilkåret følger ikke av riksadvokatens rundskriv av 2000, men i instruksene fra 1980 som kun gjelder for narkotikasaker, følger det et krav om det ikke er tilstrekkelig med skjellig grunn til mistanke. Dette ble fulgt opp i Rt. 1984 s. 1076 der førstvoterende uttaler at «Etter riksadvokatens retningslinjer er det en forutsetning for bruk av etterforskning med provokasjonspreg i narkotikasaker at det

⁵⁵ Innst.O. nr.3 (1999-2000) s. 19.

⁵⁶ Se riksadvokatens rundskriv nr 2/2000 punkt 2.2 (s. 3).

⁵⁷ Se riksadvokatens rundskriv nr 2/2000 punkt 2.2 (s. 4).

⁵⁸ Jfr. også Rt. 1998 s. 407.

foreligger sterk mistanke om narkotikaforbrytelse.» Høyesterett tolker altså riksadvokatens mistankevilkår, som et krav om sterk mistanke. Kravet om mistanke ble gjentatt i Skriksaken⁵⁹ som ikke gjaldt narkotikaforbrytelser, hvilket tyder på at vilkåret gjelder i alle tilfeller politiprovokasjon anvendes. Også i NOU 2004:6⁶⁰ mener Pedersenutvalget at det må oppstilles et krav om mistanke.

Hva kravet til «sterk mistanke» innebærer er ikke slått fast i rettspraksis. Det må antas at det kreves mer enn sannsynlighetsovervekt, men samtidig kan det ikke kreves at politiet må være helt sikre. Som nevnt er ikke vilkåret om mistanke fra politiet inntatt i det seneste rundskrivet fra riksadvokaten, så det må sies å være noe uklart hvilken grad av mistanke som kreves. Det må dog kunne hevdes at det gjelder et mistankevilkår i alle type saker, men at det kanskje gjennom en lovregulering kan avklares hvor kvalifisert mistanken må være, da praksis og riksadvokatens retningslinjer idag ikke gir noe klart svar. Det kan nevnes at i lovforslaget i NOU 20004:6 er mistankekravet satt til «mest sannsynlig» forbereder en alvorlig straffbar handling.

Et viktig poeng i forhold til krav om grad av mistanke er at hvor strengere kravet er, jo mindre er faren for kriminalisering. Når det rent faktisk foreligger sterk mistanke fra politiets side, er faren for å kriminalisere eller lovlydige borgere i liten grad til stede. På den annen side vil et for lempelig mistankekrav øke sjansen for kriminalisering.

4.2.3 Kriminalitetsvilkåret

Dette vilkåret innebærer at politiprovokasjon bare kan iverksettes ved «alvorlige lovovertrædelser.»⁶¹ Ordlyden tilsier at skadevirkningene ved lovovertrædelseren må være betydelig. Betydelig nok til å legitimere bruk av politiprovokasjon. I dette ligger det altså et krav om forholdsmessighet. Siden provokasjon er en inngripende metode, kan ikke politiet ta i bruk en mer inngripende etterforskningsmetode enn det alvorlighetsgraden av lovbruddet skulle tilsa. Dette forholdsmessighetskravet gjelder ved all form for etterforskning. Politiloven § 6 annet ledd annet punktum et et utslag av dette kravet. Bestemmelsen sier « de midler som skal anvendes, .. må være nødvendig

⁵⁹ Rt 1998 s. 407 (s. 411).

⁶⁰ Se NOU 2004:6 punkt 3.3.1 (s. 32).

⁶¹ Rt. 1984 s. 1076.

og stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig». Det må bero på en helhetsvurdering om kravet er oppfylt, om valget av etterforskningsmetode er proporsjonalt med det som kan oppnås ved å bruke den.

Når det gjelder «alvorlige» lovovertrедelser mener riksadvokaten i sitt rundskriv at det skal være opp til retten å ta stilling til hvorvidt kriminaliteten skal anses som alvorlig kriminalitet.⁶² Riksadvokaten uttaler videre at ”bedømmes kriminaliteten som et alvorlig samfunnsområde på grunn av omfang eller karakter, bør metoden kunne brukes...» Riksadvokaten vurderer narkotikakriminalitet, grov vinningskriminalitet, seksuelle overgrep mot barn, og spredning av barnepornografi som eksempler på alvorlig kriminalitet.⁶³

I det konkrete tilfellet vil den samfunnsmessige betydningen og strafferammen være relevante momenter. Nettopp dette ble lagt vekt på i Rt. 1993 s. 473 (Pirattaxidom I) der det ble uttalt «etterforskningsmetoder av denne art kan aksepteres, man bør nok ikke bare se på strafferammen, men også ta hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet”. Saken dreide seg om piratkjøring av taxi. Skadevirkningen ble ikke funnet store nok, noe som også gjenspeiler seg i strafferammen for denne type kriminalitet. Riksadvokaten har dog ment at ved spredning av barnepornografi på internett, på tross av relativt lav strafferamme, er alvorlighetskravet oppfylt. Det er vanskelig å se akkurat hvor grensen går, men i NOU 2004: 6 foreslår Pedersenutvalget en grense på fem år.

Det ble videre uttalt av førstvoterende i Rt. 1998 s. 407 (Skriksaken) at det ved vurderingen av alvorligheten var avgjørende at «vanlige etterforskningsmetoder fremsto som utilstrekkelige slik saken lå an.»⁶⁴ Dette må forstås slik at i de tilfelle andre etterforskningsmetoder ikke rekker til, kan det lempes på kravene til alvorlighet. At grov vinningskriminalitet kan regnes som alvorlig kriminalitet følger av samme dom. Førstvoterende uttaler «det er 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”. Om vinningskriminaliteten skal anses som en alvorlig lovovertrедelse beror på lovovertrедelsens omfang, organisering og verdi.⁶⁵

⁶² Se riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 punkt 2.3 (s. 4-5).

⁶³ Se riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 punkt 2.3 (s. 5).

⁶⁴ Rt. 1998 s. 407 (s. 408).

⁶⁵ Se riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 punkt 2.3 (s. 4).

4.2.4 Indikasjonskravet

Kravet innebærer at for at politiet skal kunne bruke provokasjon er det et krav at vanlige etterforskningsmetoder ikke strekker til. Det er politimetodeutvalget som har formulert dette som indikasjonskravet, et uttrykk som egentlig stammer fra dansk teori. I riksadvokatens rundskriv⁶⁶ er vilkåret formulert som «provokasjon som etterforskningsmiddel kan bare aksepteres.. når andre - tradisjonelle - etterforskningsmetoder er utilstrekkelige». Høyesterett uttalte første gang dette krav i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroindom I) der de sa at provokasjon kan bare aksepteres når påtalemyndigheten har «forsvarlig grunnlag til å anta at andre etterforskningskritt ikke vil lede til et tilfredsstillende resultat.» Dette ble fulgt opp i Rt. 1993 s. 473 der retten viste til «Politiheroindommen» og uttalte at «ekstraordinære etterforskningsmetoder bare kan aksepteres ved alvorlige lovovertridelser hvor det er vanskelig å nå frem med vanlig metoder.»

Hva ligger så i at vanlige etterforskningsmetoder må være «utilstrekkelige»? I dette ligger det at politiet må være overbeviste om at vanlige metoder som for eksempel vitneavhør og ransakelse ikke fører frem. Er det videre et krav om at etterforskningsmetodene må være utprøvd? I Rt. 1984 s. 1076 uttaler førstvoterende at ”Etter min oppfatning hadde påtalemyndigheten forsvarlig grunnlag for å anta at andre etterforskningskritt ikke ville lede til tilfredsstillende resultat”. Riksadvokaten mener at det i visse saker er så klart at tradisjonell etterforskning ikke vil føre frem, at det vil være unødvendig bruk av ressurser. Riksadvokaten mener altså at det ikke kan stilles en sånt krav. Hopsnes skriver at at det ikke kan stilles et krav om at ordinære metoder faktisk må ha vært prøvd.⁶⁷ Det kan synes som at det er opp til påtalemyndigheten å foreta en konkret vurdering av den aktuelle saken, og at det ikke kan oppstilles et krav om at andre etterforskningsmetoder må ha vært forsøkt.

