

POLITIPROVOKASJON

- **Grensen mellom lovlig og ulovlig politiprovokasjon, samt rettsvirkningene av overtredelse og kriminaliseringsfaren.**

Kandidatnummer: 517.
Leveringsfrist: 25.11.2008.

Til sammen 17 951 ord

13.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av emnet og problemstilling.	1
1.2	Avgrensning av oppgaven.	1
1.3	Begrepsavklaringer i forhold til oppgaven.	2
1.4	Den videre fremstillingen.	2
<u>2</u>	<u>DEN RETTSKILDEMESSIGE SITUASJONEN.</u>	<u>3</u>
2.1	Innledning.	3
2.2	Politiprovokasjon og lovhjemmel.	3
2.3	Forarbeider.	4
2.4	Riksadvokatens rundskriv.	5
2.5	Høyesterett sine uttalelser og praksis.	6
2.6	Internasjonale rettskilder?	7
2.7	Juridisk litteratur.	7
<u>3</u>	<u>BEGREPET POLITIPROVOKASJON.</u>	<u>7</u>
3.1	Praktisk eksempel på bruk av lovlig og ulovlig politiprovokasjon.	10
3.1.1	Lovlig politiprovokasjon.	10
3.1.2	Ulovlig politiprovokasjon.	11
3.2	Identifikasjon mellom politiet og medhjelper.	12

4	<u>FLERE TYPER POLITIPROVOKASJON?</u>	13
4.1	Tiltaleprovokasjon.	14
4.1.1	Kriminaliseringsfare ved bruk av tiltaleprovokasjon?	14
4.2	Bevisprovokasjon.	15
4.2.1	Kriminaliseringsfare ved bruk av bevisprovokasjon?	15
4.3	Avvergende provokasjon.	17
4.3.1	Kriminaliseringsfare ved bruk av avvergende provokasjon?	18
4.4	Andre tilnærmede metoder.	18
4.4.1	Kontrollert leveranse.	18
4.4.2	Infiltrasjon.	19
4.4.3	Lokkeduemethoden.	20
5	<u>BEHOVET FOR POLITIPROVOKASJON.</u>	21
5.1	Hensyn som taler for bruk av politiprovokasjon.	22
5.1.1	En effektiv bekjempelse av kriminalitet.	22
5.2	Hensyn som taler mot bruk av politiprovokasjon.	23
5.2.1	Hensynet til den enkelte borger.	23
5.2.2	Hensynet til den mistenkte i politiets øyne.	25
5.2.3	Tiltro til politiet som maktinstans, forholdet mellom politi og domstolen.	25
5.2.4	Metoden skaper kriminalitet.	26
5.3	Avsluttende bemerkninger i henhold til punkt 5.	27
6	<u>VILKÅR KNYTTET TIL POLITIPROVOKASJON.</u>	28
6.1	Fellesvilkår.	28
6.1.1	Villfarelseskriteriet.	28
6.1.2	Krav til aktiv handling fra politiet sin side.	28
6.1.3	Krav om kontakt mellom politiet og gjerningspersonen.	29
6.2	Materielle vilkår.	30

6.2.1	Grunnvilkåret.	30
6.2.2	Krav om alvorlig kriminalitet.	34
6.2.3	Mistankekravet.	37
6.2.4	Indikasjonskravet.	38
6.3	Prosessuelle vilkår.	38
6.3.1	Kompetansekravet.	38
6.3.2	I overensstemmelse med prosessuelle grunnprinsipper.	39
6.3.3	Krav om kontroll med etterforskningen.	40
6.3.4	Forholdsmessighetsprinsippet.	41
7	<u>EMK OG EMD SIN PRAKSIS OM POLITIPROVOKASJON.</u>	42
7.1	EMK artikkel 6.	42
7.1.1	Nærmere om rettspraksis og EMK artikkel 6.	43
7.1.2	Rt.1999 side 1269.	43
7.1.3	Teixeira de Castro v. Portugal.	44
7.1.4	Vanyan vs. Russland.	45
7.1.5	EMK artikkel 6 og hensynet til selvinkrimineringsprinsippet.	45
7.2	EMK artikkel 8.	46
7.2.1	Nærmere om rettspraksis og EMK artikkel 8.	47
8	<u>RETTSVIRKNINGER VED OVERTREDELSE AV POLITIPROVOKASJON.</u>	47
8.1	De ulike rettsvirkninger for gjerningspersonen.	47
8.1.1	Bevisene avskjæres.	49
8.1.2	Avvisning av saken.	49
8.1.3	Tiltalte frifinnes.	50
8.1.4	Påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale.	53
8.1.5	Opphevelse.	54
8.2	Rettsvirkninger for provokatøren.	55
8.2.1	Rettsvirkningen for de sivile medhjelpere.	55
8.2.2	Rettsvirkningen for polititjenestemenn.	55
8.3	Avsluttende bemerkninger om rettsvirkninger ved overtredelse av	