⁶⁶ Se riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 punkt 2.4 (s. 5).

⁶⁷ Hopsnes (2003) s. 62.

4.3 Formelle vilkår

4.3.1 Krav til forenlighet med prosessuelle grunnprinsipper

Det følger av riksadvokatens rundskriv at metoden må være i tråd med straffeprosessuelle grunnprinsipper og regler.⁶⁸

Straffeprosessen bygger på flere straffeprosessuelle prinsipper, både lovfestede og ulovfestede. Disse prinsippene må bruken av politiprovokasjon ikke komme i strid med. I Rt. 1984 s.1076 (Politiheroindom I) sier Høyesterett at skrankene for politiprovokasjon vil bero på ”slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie.” De alminnelige grunnprinsippene sikrer en forsvarlig saksbehandling på etterforskningsstadiet og under rettsbehandlingen.⁶⁹

Spørsmålet er hvilke av våre alminnelige rettsprinsipper bruken av provokasjon eventuelt kan bryte med? Især forbudet mot selvinkriminering er et prinsipp det må tas hensyn til. Forbudet mot selvinkriminering innebærer at mistenkte i en sak har rett til å forholde seg taus, og har ingen plikt til å bidra til sin egen fellelse.⁷⁰ I Rt. 1999 s.1269 kom Høyesterett til at etterforskningen var i strid med den grunnleggende retten en mistenkt har til å forholde seg taus. I denne saken hadde politiet mistanke om at en fengselsbetjent hadde hjulpet en fange med å rømme. Politiet samarbeidet med en ny fange, som skulle få fengselsbetjenten til å hjelpe han å rømme. En politimann utga seg for å være medhjelper til den rømmende fangen. Politimannen var utstyrt med båndopptaker og mikrofon. Ovenfor politimannen innrømmet fengselsbetjenten å ha hjulpet den første fangen med å rømme. Her fikk politiet altså mistenkte til å innrømme en straffbar handling som allerede var begått. Flere av de grunnleggende prinsippene som må være ivaretatt ved bruk av politiprovokasjon er å finne i punkt 2.7.

⁶⁸ Se riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 punkt. 2.4 (s. 5).

⁶⁹ Se Hov, Rettergang I (1999), s. 143.

⁷⁰ Følger av sikker tolkning av EMK art 6.

4.3.2 Krav til beslutningskompetanse

Politiprovokasjon er en etterforskningsmetode som er av inngripende karakter, og det er derfor viktig at det er personer med gode forutsetninger og høy faglig kompetanse som tar beslutningen om provokasjon skal benyttes.⁷¹ Høyesterett uttaler om dette i Rt.1984 s.1076 (Politiheroindommen 1) at «det kan være grunn til å stille nærmere krav til den beslutningsprosess og kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten.» Dette ble fulgt opp i Skriksaken, hvor retten viser til riksadvokatens instruks fra 1980 (riktignok i et obiter dictum). I instruksen står det at politimesteren skal treffe beslutningen om å iverksette politiprovokasjon, men med statsadvokatens samtykke før iverksettelse av provokasjonen.⁷²

I Riksadvokatens rundskriv fra 2000 er det nå endelig fastslått at det er politimesteren eller visepolitimesteren som tar stilling til hvorvidt man skal innhente statsadvokatens tillatelse til å benytte provokasjon som politimetode.⁷³ At det ikke er riksadvokaten som sitter på beslutningskompetansen skyldes nok at det er riksadvokaten som har ansvar for klager på politiets bruk av provokasjon. Det vil være uheldig om samme del av påtalemyndigheten sitter på «begge sider av bordet».

I lovforslaget i NOU 2004:6⁷⁴ er beslutningskompetansen lagt til politimesteren. Kompetansen er altså foreslått flyttet ned i påtalemyndighet-hierarkiet. Hensyn som ligger bak dette er antagelig mer effektiv saksbehandling og det at politimesteren er nærmere saken. Dette vil samtidig kunne være et mothensyn, da politimesteren kan være for nær knyttet til etterforskningen, og derfor ikke i samme grad kan gjøre en objektiv vurdering.

⁷¹ NOU 1997:15 punkt 2.3 (s. 12).

⁷² Instruks fra Riksadvokatens av 1980.

⁷³ Se Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 del punkt 2.4 (s. 5).

⁷⁴ NOU 2004: 6 punkt 10.7.5.2 (s. 200).

4.3.3 Kontrollkravet

I Rt. 2000 s. 1482⁷⁵ uttaler Høyesterett at «det må etableres en betryggende dokumentasjons og kontrollordning». Dette ble fult opp av riksadvokaten som i rundskrivet skriver at provokasjonen « må gjennomføres slik at politiet har kontroll med og kan dokumentere hva som skjer». ⁷⁶ Kravet til dokumentasjon sikrer notoritet som er en viktig rettsikkerhetsgaranti. Samtidig er dokumentasjon viktig for muligheten for etterprøvelse av påtalemyndighet og domstolene. Det følger videre av riksadvokatens rundskriv at ”forut for politimesterens anmodning, og overordnet påtalemyndighets avgjørelse, må det alltid være utarbeidet en plan for hvordan provokasjonshandlingen skal utføres”. ⁷⁷ Også politimetodeutvalget har påpekt viktigheten av rettsikkerhetsgarantier når politiet involverer seg i kriminelle miljøer. ⁷⁸ Planen sikrer i seg selv notoritet, samtidig som den setter rammer for politiets handlekraft og er dermed med på å skape en kontroll med politiet. Nettopp mangel på kontroll med utførelsen av provokasjonen var tema i Skriksaken ⁷⁹. I denne saken hadde to utenlandske politiagenter (medhjelperne) møtt gjerningsmennene med formål om å betale løsepenger for maleriet. I dette møtet hadde ikke norsk politi noen kontroll om hva som skjedde eller ble sagt. Høyesterett uttalte at «de to engelske agentenes opptreden og dennes betydning for spørsmålet om domfelte har begått et forsøk på heleri, var ikke i tilstrekkelig grad under kontroll av politiet, og aksjonene er ikke dokumentert eller belyst på den måten bruk av en så vidt ekstraordinær etterforskningsmetode bør være. Vesentlige rettssikkerhetshensyn ble dermed tilsidesatt ved at den del av etterforskningen som aksjonen representerer, ikke har kunnet etterprøves og ved at det ikke fra aksjonen ble sikret bevis i form av prov fra politivitner og rapporter som kunne brukes i en eventuell straffesak.» ⁸⁰

En mistenktes rettigheter vil lett kunne bli sviktet i tilfeller der politi ikke til enhver til har full kontroll med etterforskningen. Andorsen beskriver dette som

⁷⁵ Rt. 2000 s. 1482 (s. 1487).

⁷⁶ Se Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 punkt 2.4. (s. 6)

⁷⁷ Se Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 punkt 2.4. (s. 5)

⁷⁸ NOU 2004: 6 punkt 7.5.2.5.2 (s. 87).

⁷⁹ Rt. 1998 s. 407.

⁸⁰ Rt. 1998 s. 407 (s. 412).

bevissikrings-hensyn. Domstolenes adgang til å kontrollere lovligheten av provokasjonen er avhengig av notoritet rundt bevisene.⁸¹

Hva innebærer det så at politiet har full, eller i det minste tilstrekkelig kontroll? I kompliserte saker, hvor hendelsesforløpet stadig endres raskt, kan det antagelig ikke stilles altfor strenge krav. At alle potensielle utfall må nedskrives i en plan, vil bli altfor ressurskrevende og lite hensiktsmessig. Over nevnte sak, Skriksaken, var et eksempel på at Høyesterett mente at politiet ikke hadde tilstrekkelig kontroll. Politiet ble derimot funnet å ha tilstrekkelig kontroll i Rt. 2000 s. 1482. Her spante politiet, mens de lot overleveringen av narkotikaen skje på avtalt måte. Forsvareren til tiltalte mente at «ved å la handlingen gå sin gang, hadde ikke politiet full kontroll over at narkotikapartiet ikke kunne komme på avveie». Høyesterett mente på sin side at politiet fulgte «overleveringen så pass tett at kontrollen med at partiet ikke skulle komme på avveie, var tilstrekkelig».⁸²

4.4 Vilkår for avvergende provokasjon

Årsaken til at at ikke vilkårene for bruk av avvergende provokasjon er de samme som ved andre former for provokasjon er at det er andre hensyn som gjør seg gjeldene i de tilfelle politiet bare skal forhindre eller avslutte en straffbar handling, enn hvor provokasjonen skal tjene til en domfellelse (tiltaleprovokasjon).⁸³ Faren for misbruk og kriminalisering er ikke like aktuelt ved avvergende provokasjon. Selv om provokasjonen som sådan utgjør et inngrep i objektets privatliv, er interessen til den som man allerede har slått fast involverer seg i kriminell aktivitet ikke i samme grad beskyttelseverdig. Riksadvokaten oppstiller to vilkår for bruk av avvergende provokasjon. Det første er at provokasjonen ”ikke må innebære at politiet gir foranledning til en ny eller annen straffbar handling”. Politiet kan altså ikke igangsette avvergende provokasjon, dersom provokasjonen kan føre til at det oppstår ytterligere straffbare forhold. Det andre vilkåret lyder ”virksomheten må være under slik kontroll

⁸¹ Andorsen (2001) s. 6.