politiprovokasjon.	56
9 <u>LOVREGULERINGSSPØRSMÅLET.</u>	57
9.1 Hensyn som taler mot lovregulering.	59
9.2 Fordeler ved lovregulering.	60
10 <u>LITTERATURLISTE.</u>	62

”Vokt dere for de falske profeter. De kommer til dere i saueham, men innvendig er de glupske ulver.”

Jesus advarer menigheten mot falske profeter, Matteus 7,15, 21-23.

”Selv en helgen kan la seg fristes av en åpen dør.”

Italiensk ordtak.

1 Innledning.

1.1 Presentasjon av emnet og problemstilling.

Dagens samfunn er preget av en stadig fremvekst av en mer alvorlig og brutal kriminalitet enn tidligere. Kriminalitetsbildet har endret karakter¹ og vi er vitne til at de kriminelle miljøene er mer organiserte. Dette innebærer at det har blitt mer problemfylt for politiet å nå til bunns i de enkelte saker. På bakgrunn av denne utviklingen blir politiprovokasjon i økende grad benyttet av politiet.² Oppgaven vil ta for seg emnet politiprovokasjon og hvordan det kan benyttes under etterforskning.

Spørsmål knyttet til hva som kjennetegner emnet politiprovokasjon generelt, hvorvidt bruk av politiprovokasjon kan bidra til å frembringe kriminalitet i samfunnet, samt grensdragningen mellom den lovlige og ulovlige politiprovokasjonen, er generelle problemstillinger knyttet til emnet. Det skal også ses på hva rettsvirkningene er når grensene blir overtrådt, samt forholdet til Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.³

1.2 Avgrensning av oppgaven.

Emnet politiprovokasjon er meget omfattende og av bred karakter. Enhver side av temaet vil derfor ikke bli behandlet i den kommende fremstillingen.

Tidligere var det nødvendig å benytte seg av utenlandske rettskilder.⁴ Særlig var svenske og danske rettskilder av interesse, da det i norsk rett var uklart hvilke regler

¹ NOU 2004:6 punkt 9.1.

² Det blir påpekt av Høyesterett i Rt.1984 side 1076 at de ordinære etterforskningsmetodene kommer til kort og at det foreligger et behov for politiprovokasjon.

³ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 21.mai 1999 nr.30, videre omtalt som EMK.

⁴ Lauritz Dorenfeldt, Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker? s.291 -303.

som var gjeldende på området. Noen dypere utredning om forholdet til svensk og dansk rett vil ikke bli behandlet på bakgrunn av våre egne, nye rettskilder som alene belyser de rettslige spørsmål rundt emnet. De internasjonale kilder knyttet til EMK vil bli behandlet.

Videre vil det heller ikke bli redegjort for de ulike feil eller mangler under etterforskningen som kan medføre at det ikke blir reist tiltale.

1.3 Begrepsavklaringer i forhold til oppgaven.

For en helhetlig forståelse av politiprovokasjon som emne er det nødvendig å skille de ulike generelle provokasjonstypene fra hverandre og klargjøre hvilke det vil bli lagt vekt på i den kommende fremstillingen.

Det opereres med flere typer av provokasjon innenfor norsk strafferett. Strl. § 228⁵ omfatter legemsfornærmelse hvor provokasjon benyttes i den hensikt å medføre en straffenedsettelse eller full straffefrihet på grunn av en forutgående krenkelse. Der A slår B på bakgrunn av en provoserende handling eller uttalelse fra B, kan A påberope seg provokasjon som en eventuell straffefrihetsgrunn.

I sivilprosessen derimot, blir provokasjon benyttet i den hensikt å oppfordre den annen part om å utlevere dokumentbevis for å bidra til å opplyse saken bedre.

De tilfeller hvor politiet benytter seg av provokasjon som en politietterforskningsmetode, er den type provokasjon det vil bli tatt stilling til i det kommende.