⁸² Rt. 2000 s. 1482 (s. 1487).

⁸³ Hopsnes (2003) s.127.

at den ivaretar de involvertes sikkerhet". Dette innebærer et krav om at politiet må gjennomføre metoden på en slik måte at de ikke setter mistenkte, provokatøren og eventuelt utenforstående i unødvendig fare. Riksadvokaten har altså ikke lagt opp til at grunnvilkåret, om at politiet ikke må fremprovosere en handling som ikke ellers ville ha skjedd, også skal gjelde ved avvergende provokasjon. Dette skyldes som nevnt at de samme motforestillingene ikke gjør seg gjeldene, især at faren for kriminalisering ikke er like aktuelt.

I NOU 2004:6 er det i forslaget til lovfesting av metoden, lagt opp til en skjerping av vilkårene for avvergende provokasjon. I lovforslaget gjelder alle de samme vilkårene som ved tiltaleprovokasjon, bortsett fra grunnvilkåret. Utvalget mener at faren for kriminalisering foreligger, samt at det er en fare for at retten til å være i fred lett kan bli krenket ved bruk av metoden. Hopsnes er også av den oppfatning at de øvrige vilkår også bør gjelde for avvergende provokasjon.⁸⁴

⁸⁴ Hopsnes (2003) s. 127.

5 Rettsvirkningene av ulovlig politiprovokasjon

5.1 Hensyn for/imot straffrihet

5.1.1 Hensyn til gjerningsmannens straffeskyld

Et hensyn mot at ulovlig politiprovokasjon fører til straffrihet er at den straffbare handlingen ble begått av gjerningsmannen av fri vilje. Gjerningsmannen har vist tilstrekkelig straffverdighet. Tiltaltes handlinger, som er å bebreide han, bør føre til straffeskyld. Selv om politiet i enkelte tilfelle kan sies å ha oppmuntret gjerningsmannen, har tiltale selv valgt å begå forbrytelsen. Graden av bebreidelse reduseres nok noe, men den forbryterske viljen er fortsatt til stede.

5.1.2 Rettssikkerhetshensyn

Dette hensynet taler for at ulovlig politiprovokasjon bør kunne føre til straffrihet.

Rettsikkerheten er definert som vår beskyttelse mot de overgrep som samfunnet, representert ved statsmakten, kan påføre oss. Dette innebærer at enhver sak skal behandles på en betryggende måte for derved å hindre at uskyldige blir dømt.

Hvis det er slik at politiets opptreden klart bryter vilkårene for lovlig provokasjon, er det et brudd med rettsikkerhetsgarantien hvis tiltalte likevel skulle bli straffet. Et banalt eksempel kan være hvor en sivilkledd politimann skriker «skyt, skyt, ikke vær feig!» til en gjerningsmann, for så senere å dømme han for å ha skutt personen.

I kravet til rettsikkerhet ligger også et krav til notoritet. Det må stilles krav til

rutinene rundt gjennomføringen, og at disse lar seg etterprøve. Tilstrekkelig dokumentasjon er avgjørende for en betryggende rettslig behandling av saken. Er ikke kravene til rettssikkerhet overholdt, taler dette for at gjerningsmannen i enkelte tilfelle bør gå fri. En frikjennende dom vil være et incitament for påtalemyndigheten til å skjerpe rutinene.

5.1.3 Hensynet til den alminnelige rettsbevissthet

I Rt. 1992 s. 1088 uttales « 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 alminnelig rettsbevissthet». Den alminnelige rettsbevissthet må kunne defineres som hva vanlige folk mener om hva som er rett og galt. Det kan utvilsomt fremstå som selvmotsigende at staten skal straffe en person for en handling som staten selv fikk vedkommende til å begå. At domstolene dømmer i strid med flertallet av folks rettsbevissthet, vil på sikt kunne minske folkets tillit til domstolene.

5.1.4 Hensynet til å motvirke ulovlig etterforskning

I Rt. 1992 s. 1088 uttaler førstvoterende at «ønsket om å motvirke uakseptable etterforskningsmetoder vil være et viktig hensyn». Det er viktig at dersom det gjøres feil fra politiet i etterforskningen, må domstolene slå ned på dette. Dette vil være den mest effektive måten for at politiet i fremtiden skal være mer aktsomme ved bruken av for eksempel politiprovokasjon. Dette hensynet taler for straffrihet ved ulovlig politiprovokasjon.

5.2 Når fører ulovligheten til straffrihet

5.2.1 Brudd på grunnvilkåret

Utgangspunktet er at brudd på grunnvilkåret, om at politiet ikke må fremkalle en straffbar handling som ikke ellers ville bli begått, fører til straffrihet. Høyesterett åpnet første gang for muligheten for at ulovlig provokasjon kan føre til straffrihet i Rt. 1984 s. 1076. Det var likevel i *Politiheroindom II*⁸⁵ at førstvoterende slo fast at utilbørlig provokasjon kan føre til frifinnelse. Dette har senere blitt fulgt opp i flere avgjørelser fra Høyesterett, blant annet i Rt. 1998 s. 407 (*Skriksaken*) hvor førstvoterende uttaler «Hvis det foreligger forledelse utover en slik ramme, må domfelte etter rettspraksis frifinnes, jfr. Rt. 1992 s. 1088.»

5.2.2 Formelle feil

Formelle feil kan gjøre det vanskelig å sikre notoriteten rundt hva som har skjedd, samt skap bevismessige problemer med å avgjøre om politiet har fremprovosert handlingen. Ved formelle feil er det ikke fare for at politiet bidrar til å skape kriminalitet. I Rt. 1998 s. 407 (*Skriksaken*) tok Høyesterett første gang stilling til virkningen av prosessuelle feil. Førstevoterende uttaler «Jeg finner at den delen av etterforskningen..., er beheftet med så mange alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for domfellelse.» I denne saken forelå det svikt med den personelle kompetansen, mangel på plan for gjennomføringen av provokasjonen, samt store mangler ved notoriteten.⁸⁶ Mye tyder således på at i de tilfelle feilene er så alvorlige at det gjør seg gjeldende tunge preventive hensyn, og feilene skaper bevisproblemer, er det grunn til å tillegge formelle feil betydning.⁸⁷

I forhold til virkningene av uforsvarlig bruk av provokatører, følger det av Rt. 2000 s.1223 (*Trondheimsaken*) at rettsvirkningen må være frifinnelse av tiltalte.

⁸⁵ Rt. 1992 s. 1088.

⁸⁶ Hopsnes (2003) s. 119.

⁸⁷ Se også Hopsnes (2003) s.119.

5.2.3 Overskridelse av forholdsmessighetskravet og indikasjonskravet

Konsekvensen av at provokasjonen strider med disse krav, har ikke Høyesterett tatt stilling til. Det er således viktig å se på hensynene bak kravene, for å gjøre seg opp en oppfatning av hva rettsvirkningene bør være. Hensynet bak indikasjonskravet er å begrense bruken av politiprovokasjon, ved at politiet skal vurdere, og eventuelt bruke mindre inngripende metoder dersom de kunne kommet til samme resultat ved bruk av en annen metode. De mange betenkelighetene ved bruk av provokasjon, innebærer at metoden ikke bør brukes mer enn absolutt nødvendig. At det gis konsekvenser for brudd på indikasjonskravet er viktig for at kravet vil bli fulgt opp i praksis. Hopsnes⁸⁸ er av den oppfatning at brudd på indikasjonskravet bør gis virkning i forhold til straffeutmålingen. Dette er etter min mening et fornuftig forslag, som vil virke etter sin hensikt.

Hensynet bak forholdsmessighetskravet er å forhindre kriminalisering, samt beskytte privatlivets fred. Det er klart at dersom provokasjon kan anvendes av politiet også ved mistanke om mindre alvorlige straffbare handlinger, vil dette føre til at metoden vil bli brukt oftere. I tillegg vil faren for å bruke instituttet til å kriminalisere bestemte personer øke. Høyesterett har som nevnt ikke avklart rettsvirkningen av et brudd med forholdsmessighetskravet, men mye taler for at frifinnelse bør være konsekvensen. Hopsnes⁸⁹ er av samme oppfatning, og skriver at «det kan være grunn til å tillegge brudd på forholdsmessighetskravet samme betydning som konstitutiv provokasjon.»

5.3 Rettsvirkninger for gjerningspersonen

Utgangspunktet er at dersom politiet har utført en ulovlig provokasjon bør påtalemyndigheten ikke reise straffesak. Dorenfeldt⁹⁰ har i sin artikkel gitt noen eksempler på hvor grensene for den lovlige provokasjon klart er overskredet. I et av eksemplene han nevner, benytter politiet seg av en fange fra Moss hjelpefengsel, som

⁸⁸ Hopsnes (2003) s. 120.

⁸⁹ Hopsnes (2003) s. 120.

⁹⁰ Dorenfeldt (1978) s. 292.

fikk tillatelse til å reise med en mistenkt til Amsterdam for å kjøpe narkotika. Fangen og to svenske politimenn utga seg for å være kjøpere. Tiltalen ble i dette tilfellet frafalt, da politiet, ved å bruke en fange, gjorde det umulig å hevde at narkotikahandelen ville funnet sted uten politiets innblanding. Dorenfeldt uttaler at ”i denne saken gikk politiet så langt at det ville vært utilbørlig av påtalemyndighetene å fremme saken for domstolene.”

Riksadvokaten skriver at dersom den straffbare handlingen er fremprovosert av politiet, ”skal det ikke reises tiltale”.⁹¹ Riksadvokaten uttaler videre at dersom tiltale likevel reises ”må tiltalte frifinnes.”⁹²

Rettsvirkningene av en ulovlig provokasjon er ikke lovregulert. Det har således vært opp til retten å avgjøre hva virkningen for tiltale i den aktuelle sak skal være. Det er vanskelig å finne noen konsekvens hos Høyesterett for hvilken rettsvirkning den ulovlige provokasjonen skal ha. Fire alternative rettsvirkninger ble nevnt av Høyesterett i Rt. 1984 s. 1076, ”I mange tilfeller vil det nok være naturlig at påtalemyndighetene 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 etterforsknings-metoder har fremkalt den handlingen tiltalen gjelder, ville det imidlertid være en mulighet at tiltalte blir å frifinne. Avvisning har også blitt antydnet som at alternativ.”

De aktuelle rettsvirkningene er altså: 1) avstå fra å reise tiltale, 2) bevisavskjæring (pkt. 5.3.3), 3) frifinnelse (5.3.2), 4) avvisning av saken (pkt. 5.3.1).

5.3.1 Avvisning av saken

Avvisning av saken innebærer at saken ikke blir realitetsbehandlet. Det blir ikke tatt stilling til om tiltale er skyldig eller ikke, og tiltalte vil således ikke kunne påføres et straffeansvar. Andorsen⁹³ skriver i sin artikkel at dersom avvisning skal være en potensiell rettsvirkning, kreves det en lovendring. Hopsnes er på sin side av den

⁹¹ Se Riksadvokatens rundskriv nr2/2000 punkt 2.2 (s. 4).

⁹² Se også Rt. 1992 s. 1088 og Rt. 1998 s. 407.

⁹³ Andorsen (2001) s. 21.

oppfatning at en prosessforutsetning kan oppstilles på ulovfestet grunnlag, spesielt dersom det er en prosessforutsetning som er til fordel for den private borger.⁹⁴

I forhold til gjeldende rett, jfr. strpl. § 252 er det ikke en mangel ved tiltalebeslutningen at beslutningen er tatt ut på grunn av manglende etterlevelse av de ulovfestede reglene om provokasjon som politimetode. Jeg kan heller ikke finne eksempler på at Høyesterett har avvist en sak på grunnlag av ulovlig politiprovokasjon.

5.3.2 Frifinnelse

Frifinnelse er den vanligste rettsvirkningen som følge av at politiet har utført ulovlig politiprovokasjon. Frifinnelse innebærer at tiltale går fri fra straffeansvar for den straffbare handlingen han er tiltalt for. Det finnes et antall saker der Høyesterett frifinner gjerningspersonen som følge av utilbørlig provokasjon fra politiets side. I Rt. 1992 s. 1088 uttaler førstvoterende at «det her foreligger en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettstridsreservasjonen. Jeg kan ikke se at det i disse tilfeller mangler noen prosessforutsetninger eller at det ellers kan være grunnlag for å avvise saken...» Førstvoterende uttaler seg her om hva Høyesterett kommer frem til er et brudd på grunnvilkåret. Det følger også av riksadvokatens rundskriv at rettsvirkningen av at grunnvilkåret er overtrådt, i de tilfellene påtalemyndigheten har reist en straffesak, skal være frifinnelse.⁹⁵ Konklusjonen i tråd med rettspraksis og riksadvokatens rundskriv, samt over nevnte hensyn, må være at dersom grunnvilkåret er overtrådt skal tiltalte frifinnes.

Spørsmålet videre blir om det kun er brudd på grunnvilkåret som kan føre til frifinnelse. Dette spørsmålet er ikke tatt opp i riksadvokatens rundskriv. Høyesterett har ikke frem til idag frikjent tiltalte på grunn av brudd på de øvrige materielle vilkår. Kan det være aktuelt ved brudd på de prosessuelle vilkår? Andorsen⁹⁶ uttaler om dette at «det er unektelig en ulikhet mellom den etterforskning som på den ene siden fremkaller et lovbrudd som eller ikke ville ha blitt begått (grunnvilkåret) og den etterforskning som lider av ulike mangler. Prosessuelt sett er det likevel slik at Høyesterett

⁹⁴ Hopsnes (2003) s. 115.

⁹⁵ Se Riksadvokatens rundskriv nr2/2000 punkt 2.2 (s. 4).

⁹⁶ Andorsen (2001) s. 21.

knytter begge disse spørsmålene til saksbehandlingen.»⁹⁷ Dette skulle tilsi, eller iallefall åpne for at også prosessuelle feil kan lede til frifinnelse.

I Skriksaken⁹⁸ kom Høyesterett frem til at etterforskningen var i strid med kontrollvilkåret. Her mente Høyesterett at etterforskningen var ”beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for domfellelse”. Videre uttaler førstvoterende at «jeg kan ikke se annet enn at vi her står overfor en ulovfestet frifinnelsesgrunn, slik at A må frifinnes også på dette grunnlag». Høyesterett omtaler ikke her grunnvilkåret spesielt, men derimot brudd på flere av de andre vilkårene for lovlig provokasjon. Dette åpner for at også brudd på andre vilkår enn grunnvilkåret, for eksempel kontrollvilkåret, kan lede til frifinnelse for tiltalte.

5.3.3 Bevisavskjæring

Bevisavskjæring innebærer at domstolene ikke tillater at bevis som er ulovlig innhentet gjennom provokasjon blir ført for retten. Bevisavskjæring av bevis ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte er ikke lovfestet. Det følger likevel av sikker praksis at det er adgang til å avskjære bevis uten lovhjemmel.

I Rt. 1999 s. 1269 (Verksmestersaken) var spørsmålet oppe om hvilke konsekvenser det skulle få at bevisene var fremskaffet ulovlig. Her uttalte førstevoterende at «det ved vurderingen av om beviset skulle tillates først måtte legges vekt på om føringen av beviset ville representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervelsen» Det skal videre legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset. Høyesterett kom frem til at bevisene som ble fremlagt i denne sak skulle vært avskåret.