1.4 Den videre fremstillingen.

En systematisk gjennomgang av emnet politiprovokasjon med tilhørende problemstillinger vil bli gjort rede for i det kommende. For en helhetlig forståelse av emnet foreligger det i punkt 2 en oversikt over de ulike rettskilder som anses som sentrale, herunder anses rettspraksis som den mest vesentligste rettskilde. I punkt 3 blir det gjort rede for selve begrepet politiprovokasjon. I henhold til lovlig og ulovlig politiprovokasjon vil det også

⁵ Straffeloven 22.mai 1902 nr.10.

foreligge konkrete eksempler som underbygger bruken. Ettersom politiprovokasjon kan deles opp i flere typer av provokasjon, blir det i punkt 4 gjort rede for de ulike typene herunder tiltaleprovokasjon, avvergende provokasjon og bevisprovokasjon. Under de enkelte typer vil også den eventuelle kriminaliseringsfare bli utdypet. Spørsmålet blir så hvorvidt vi har behov for politiprovokasjon i samfunnet. Under punkt 5 vil de ulike hensyn omkring emnet behandles for å underbygge bruk av metoden. Punkt 6 tar for seg de vilkår som må foreligge for at bruk av metoden skal legitimeres, herunder nevnes fellesvilkår, materielle og prosessuelle vilkår. Forholdet knyttet til EMK blir behandlet under punkt 7, sentralt står artikkel 6 og 8. I henhold til problemstillingen blir det i punkt 8 gjort rede for de ulike rettsvirkninger som følger av overtredelse av politiprovokasjon. Avslutningsvis reises det spørsmål om hvorvidt metoden burde vært lovregulert.

2 Den rettskildemessige situasjonen.

2.1 Innledning.

I norsk rett foreligger et anerkjent rettsprinsipp, legalitetsprinsippet. Prinsippet tar sikte på å hindre en urettmessig opptreden overfor rikets borgere. Det setter et generelt forbud for de offentlige myndigheter til å gripe inn i den private sfære uten at det foreligger hjemmel i lov⁶, samtidig som det begrenser politiets handlefrihet. Hva så med politiprovokasjon? Jeg skal i det kommende under punkt 2 se nærmere på rettskildene til emnet.

2.2 Politiprovokasjon og lovhjemmel.

Strpl.⁷ § 224 første ledd gir politiet lovhjemmel for å igangsette etterforskning når det er ”rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold.” Vedkommende paragraf begrenser seg kun til å angi hjemmel for etterforskningen. Hvilke metoder som

⁶ NOU 2004:6 punkt 5.2.1.

⁷ Straffeprosessloven 22. mai 1981 nr.25.

kan inngå under etterforskning er ikke lovregulert. Generelt kan det sies at politiprovokasjon ikke er lovregulert med noen hjemmel, verken i straffeprosessloven, straffeloven eller politiloven.⁸ Dette betyr ikke at en anvendelse av metoden er forbudt.⁹

Legalitetsprinsippet skal sikre borgerne mot handlinger utenfor loven og av inngripende karakter. Spørsmålet rundt legalitetsprinsippet og politiprovokasjon ble drøftet av førstvoterende i Rt.1984 side 1076. Her ble konklusjonen at politiprovokasjon ikke var av den nødvendige inngripende karakter til at det var behov for lovhjemmel. Høyesterett fastslo dermed at politiprovokasjon er å betrakte som en ekstraordinær etterforskningsmetode. Med dette er høyesterettsavgjørelsen og uttalelsene i denne, et eksempel på hvorvidt rettspraksis er av sentral rettskildemessig betydning.

2.3 Forarbeider.

Der loven ikke gir noen eksakte svar kan en benytte seg av forarbeider for å forsøke å finne lovgivers egentlige mening. Dette er tilfellet for politiprovokasjon. Da emnet ikke er lovregulert er det flere sentrale forarbeider som får betydning ved fastleggelse av rettsstilstanden. Følgende forarbeider blir benyttet i det kommende:

- NOU 1997:15. Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet.
- NOU 2004:6. Mellom effektivitet og personvern.
- Ot.prp.nr.35 1978-1979. Om lov om rettergangsmåten i straffesaker.
- Ot.prp. nr. 60 2004-2005 og Innst. O. prp. nr.13 2004-2005. Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven.
- Ot. prp. nr. 64 1998-1999 og Innst. O. prp. nr.3 1999-2000. Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven.
- Innst.O.nr.3. 1999/2000. Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v.

⁸ Politiloven 04. august 1995 nr. 53.

⁹ Ot.prp.nr.35 1978-1979 s.179.

2.4 Riksadvokatens rundskriv.

Også riksadvokatens rundskriv har vist seg å få betydning som rettskilde. Hvor sentral den er skal jeg se nærmere på i det følgende.