⁹⁷ Andorsen (2001) s.21.

⁹⁸ Rt. 1998 s. 407.

5.4 Straffeansvar for provokatøren

Jeg vil i det følgende se både på tilfeller der politiet har gått lovlig og ulovlig frem i sin etterforskning. Kan det oppstå et straffeansvar for politiet, eventuelt for en sivil medhjelper (agent)? En sivil medhjelper kan i prinsippet være hvem som helst, men er som oftest selv involvert i det straffbare forholdet.

5.4.1 Agenten

Lovlig etterforskning:

Vi ser for oss tilfelle der politiet engasjerer noen til å bryte en straffebestemmelse som ledd i en ellers lovlig etterforskning. Kan agenten (medhjelperen) straffes? Det er klart at politiet ikke har kompetanse til å gi et ansvarsfrieende samtykke til at en straffbar handling skal kunne begås. Heller ikke nødrettsbestemmelsen kan være aktuell, da det ikke foreligger en nødssituasjon.⁹⁹ Andorsen er av den oppfatning at den aktuelle straffebestemmelse må tolkes innskrenkende.¹⁰⁰ Hensynet som taler for dette er samfunnets alminnelige interesse i å oppklare og påtale straffbare forhold som ordinære etterforskningsmetoder ikke ville ført frem overfor. Andorsen sier videre at en slik etterforskningshandling er mer ønskelig enn straffverdi.

Ulovlig etterforskning:

Utgangspunktet er at dersom politiet ulovlig avslører en gjerningsperson ved at en agent begår en straffbar handling, vil normalt agenten gå klar av straffeansvar.¹⁰¹ Dersom en sivil agent stoler på hva politiet sier om lovligheten av å utføre bestemte handlinger som agent, taler mye for at agenten bør være fri for straffeansvar. Den aktuelle bestemmelsen er straffeloven § 57 om rettsvillfarelse. I situasjoner der agenten stoler på politiet, vil rettsvillfarelsen i de fleste tilfelle være uunnskyldelig og dermed

⁹⁹ Andorsen (2001) s. 17.

¹⁰⁰ Andorsen (2001) s. 17.

¹⁰¹ Andorsen (2001) s. 18.

ansvarfrie.¹⁰² Andorsen stiller spørsmålet om agenten også kan fritas for straffeansvar på grunnlag av en innskrenkende tolkning av den aktuelle straffebestemmelse. Han mener at dersom politiet selv går klar av ansvar ved en innskrenkende tolkning, bør medhjelperen også gjøre det.

5.4.2 Politiet

Lovlig etterforskning:

Utgangspunktet er at dersom loven ikke rammer den agenten politiet har benyttet, kan den neppe ramme politiet heller.¹⁰³ Andorsen mener man må ty til en innskrenkende tolkning av medvirkningsansvaret av den aktuelle straffebestemmelsen.

Ulovlig etterforskning:

Politiets straffeansvar kan oppstå i rollen som hovedmann, såvel som medvirker. Uten at det er av noen praktisk betydning. Ansvarer kan oppstå enten ved at straffebudet tolkes innskrenkende, eller så kan man si at politimannen mangler forsett. Andorsen mener at det første alternativet er mest aktuelt, hvilket innebærer at politimannen ikke har opptrådt objektivt rettstridig i forhold til straffebudet. Det er liten tvil om at det skal mye til for at det blir tale om et straffeansvar for politiet, da politiets handling ikke kan sies å være av forbrytersk karakter.

Et spørsmål som kan oppstå er hvilken adgang provokatøren selv har til å begå ellers straffbare handlinger for å bygge opp om sin dekkhistorie. Eksempelvis kjøpe heroin eller en pistol. Her er det en del straffebud som etter sin ordlyd ikke vil være overtrådt når handlingen skjer som ledd i en etterforskning. Det vil således ikke være ulovlig for en provokatør å kjøpe en pistol, da det etter våpenloven § 33 jfr. § 7 første ledd kun er ulovlig å erverve våpen uten tillatelse fra politimesteren. Ved kjøp av narkotika eller barneporno vil ikke straffebudet være til hjelp. I disse tilfeller mener Metodeutvalget¹⁰⁴ at det må innfortolkes en rettsstridsreservasjon. Nettopp etter-

¹⁰² Andorsen (2001) s. 18.

¹⁰³ Andorsen (2001) s. 17.

¹⁰⁴ Se NOU 1997:15 punkt 4.2.8.4 (s. 83).

forskning av straffbare forhold vil kunne være en slik reservasjon. Riksadvokaten har i fortrolige instrukseregulert spørsmålet, og blant annet gitt tillatelse til å kjøpe og besitte narkotika.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Se NOU 1997:15 punkt 4.2.8.4 (s. 83).

6 Bør politiprovokasjon som etterforskningsmetode lovfestes?

6.1 Historisk

Spørsmålet om å lovfeste provokasjon som politimetode har vært oppe ved flere anledninger, uten at lovgiveren har funnet grunn til å lovfeste metoden.

Riksadvokat Dorenfeldt uttalte allerede i en artikkel i LoR 1978 s. 291 at «grensen for den tillatte provokasjon vil bli meget vanskelig å formulere». Han mente derfor at det ikke var hensiktsmessig å lovfeste metoden. Spørsmålet ble videre drøftet under arbeidet med straffeprosessloven av 1981, men heller ikke departementet fant det riktig på daværende tidspunkt å lovregulere metoden. Departementet henviste spørsmålet til påtalemyndigheten, dvs. instruksregulering fra Riksadvokaten, samt at domstolene måtte trekke opp de nærmere grenser for hva som kan aksepteres av slike etterforskningsmetoder, se Ot.prp. nr. 25 (1978-79). Justiskomiteen uttalte i den forbindelse at spørsmålet burde «stå under observasjon» av departementet.

I NOU 1997:15 punkt 6.10.2. ble lovfestningen i Danmark tatt opp. 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 etterforskning. Det uttales «En tilsvarende lovregulering med samme resultat i Norge vil innebære at politiet får økte vanskeligheter med å avdekke alvorlig kriminalitet, særlig i narkotikasaker. Slik kriminalitetstrusselen bedømmes av dette utvalg, vil det være en lite ønsket situasjon.» I følge utvalget ble det på grunn av lovreguleringen vesentlig vanskeligere å unngå at bakgrunnsinformasjon kommer frem og kildens identitet røpes. Spørsmålet ble igjen tatt opp i forbindelse med Metodeutvalgets utredning, men heller ikke Metodeutvalget ville lovregulere politiprovokasjon, se NOU 1997: 15¹⁰⁶. Det ble blant annet uttalt at « det er viktig at etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt skjer etter klare retningslinjer. Men det er ikke nødvendigvis slik at dette bør skje ved lovgivning. Departementet kan

¹⁰⁶ Se NOU 1997:15 punkt 6.10.2 (s. 120).

ikke se at Høyesterett har kommet med signaler som skulle tilsi at spørsmålet burde lovreguleres.». Departementet syn fikk tilslutning i Justiskomiteen, se Innst. O. nr. 3 (199-200) side 18.

Flertallet i utvalget som utarbeidet NOU 2004: 6 var ikke enig i denne argumentasjonen. Politimetodeutvalget som stod for utredningen uttalte da at: ”det er betenkelig at de sentrale vilkår for å benytte en metode som innebærer at politiet i prinsippet utfører straffbar medvirkning, er ulovfestet.” Også hensynet til EMK artikkel 8 (1) mente utvalget at måtte veie tungt. Alle medlemmene utenom en gikk derfor inn for å lovregulere provokasjon som politimetode. Flertallet valgte å foreslå lovfesting av metoden under ett for forebygging og etterforskning. Følgende lovbestemmelse ble foreslått av utvalget:

§ 222-12 Provokasjon

”Politiet kan gjennomføre provokasjon overfor person som det er skjellig grunn til å mistenke forbereder en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i 5 år eller mer, eller som rammes av straffeloven § 204 og våpenloven av 9. juni 1961 § 33. Når vilkårene ellers er oppfylt, kan det gis tillatelse til metodebruk selv om straff ikke kan idømmes på grunn av bestemmelsene i straffeloven §§44 og 46. Politiet kan ved provokasjon likevel ikke framprovosere en straffbar handlingsrom ellers ikke ville ha blitt begått. Dersom formålet kun er å forebygge kriminalitet, å bringe til rette en gjenstand eller skaffe bevis for en allerede begått straffbar handling, kan politiet likevel fremprovosere en straffbar handling. Det kan ikke reises tiltale for den straffbare handlingen. Beslutningen om provokasjon skal treffes av politimesteren, eller av sjefen for politiets sikkerhetstjeneste. Tillatelse kan bare gis dersom det vil være av vesentlig betydning for å løse saken, og bare når mindre inngripende metoder ikke vil være anvendelige. Tillatelsen skal gis for et bestemt tidsrom, som ikke må være lenger enn strengt nødvendig, og ikke lenger enn 2 uker om gangen. Tillatelse kan likevel ikke gis når det etter inngrepets formål, sakens betydning og forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep.”

Flertallet mente at problemene i Danmark skyldes formulering av ordlyden, ikke lovfesting som sådan. Det vises til at i Nederland og Finland er provokasjon lovfestet uten at lovfesting har gjort metoden mindre anvendelig.

Deretter i Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) ble forslagene om lovfesting av ulovfestede metoder på nytt vurdert ,men ikke fulgt opp. Departementet uttaler at provokasjon og

infiltrasjon ikke bare benyttes som ledd i å forebygge kriminalitet, men også som ledd i etterforskningen av straffbare handlinger som er begått. Etter departementets syn burde derfor spørsmålet om lovfesting vurderes i en større sammenheng. I høringsbrevet ble det videre opplyst at departementet ville oppnevne et eget utvalg som ville få i oppgave å vurdere spørsmålet om lovfesting. Departementet mener fortsatt dette er den beste løsningen. Det er uheldig å lovfeste politiets adgang til i avvergende øyemed å benytte seg av for eksempel infiltrasjon og provokasjon før spørsmålet om lovfesting er vurdert i forhold til etterforskning av straffbare handlinger som allerede er begått.¹⁰⁷

6.2 Kommentarer til lovforslag i NOU 2004:6

Pedersenutvalget kom med forslag til lovregulering av metoden i NOU 2004:6. Flertallet, alle unntatt utvalgsmedlem Kvande, innstilte dette lovforslaget.

§8-12: (1)«*Politiet kan gjennomføre provokasjon overfor person som mest sannsynlig forbereder en alvorlig straffbar handling etter § 8-3 (2). Politiet kan likevel ikke fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått*»

Første punktum gjør rede for mistankevilkåret. Vilkåret er satt til «mest sannsynlig forbereder.» Dette vilkåret er lempeligere enn det kravet om mistanke som følger av instruksen fra riksadvokaten¹⁰⁸. Etter Høyesteretts tolkning av instruksen er det et krav om sterk mistanke mot en eller flere personer. Mistankevilkåret etter lovforslaget innebærer egentlig kun et krav om sannsynlighetsovervekt. Dette skiller seg klart fra den danske lovtteksten, og vi ser således at dette mistankekravet ikke i seg selv vil begrense bruken av metoden. Det kan stilles spørsmål om dette vilkåret er for lempelig, og at det dermed kan føre til en overdreven bruk av metoden. Her må hensynet til faren for kriminalisering vurderes opp i mot behovet for anvendelse av provokasjon i den aktuelle sak. Samtidig avgrensers første ledd seg ved å vise til forslaget § 8-3 (2), formulert som kriminalitetskravet. Det følger her klart av lovtteksten hvilke

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 60 (2004-2005).

¹⁰⁸ Instruks fra riksadvokaten av 1980.

lovovertrædelser som er alvorlige nok for å kunne anvende provokasjon. I tillegg til at det er angitt en strafferamme på fengsel i 5 år eller mer og 10 år eller mer, opprømses aktuelle bestemmelser hvor det ved mistanke om lovovertrædelse kan anvendes provokasjon. Lovforslaget innebærer klart et utvidet anvendelsesområde i forhold til hva riksadvokatens rundskriv legger opp til.

Andre punktum angir grunnvilkåret som følger av gjeldende rett. Det avgjørende er at politiet ikke må ha vært årsak til den straffbare handlingen. Pedersenutvalget¹⁰⁹ uttaler at dersom politiets provokasjon har virket inn på gjerningsmannens motivasjon, vil spørsmålet om det foreligger en utilbørlig provokasjon bero på om politiets handling etter en mer samlet vurdering bryter med de grunnleggende hensyn som ligger bak instituttet. Andre punktum innebærer altså ingen endring i forhold til dagens situasjon.

(2) Dersom formålet kun er å forebygge kriminalitet, å bringe til rette en gjenstand ellers skaffe bevis for en allerede begått straffbar handling, kan politiet likevel fremprovosere en straffbar handling. Det kan ikke reises tiltale for den fremprovoserte handling.

Det følger av dette vilkår, at grunnvilkåret for å anvende provokasjon ikke gjelder ved såkalt forebyggende provokasjon, bevisprovokasjon og de tilfelle hvor gjenstander skal bringes til rette. Heller ikke dette skiller seg fra dagens rettssituasjon.

(3) Beslutning om provokasjon skal treffes av politimesteren, eller av sjefen for Politiets sikkerhetstjeneste dersom det gjelder sak som angår § 2-2 (1). Tillatelse kan bare gis dersom det vil være av vesentlig betydning for å løse saken, og bare når mindre inngripende metoder ikke vil være anvendelige.

Etter riksadvokatens rundskriv er det et krav om at politimesteren innhenter samtykke fra statsadvokaten. Dette kravet er her endret, hvilket innebærer at beslutningskompetansen er flyttet ned i påtalemyndighetens hierarki. Dette er nok gjort av hensyn til effektivitet i saksbehandlingen, samtidig som politimesteren er nærmere

¹⁰⁹ Se NOU 2004:6 s. 247.

saken og således er i en bedre situasjon til å vurdere behovet. Også her må hensynet til kriminalisering vurderes. Faren for kriminalisering av enkeltpersoner vil nok være større hvor lavere ned i hierarkiet beslutningskompetansen ligger. En mer overordnet beslutningstager vil ikke jobbe så tett opp imot de kriminelle i hverdagen, og kan derfor sies å ha et bedre utgangspunkt for å gjøre en objektiv vurdering av behovet for å anvende metoden.

Andre punktum oppstiller indikasjonskravet som også følger av riksadvokatens rundskriv.¹¹⁰

(4)Tillatelsen skal gis for et bestemt tidsrom, som ikke må være lenger enn strengt nødvendig, og ikke lenger enn 2 uker om gangen.

Denne tidsbegrensningen er gjort for å hindre misbruk av metoden. Dette vil neppe gjøre noe stor forandring i forhold til gjeldende rett da bruk av provokasjon oftest er situasjonsbestemt og kortvarig.

(5)Tillatelse kan likevel ikke gis når det etter inngrepets formål, sakens betydning og forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep.”

Her finner vi det allerede gjeldende proposjonalitetsprinsippet. Pedersenutvalget¹¹¹ mener at det kreves en streng anvendelse av proposjonalitetskravet, da provokasjon er en særlig inngripende metode. Dette er et vilkår som flere ganger er slått fast i rettspraksis.

§ 8-21”Politiets beslutning om metodebruk etter dette kapittel skal så vidt mulig være skriftlig. Må tillatelse gis muntlig, skal den nedfelles skriftlig snarest mulig. Av den skriftlige beslutning skal fremgå at vilkårene for inngrepet er oppfylt. Begrensninger som gjelder med hensyn til fremgangsmåte, tid og sted skal også fremgå. Beslutningen skal dokumentføres.”

¹¹⁰ Se riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 punkt 2.4 s. 5.

¹¹¹ NOU 2004:6 s. 248.

Det slås her fast et krav om skriftlighet. Det er ikke et absolutt krav, men det kreves skriftlighet så vidt det er mulig. Skriftlighet skaper for det første klarhet ovenfor den som skal sette beslutningen ut i live, samtidig som det sikrer notoritet i etterkant. Dette er helt avgjørende for at det skal kunne føres en effektiv kontroll for bruk av metoden.