Generelt sett inneholder Riksadvokatens rundskriv av 2000 materielle, prosessuelle og personelle retningslinjer for underordnede tjenestemenn i politi og påtalemyndighet. Det tar for seg hva politiet kan foreta seg i den enkelte sak, hvordan politiprovokasjon kan gjennomføres og hvem som har myndighet til å fatte beslutninger og igangsettelse av politiprovokasjon.

Strpl. § 52 annet ledd utnevner Riksadvokaten som den overordnede leder av påtalemyndigheten. Dette innebærer at han kan gi instruks til sine underordnede. Slike instruks ble for første gang gitt i et rundskriv av 1980.¹⁰ Opprinnelig ble de gitt muntlig, men ble senere skrevet ned.¹¹ Bruksområdet for rundskrivet var begrenset til provokasjon knyttet til narkotikasaker. En så nødvendigheten av et bredere bruksområde ettersom samfunnsforholdene var i utvikling og kriminaliteten ble stadig mer komplisert. Et nytt rundskriv ble derfor gitt i 2000.¹² Dette rundskrivet ble sett på som en videreføring av rundskrivet av 1980, men forelå også på bakgrunn av nyere rettspraksis. Det nyeste rundskrivet har et bredere bruksområde i form av at det ikke lenger omhandler instruks for narkotikasaker alene. Det er blant annet åpnet for bruk av provokasjon i saker om seksuelle overgrep mot barn, samt andre tilfeller.

Hvilken rettskildemessig betydning har så Riksadvokatens rundskriv i henhold til politiprovokasjon? Instruksene som foreligger er åpenbart et resultat av et samspill mellom Riksadvokaten og domstolene. Flere av høyesterettsavgjørelsene viser til rundskrivene og legger til grunn de samme retningslinjer og vilkår som Riksadvokaten har nedfelt. I Rt.1984 side 1076 henvises det til rundskrivet og uttales at det *”har karakter av en instruks fra overordnet påtalemyndighet til tjenestemennene.”* Ettersom Høyesterett velger å etterfølge rundskrivene og vektlegge vilkårene for bruk av politiprovokasjon er det nå slått fast som gjeldende rett. Til tross for dette har ikke rundskrivene noen bindende

¹⁰ Riksadvokatens rundskriv 1980.

¹¹ Rt.1984 s.1076 (s.1080-1081).

¹² Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 26.april.

virkning for domstolen¹³, hvilket medfører at overtredelse eller brudd ikke nødvendigvis er av betydning.¹⁴ Etterforskning i et gitt tilfelle må prøves mot de alminnelige tilstedeværende rettsprinsipper. Samme ble vektlagt i Rt.1984 side 1076 hvorav domstolen ”selvsagt ikke er bundet, men må prøve dem mot de alminnelige rettsprinsipper som gjelder på dette felt.” Motsatt tilfelle er det for tjenestemenn i politi og påtalemyndighet, da instruksene er gitt med et formål at de direkte skal etterleves.¹⁵

2.5 Høyesterett sine uttalelser og praksis.

Det er allerede konstatert at rettspraksis er en sentral rettskilde ettersom intet er lovfestet.¹⁶ En høyesterettsavgjørelse som er av betydelig vekt er Rt.1984 side 1076. Denne vil bli brukt som praktisk eksempel i flere tilfeller i den kommende fremstillingen. Med denne dommen ble politiprovokasjon som en ekstraordinær etterforskningsmetode anerkjent og godkjent som en etterforskningsmetode iverksatt av politiet. Det vil også vise seg i den videre fremstilling at det er flere høyesterettsavgjørelser som inneholder vesentlige bemerkninger om emnet. Generelt kan det bekreftes at uttalelser fra Høyesterett er en sentral og tungtveiende rettskilde.¹⁷ Eckhoff skriver; ”ingen annen rettskildefaktor har så stor vekt som en høyesterettsdom når den direkte avgjør et tolkningsspørsmål.”¹⁸ Høyesterett omtales ofte som en rettskapende instans, slik at deres avgjørelser er å anse som gjeldende rett i det øyeblikk de treffes.¹⁹ Avgjørelsene vil også ha en sentral rettskildemessig vekt i ettertid da Høyesterett sjeldent fraviker sin egen praksis.²⁰

¹³ Fremgår av Rt.1998 s.407.

¹⁴ Fremgår av førstvoterende i Rt.1984 s.1076 (s.1081).

¹⁵ Andenæs, bind I 2000 s.287.