Andre ledd stiller klare krav til hva beslutningen skal inneholde. Etter min oppfatning vil dette skape en stor grad av ryddighet og pålitelighet rundt bruken av metoden, hvilket er av avgjørende betydning når vi har med en så inngripende metode å gjøre. Især siste punktum som i praksis innebærer at det må opprettes en egen sak for hvert tilfelle metoden anvendes, er etter mitt syn hensiktsmessig. Pedersenutvalget¹¹² er av den oppfatning at skriftlighetskravet ikke er tydelig nok og således er en svakhet ved gjeldende regulering.

8-22 "Når politiet har gjennomført teknisk sporing, infiltrasjon, provokasjon, kommunikasjonskontroll, forsendelsekontroll, dataavlesning, romkontroll eller romransakning, skal det i saken foreligge dokumentasjon om metodebruken. Det skal fremgå når metoden ble brukt, hvor den ble gjennomført og hva politiet og dets eventuelle medhjelpere foretok seg."

Det oppstilles her et vilkår om en dokumentasjon av metodebruken. Her er formålet å sikre notoritet om hvorledes opplysningene er innhentet.

Også lovforslagets § 8-23 (underretning om metodebruk), §8-24 (taushetsplikt og bruk av overskuddsinformasjon) er aktuelle ved bruk av provokasjon. Av hensyn til oppgavens omfang, vil jeg ikke kommentere disse delene av lovforslaget ytterligere.

¹¹² Se NOU 2004: 6 punkt 10.7.5.2 (s. 199).

6.3 Egne vurderinger

Utgangspunktet er at en lovregulering skaper klarhet og forutberegnlighet for borgerne. Ofte vil også en lovregulering skape mer oversiktlige regler.

En første vurdering som må gjøres er om EMK krever at metoden må lovfestes. Selv om det ikke er fastslått av EMD at bruken av provokasjon må være lovfestet, og at vi således ikke bryter med våre folkerettslige forpliktelser, er denne rettssituasjonen langt fra avklart. Mye tyder på at dersom EMD kommer frem til at provokasjon medfører et inngrep i privat- eller familielivet etter art 8 (1), vil metoden må ha hjemmel i lov. Kravet om at regelen må være offentliggjort kan det stilles spørsmål om vi tilfredsstillter. Det er avgjørende at borgeren kan finne ut om han er i en posisjon som kan gi grunnlag for inngripen i privatlivet. Idag er reglene å finne i rettspraksis og i riksadvokatens rundskriv, noe som i utgangspunktet ikke er lett tilgjengelige for borgerne. Metodeutvalget¹¹³ vektlegger også behovet for at norske regler samsvarer med EMK.

Det ble av Metodeutvalget lagt fokus på at lovregulering i Danmark hadde ført til at politiprovokasjon ble mindre anvendelig som etterforskningsmetode. Utvalget uttalte om dette at det i Danmark er blitt «vesentlig vanskeligere å unngå at bakgrunnsinformasjon kommer frem og kildens identitet røpes.¹¹⁴ Metodeutvalget la avgjørende vekt på dette da de mente at det ikke burde foretas noen lovregulering. Dette ble fulgt opp av justisdepartementet i Ot.prp. nr. 64 og av justiskomiteen i Innst.O nr 3. Hvis det er slik at det er umulig å lovregulere bruken av denne etterforskningsmetoden, uten at det skal bli vanskeligere for politiet å anvende metoden, taler dette selvfølgelig for ikke å lovregulere. Det er likevel nødvendig å stille seg spørsmålet om det kan være utformingen av lovteksten som kan være problemet i Danmark. Den danske rettplejeloven § 754 a forbyr bruk av politiprovokasjon unntatt i disse tilfelle:

«1) der foreligger en særlig bestyrket mistanke om, at lovovertredælsen er ved at blive vegått eller forsøget,

2) andre etterforskingsskridt ikke vile være egnede til at sikre bevis i sagen, og

¹¹³ Se NOU 1997: 15 punkt 6.11 (s. 120).

¹¹⁴ Se NOU 1997:15 punkt 6.10.2 (s. 120).

3)etterforskningen angår en lovovertrædelse, som efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover, eller en overtrædelse mf straffelovens § 289,2.pkt»

I tillegg følger det av § 754 b: «*De foranstaltninger som er nevnt i § 754 a, må ikke bevirke en forøkelse mf lovovertrædelsens omfang eller grovhet. 2. Foranstaltninger ene må alene uføres mf polititjenestemann*».

Det er mange likheter med de retningslinjene riksadvokaten og rettspraksis har trukket opp i norsk rett. Vi ser at indikasjonskravet og forholdsmessighetskravet er som hos oss. Videre ser vi av lovteksten er det kun polititjenestemann som kan være provokatører. Det er således et totalt forbud mot bruk av sivile provokatører. Det kan være at polititjenestemenn i små skandinaviske byer er relativt lett gjenkjennelige, og dermed at bruk av utenforstående sivile provokatører kan effektivisere metoden. Dansk politi og påtalemyndighet er av den oppfatning at konsekvensen av at ikke sivile provokatører kan benyttes, er at adgangen til å benytte metoden praktisk talt er uten betydning. Det som utmerker seg er likevel mistankekravet «særlig bestyrket». Naturlig språklig forståelse tilsier at politiet må være så godt som sikre. «Særlig bestyrket» er et strengt krav til mistanke. Dette ligger tett opp til kravet om domfellelse.¹¹⁵ I de tilfelle mistanken er så sterk som det her stilles krav om, vil politiet ha kommet så langt i etterforskningen at det ikke lenger er behov for å anvende provokasjon.¹¹⁶ Det er således naturlig å tro at dette sterke mistankekravet har bidratt til redusert anvendelighet for politiprovokasjon i Danmark. Det kan nevnes at fra mindretallet i lovforslaget er det foreslått vilkåret «med skjellig grunn kan mistenkes.» «Skjellig grunn» må sies å være strengere enn flertallets forslag som lyder «mest sannsynlig». Det kreves dog heller ikke her samme strenge grad av mistanke som ved dansk lov.

Lovregulering av provokasjon i Nederland og Finland ikke har gjort metoden mindre anvendelig, hvilket tilsier at lovregulering i seg selv ikke trenger å gå utover anvendeligheten. Utformingen av ordlyden vil være det avgjørende i forhold til i hvilken grad metoden kan anvendes.

¹¹⁵ NOU 2004:6 punkt 10.7.5 (s. 198).

¹¹⁶ NOU 2004:6 punkt 10.7.5 (s. 198).

Metodeutvalget argumenterte videre mot lovregulering med argumentet at riksadvokatens retningslinjer og rettspraksis allerede setter opp relativt klare rammer for bruken av metoden, men likevel med en fleksibilitet, som vil kunne bli redusert hvis metoden lovreguleres. Dette er et standardargument mot lovfesting generelt. Lovregulering kan i visse tilfelle låse rettstilstanden noe. Det er likevel slik at flere av dagens norske lover bærer preg av å være rettslige standarder, som dermed ikke låser rettstilstanden. Det vil således fortsatt være rom for tolkning i takt med tiden. Jeg mener at dette kan løses ved å formulere ordlyden mer generell, og ikke altfor konkret.

Det er videre slik at en lov kan endres dersom det viser seg at lovteksten gir uheldige konsekvenser, hvilket i seg selv er et argument for å kunne «ta sjansen» på å lovfeste bruken av metoden.

En fare ved en for detaljert lovregulering er at det vil kunne gjøre det enklere for de kriminelle å oppdage når de blir utsatt for provokasjon fra politiets side. Eller som det fremkommer av NOU 2004: 6¹¹⁷ «det er under ingen omstendigheter aktuelt å lovregulere metoden i slik detalj at det vil kunne danne grunnlag for uheldige kontrollrutiner blant personer som begår straffbare handlinger.» Dersom det er klart regulert i hvilke type saker, hvem som kan være provokatører og eksakt i hvilken del (i tid) av etterforskningen metoden skal anvendes kan det blir enklere for de kriminelle å forstå hva som er på gang. Dersom det er lovregulert hvilke straffebud politiet selv kan bryte, for eksempel kjøpe eller besitte narkotika (er idag regulert i fortrolig instruks av riksadvokaten), vil dette kunne danne et grunnlag for utarbeidelse av kontrollrutiner i kriminelle miljøer som tar sikte på å avsløre politiets provokatør. Det er utvilsomt en trend at dagens kriminelle er svært oppdatert på lovgivningen på det område de bedriver sin kriminelle atferd. Og da ikke som før, bare om hva strafferammen er, men også hvilke metoder politiet lovlig kan anvende. Dette kan ikke bare redusere metodens effektivitet, men også sette provokatørene i en farlig situasjon. Represalier i form av vold er ikke uvanlig når sivile provokatører blir oppdaget i denne typen miljøer. En lovfesting som kan sette provokatøren og utenforstående i fare kan ikke aksepteres. Jeg mener at også her kan dette problemet løses ved en vel formulert, ikke for detaljeregulert lovtekst. Samtidig ser vi at andre såkalt ekstraordinære etterforskningsmetoder blir lovfestet. I de siste årene har for eksempel regler for telefonkontroll som etterforskningsmetode blitt regulert (strpl kapittel 16).

¹¹⁷ NOU 2004:6 punkt 10.7.5.1 (s. 189).

Av det over nevnte er det liten tvil om at det blir avgjørende at ordlyden i lovteksten blir god. Flere steder i juridisk litteratur er det en oppfatning om at dette kan bli vanskelig. Riksadvokat Dorenfeldt¹¹⁸ uttalte 1978 at ”grensen for den tillatte provokasjon vil bli meget vanskelig å formulere” og at dette derfor ikke burde lovreguleres. Dette er mange år siden, og de må nå være et argument for å lovregulere at riksadvokatens og Høyesteretts praksis har satt opp såpass klare og gode retningslinjer at det nå er lettere å formulere en god lovtekst enn det var for noen år siden. Politiet har også fått mer erfaring med bruk av metoden, i tillegg til at det stadig fattes avgjørelser på området. Dorenfeldt uttaler selv at man burde ha spørsmålet om lovfesting under vurdering og at det med tiden kunne bli aktuelt når rettspraksis hadde trukket opp retningslinjene.¹¹⁹

Etter min mening taler de beste og sterkeste hensyn for at reglene om politiprovokasjon bør lovreguleres. Politiprovokasjon er betegnet som særlig inngripende, og tidvis betenkelig metode, der lovligheten av metoden bør være å finne i en klar, lett tilgjengelig lovtekst. Hensynet til legalitetsprinsippet, samt forholdet til EMK, tilsier også etter min mening at metoden bør lovfestes. Det er klar tendens at brudd med EMK stadig oftere påropes i norske domstoler, det er derfor viktig å få avklart forholdet til EMK. I vurderingen av gjeldende regulering, mener Pedersenutvalget¹²⁰ at det er betenkelig at lovligheten av en så prinsipielt betenkelig metode baseres på at politiet i kraften av strafferettens rettstridsreservasjon kan begå i utgangspunktet straffbare handlinger. Det er således antageligvis slik at også lex-superior prinsippet innebærer at metoden bør være hjemlet i formell lov.

Det er videre viktig at ikke tilliten til politiet og domstolene svekkes. En lovfesting som gir større grad av forutberegnlighet, og antageligvis tydelig synliggjør behovet for metoden vil kunne avhjelpe dette. En kodifisering vil også kunne være til hjelp for de som skal anvende metoden.

Når det gjelder lovtekstens ordlyd er det viktig gi klare rammer for bruken av metoden, men samtidig ikke for detaljert. Det vil utvilsomt fortsatt være nødvendig med interne instruksjoner som regulerer detaljer som av polititaktiske grunner ikke må

¹¹⁸ Dorenfeldt (1978) s. 302.

¹¹⁹ Dorenfeldt (1978) s. 302.

¹²⁰ Se NOU 2004:6 punkt 10.7.5 (s. 198).

offentliggjøres. Mer konkret vil jeg påstå at mistankevilkåret bør være som foreslått av flertallet i NOU 2004:6, altså «mest sannsynlig». Jeg mener dette i tilstrekkelig grad vil hindre faren for kriminalisering ved overdreven bruk av metoden. Samtidig vil ikke dette mistankevilkåret, som i Danmark, føre til en for stor begrensning av anvendelsen.

Det vil være viktig, at det som foreslått, oppstilles et krav om skriftlighet for å sikre notoriteten ved bruk av metoden. Videre er det etter min oppfatning mest hensiktsmessig at beslutningskompetansen for iverksettelse av metoden blir værende hos statsadvokaten, da de i mange tilfelle fra sin overordnede posisjon har lettere for å gjøre objektive vurderinger av om metoden bør anvendes. Statsadvokaten vil også kunne følge med på hvor hyppig metoden anvendes over hele landet, og eventuelt stoppe en uheldig utvikling ved å ikke samtykke til at metoden iverksettes i det konkrete tilfellet.

7 Litteraturliste

Bøker og artikler:

Andenæs, Johs (2000): *Norsk straffeprosess*. Bind II. Oslo: Universitetsforlaget.

Andenæs, Johs (2004): *Norsk straffeprosess*. 5.utgave. Oslo: Universitetsforlaget

Andersen, John Peter (1986): *Agent Provocateur*. Aarhus: Aarhus universitetsforlag.

Andersen, Kjell (2001): *Provokativ politietterforskning. Jussens Venner 2001 s. 1-27.*

Auglend, Ragnar L., Henry John Mæland og Knut Røsandhaug (1998). *Politirett*. Oslo: Gyldendal

Bratholm, Anders (1980): *Strafferett og samfunn. Alminnelig del*. Oslo: Universitetsforlaget.

Dorenfeldt, Lauritz J. (1978): *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?* Lov og rett 1978 s. 291-303.

Eskeland, Ståle (2006): *Strafferett*. 2.utgave. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag.

Gammeltoft-Hansen, Hans (1984): «*Agent controlleur*». Tidsskrift for rettsvitenskap 1984 s. 89-131.

Hopsnes, Roald (2003): *Provokasjon som politimetode*. Jussens venner 2003 s. 62-130.

Hov, Jo (1999): *Rettergang II. Straffeprosess*. Oslo: Papian.

Kristensen, Marit: *Generelt om politiprovokasjon som straffrihetsgrunn*. UiT.

Møse, Erik (2002): *Menneskerettigheter*. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag.

Rothenborg (1978), UfR B

Lovregister:

Menneskerettsloven. *Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett*, 21. mai 1999 nr. 30.

Politiloven. *Lov om politiet*, 4. august 1995 nr. 42

Straffeloven. *Almindelig borgerlig straffelov*, 22.mai 1902 nr. 10.

Straffeprosessloven. *Lov om rettergangsmåten i straffesaker*, 22.mai 1981 nr. 25.

Våpenloven. *Lov om skytevåpen og ammunisjon m.v.*, 9.juni 1961 nr. 1.

EMK, (*Europeisk menneskerettskonvensjon*), 21.mai 1999 nr. 30.

Forarbeider:

Ot.prp. nr 35 (1978-1979). *Om lov om rettergangsmåten i straffesaken*.

Ot.prp. Nr 64 (1998-1999). *Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven*.

NOU 1997: 15. *Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet*.

NOU 2004: 6. *Mellom effektivitet og personvern*.

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

Rundskriv:

Instruks fra riksavokaten av 1980

Riksadvokatens rundskriv 3/1999. *Etterforskning*

Riksadvokatens rundskriv 2/2000. *Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode*

Rettspraksis:

Rt. 1984 s. 1076 Politiheroindom I.

Rt. 1990 s. 531 Asyilmottakdommen.

Rt. 1992 s. 1088 Politiheroinkjennelse II.

Rt. 1993 s. 473 Pirattaxidom I.

Rt. 1998 s. 407 Skriksaken

Rt. 1999 s. 1269 Verksmestersaken

Rt. 2000 s. 1223 Tronheimssaken

Rt. 2000 s. 1345

Rt. 2000 s. 1482

HR-2006-00223-A

Rt. 2007 s. 268

TOSLO 2005-88857

EMD:

Teixeira de Castro v. Portugal. Klagsak: 25829/94

Lüdi v. Sveits. A 238, 1992. Klagesak: 12433/86

Sunday Times mot Storbritannia. Klagesak: 6538/74