¹⁶ Se punkt 2.2.

¹⁷ Fremgår av tolkning av Riksadvokatens rundskriv at det er opp til Høyesterett i det enkelte tilfellet å trekke retningslinjene for bruk av politiprovokasjon.

¹⁸ Eckhoff, 1997 s.159.

¹⁹ Eskeland, 2000 s.121.

²⁰ Eskeland, 2000 s.121.

2.6 Internasjonale rettskilder?

Det er allerede konstatert flere norske rettskilder av betydning. Hva så med rettskilder utenfor Norges grenser?

Norge er en stat som er bundet av folkeretten og av den grunn også forpliktet til å etterleve dens regler. Særlig er EMK av praktisk betydning i henhold til politiprovokasjon. Siden EMK er inkorporert i norsk lov, mnskr.§ 1²¹, får konvensjonen status som norsk rett, mnskr.§ 2. Sentral betydning som rettskilde får EMK artikkel nummer 6 og 8. En dypere gjennomgang av disse vil ikke bli gjennomgått her. Se punkt 7.

2.7 Juridisk litteratur.

Det foreligger generelt svært lite juridisk teori omkring emnet politiprovokasjon. Grunnen til dette kan tenkes å være fordi emnet i seg selv er av relativt nyere tid og litteraturen av den grunn ikke har klart å følge opp. Det er svært få artikler om emnet, samt at lærebøkene ikke er spesielt dekkende. Av artikler nevnes Roald Hopsnes av 2003 som ble tillagt betydelig vekt av politimetodeutvalget i deres utredning i NOU 2004:6, samt en artikkel i Lov og Rett 1978 av Lauritz J. Dorenfeldt. Tilslutt nevnes Kjell Andorsen sin artikkel i Jussens Venner 2001.

3 Begrepet politiprovokasjon.

En enhetlig legaldefinisjon av begrepet politiprovokasjon foreligger ikke i norsk rett. På bakgrunn av at begrepet ikke har noen faste holdepunkter i loven i form av en konkret lovbestemmelse, foreligger følgelig heller ingen entydig definisjon.²² Begrepet er foreslått legaldefinert i NOU 2004:6 punkt 1.3.

²¹ Menneskerettighetsloven 21. mai 1999 nr. 30.

²² Verken i Andenæs, bind I 2000, Augland/Mæland/Røsandhaug, Politirett 1998 eller i lover foreligger en definisjon.

I Riksadvokatens rundskriv 2000 er politiprovokasjon omtalt som en del av politiets etterforskning, hvor politiet selv eller ved hjelp av en medhjelper opptrer som deltaker i et kriminelt miljø.²³ På denne måten bidrar politiet aktivt til å påvirke hendelsesforløpet i en straffbar handling. Politiet får en tilstedeværende rolle hvor de fremprovoserer en straffbar handling. På den måten skaffer de bevis som ellers ville ha vært vanskelig å få tak i ved ordinære etterforskningsmetoder. Metoden er også omtalt som alminnelig provokasjon.²⁴

Klassisk eksempel er narkotikasaker hvor det generelt sett er vanskelig å straffe gjerningspersonen på grunn av svært lukkede miljøer hvor politiet ikke når til. Svært sjeldent foreligger det vitneobservasjoner omkring narkotikahandelen som ofte foregår i det lukkede rom.²⁵ I slike tilfeller er det behov for politiprovokasjon. En fremgangsmåte er da at politiet selv eller ved bistand fra en tredjemann opptrer som narkomane med det formål å være tilstede som deltaker når stoffet blir solgt. Etter salget inntas posisjonen som politi igjen. Denne fremgangsmåten støtter også politimetodeutvalgets forslag på en enhetlig definisjon;²⁶

”Når 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 en person begår en straffbar handling eller en mer straffverdig handling.”

Karakteristisk for de to nevnte forsøkene på å definere begrepet, er at de begge stiller et krav om at politiet selv eller ved hjelp av en medhjelper engasjert fra politiet sin side, opptrer som provokatør.²⁷

Ettersom politiprovokasjon knytter seg til en metode brukt av politiet til å foranledige en straffbar handling, knytter det seg en negativ holdning og sterk tvil til bruk

²³ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 III punkt 1.

²⁴ Augland/ Mæland/ Røsandhaug, Politirett 1998 s. 300.

²⁵ Dorenfeldt artikkel i LoR 1978 nr.7 s.294.

²⁶ NOU 2004:6 punkt 1.3.8.7.

²⁷ Se punkt 3.2 som behandler politiets benyttelse av en medhjelper.

av begrepet i praksis. Ved første øyekast er det naturlig å tro at metoden er ulovlig og at politiet har opptrådt uskikket i henhold til sin rolle. Politiet har bevisst gått utenfor den alminnelige etterforskningsmetoden og latt den straffbare handlingen fullføres i sin helhet, uten å gripe inn. Av denne grunn omtales politiprovokasjon som en ekstraordinær etterforskningsmetode.²⁸ Diskusjonen og tvilen rundt bruk av politiprovokasjon er knyttet opp mot det faktum at det i realiteten er politiet som maktinstans som skaper den straffbare handlingen, som kanskje ellers ikke ville ha blitt begått. I så tilfelle er det snakk om ulovlig politiprovokasjon. Den rettslige konsekvens ved bruk av ulovlig politiprovokasjon medfører blant annet straffefrihet fordi en domfellelse i et slikt tilfelle er i strid med den alminnelige rettsbevissthet.²⁹ Der politiet har benyttet seg av politiprovokasjon, men den straffbare handlingen uansett ville ha funnet sted, - er det tale om lovlig politiprovokasjon. Spørsmålet er da om lovlig, også kalt ”*etterforskning med provokasjonstilsnitt*”³⁰, og ulovlig politiprovokasjon faller inn under en og samme kategori; politiprovokasjon. Flertallet av Høyesteretts sine uttalelser har lagt til grunn at begrepet ikke er begrenset til og kun gjelde ett av to, men at begrepet provokasjon kan brukes om den lovlige og den ulovlige.³¹ Det samme har også Riksadvokaten valgt å legge til grunn.³² På bakgrunn av dette er det i norsk rett anerkjent at politiprovokasjon omhandler både den lovlige og den ulovlige provokasjon. Dette vil også bli lagt til grunn i den kommende fremstillingen.

Rettsvirkningene knytter seg til både den lovlige og den ulovlige politiprovokasjonen. Ved den lovlige politiprovokasjon blir bevisene innhentet ved metoden, tillatt ført som bevis for retten med den virkning at den mistenkte kan bli dømt for å ha utført en straffbar handling. Ved den ulovlige politiprovokasjon oppstår et spørsmål om straffeansvaret faller vekk. Rettsvirkninger i henhold til overskridelse vil bli behandlet under punkt 8.

²⁸ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 III punkt 2.3.

²⁹ Uttales av førstvoterende i Rt.1992 s.1088.

³⁰ NOU 2004:6 punkt 7.1.2.1.

³¹ Fremgår av politimetodeutvalgets uttalelse NOU 2004:6 punkt 7.5.1.6.

³² Riksadvokatens rundskriv 2/2000 III punkt 1.

3.1 Praktisk eksempel på bruk av lovlig og ulovlig politiprovokasjon.

For å illustrere bruken av den lovlige og den ulovlige politiprovokasjonen i rettspraksis, vil det under punkt 3.1.1 og 3.1.2 bli sett nærmere på to sentrale dommer.

3.1.1 Lovlig politiprovokasjon.

Rt.1984 side 1076 er en høyesterettsavgjørelse som har gitt utgangspunkt for senere rettspraksis hva omgår lovlig politiprovokasjon.

Politiet utga seg i dette tilfellet for å være en interessert kjøper av et parti amfetamin fra en hovedleverandør i Nederland. Leverandøren hadde i utgangspunktet gitt et muntlig tilbud til en innsatt D. Da politiet fikk opplysninger om dette, valgte de å gripe inn i den innsattes telefonkontakt med leverandøren og avtalte leveringssted og tidspunkt. Stoffet ble derav levert direkte i politiets hender av leverandørens mellommann, slik at pågripelse fant sted. På denne måten ble også leverandøren av stoffet pågrepet. Sentralt spørsmål i saken var om politiet var årsak til at den straffbare handlingen fant sted. Det ble konkludert med at politiet sin tilstedeværelse var for indirekte til at det kunne fastslås at de hadde fremkalt den straffbare handelen.

Dommen fastslår generelt sett grunnvilkåret³³ ved bruk av politiprovokasjon ved en uttalelse fra Høyesterett;

”det synes å være alminnelig enighet om- og jeg finner det for min del klart at det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått”.

Tiltalte i saken hevder at den straffbare handlingen i dette konkrete tilfellet forelå på bakgrunn av politiets handling. Det uttales om domfeltes oppfatninger på side 1078;

”i den foreliggende sak har imidlertid politiet etter deres oppfatninger fremkalt de handlinger domfellelsen gjelder.”

³³ Se punkt 6.4.1 om grunnvilkåret.

Tiltalte hevdet at en overlevering av stoffet hadde funnet sted etter en fremprovosering i fra politiet. Retten på sin side la avgjørende vekt på at leveransen av et parti amfetamin til kjøper D, uansett ville ha funnet sted. Vilåret om lovlig provokasjon er tilstede, og Høyesterett har med dette fastslått at det i den kommende tid foreligger adgang til å benytte seg av ekstraordinære etterforskningsmetoder der de alminnelige ikke strekker til.

3.1.2 Ulovlig politiprovokasjon.

Et sentralt eksempel på bruk av provokasjon som medfører frifinnelse er Rt.1998 side 407. Saksforholdet knytter seg til heleri av Skrik maleriet, hvorav tiltalte ble frifunnet på bakgrunn av ulovlig politiprovokasjon.

Politiets overordnede formål med etterforskningen i ettertid var å bringe maleriet uskadet tilbake til den rette eier; Nasjonalgalleriet. I forbindelse med dette engasjerte politiet to engelske agenter som sivile medhjelpere i den hensikt å tilby tyvene en løsesum for maleriet. Politiet hadde i forkant fått opplysninger om at tyvene ønsket å selge maleriet mot en god sum penger. På bakgrunn av dette valgte politiet å aktivt tre inn i den straffbare handlingen. Det ble foretatt en avtale mellom de sentrale parter, og utleveringen av maleriet mot løsepenger fant sted.

Da saken kom opp for retten ble det lagt avgjørende vekt på at politiet hadde fremprovosert heleri av maleriet for å redde det fra ødeleggelse. En slik handling ble sett på som brudd på grunnvilkåret.³⁴ Det ble konkludert med at gjerningspersonen ble forledet av politiet til å begå en straffbar handling han ellers ikke ville ha begått. Førstvoterende uttaler at dersom aksjonen ”*tenkes borte, syntes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført.*” Av en slik uttalelse fremgår det at dersom politiet sin aktivitet ikke fant sted, ville det heller ikke blitt gjennomført heleri av maleriet. Dette fordi det ikke forelå andre aktuelle kjøpere som var villig til å betale det samme angitte beløp. Til tross for at initiativet til heleri i utgangspunktet kom fra gjerningspersonen selv, var det politiet sin opptreden og aktivitet som skapte den straffbare handlingen som medførte at gjerningspersonen ble tiltalt og dømt i lagmannsretten.

³⁴Se punkt 6.4.1 om grunnvilkåret.

Dommen viser et eksempel på ulovlig bruk av politiprovokasjon som resulterer i frifinnelse.³⁵

3.2 Identifikasjon mellom politiet og medhjelper.

Problemstillingen blir i det følgende hvorvidt provokasjonsreglene kommer til anvendelse der politiet benytter seg av sivile medhjelpere for å utføre politiprovokasjonen.

Tradisjonelt er det en polititjenestemann som innehar rollen som provokatør, men på bakgrunn av rettspraksis er det ikke utelukket at også andre kan opptre i den aktive rollen. For sistnevnte er det et strengt vilkår om at vedkommende kan identifiseres med politiet og representerer deres ansikt utad. I de fleste høyesterettsavgjørelser er ikke temaet direkte problematisert, og det blir lagt til grunn av retten at medhjelperens opptreden må likestilles med politiet sin egen. Dette fremgår blant annet av Rt.2006 side 120 hvor en medfange ble engasjert av politiet som provokatør. I dette tilfellet uttalte førstvoterende;

”G var ikkje polititjenestemann, men han tok her på seg ei rolle for politiet og må då identifiserast med politiet.”

Der en tredjemann er engasjert av politiet og skal bistå politiet i etterforskningen, melder det seg et spørsmål når vedkommende opptrer utenfor politiets allerede fastsatte grenser. Om en slik handling skal bli identifisert med politiet eller ikke, er avgjort i rettspraksis. Eksempel foreligger i Rt.2000 side 1223. Her gikk medhjelperen i form av en narkoman kvinne, utenfor instruks gitt henne av politiet. Det ble tvist om hvorvidt politiet kunne belastes dette eller ikke. Resultatet ble, til tross for at kvinnen handlet utenfor den interne avtalen, at hun var å identifiseres med politiet da hun var engasjert i deres øyemed. Samme var tilfellet i en sak i Oslo tingrett³⁶ hvor en Securitasveker var engasjert som provokatør. Politiet hadde i dette tilfellet gitt klare instruksjoner om hvilke opplysninger vekteren hadde adgang til å gi videre til

³⁵ Se punkt 8.1.3 om frifinnelse som rettsvirkning.

³⁶ Tingrettdom, TOSLO 2005-88857.

gjerningspersonen. Det klandreverdige lå i at Securitasvekteren hadde gitt flere avgjørende opplysninger enn det som var tillatt etter instruksene og som politiet var inneforstått med. Dette innebar at gjerningspersonen kunne gjennomføre innbruddet i bankboksen. Retten kom, til tross for dette, til den avgjørelse at vekteren uansett måtte identifiseres med politiet ettersom han var engasjert av politiet i den hensikt å opptre som provokatør.

Uansett om medhjelperens handlinger forholder seg innenfor politiets instruksjoner eller ikke, er det tilstrekkelig for en identifikasjon til politiet at det i utgangspunktet foreligger en avtale mellom politiet og medhjelper.³⁷ For sistnevnte eksempel er det å bemerke at dommen ble opphevet, men den viser allikevel et eksempel på identifikasjon mellom politiet og medhjelper.

4 Flere typer politiprovokasjon?

Spørsmålet videre er om begrepet politiprovokasjon omfattes av flere typer provokasjon, eller kun er ment som en alminnelig politiprovokasjon med et eneste formål i henhold til etterforskning.

I forhold til at politiet kan benytte seg av politiprovokasjon i atskillige situasjoner med ulike formål, har det utviklet seg flere ulike typer av politiprovokasjon. Disse omtales som tiltaleprovokasjon, bevisprovokasjon og avvergende provokasjon.³⁸ Juridisk litteratur viser seg å ha ulik oppfatning om de tre typer av provokasjon skal behandles under ett. I Hopsnes sin artikkel 2003 behandles tiltaleprovokasjon og avvergende provokasjon under ett som politiprovokasjon, bevisprovokasjon er utelukket. Samme er lagt til grunn i NOU 2004:6. Motsatt er det for Riksadvokatens rundskriv og Auglend/Mæland/Røsandhaug som behandler samtlige under ett. Ettersom Riksadvokaten gir retningslinjer til den generelle bruk av politiprovokasjon, legges det til grunn i det følgende at samtlige faller inn under ett og samme emne; politiprovokasjon.

³⁷ Hopsnes JV. 2003 s.82.

³⁸ Riksadvokatens rundskriv 2/2000 III punkt 1.

Det opereres med de ulike betegnelsene etter hvilket formål det har i det konkrete tilfellet i den kommende fremstillingen.

4.1 Tiltaleprovokasjon.

Av de tre undertyper av provokasjon er tiltaleprovokasjon den metoden som blir mest benyttet av politiet. Ved bruk av tiltaleprovokasjon har politiet til formål å reise tiltale mot mistenkte med et grunnlag i en provokasjonshandling som de selv har stelt i stand.³⁹ Der politiet har utført en provokasjonshandling, for eksempel utgitt seg som kjøper av narkotika og får til en handel hvor stoffet blir levert direkte i hendene til politiet, kan politiet benytte seg av tiltaleprovokasjon. Med grunnlag i den allerede utførte narkotikahandelen har politiet anledning til å ta ut tiltale i forhold til selger av stoffet. Dette kan også på sikt bidra til å pågripe leverandørene, samt hindre en videre distribusjon av de narkotiske stoffer. Det karakteristiske med metoden er altså at politiet opptrer som provokatører forut for den straffbare handlingen. På den måten omtales tiltaleprovokasjon som en forebyggende provokasjonsmetode.⁴⁰

4.1.1 Kriminaliseringsfare ved bruk av tiltaleprovokasjon?

Det fremgår av tidligere tekst at for bruk av provokasjon under etterforskning, foreligger det et strengt krav om at politiet ikke under noen omstendigheter må ”*fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.*”⁴¹ Skulle slike tiltak være lovlige ville vi hatt et betydelig problem i henhold til eventuelt misbruk av politiets makt.

Ettersom politiet aktivt går inn for å fremprovosere en straffbar handling, for så å kunne reise tiltale for handlingen i senere tid, vil det kunne stilles spørsmål om politiet ved sin handlemåte bidrar til å skape kriminalitet. Noe slikt ville vært meget betenkelig i en sterk rettsstat bygd opp under legalitetsprinsippet. Utvilsomt vil det skape mistillit til

³⁹ NOU 2004:6 punkt 7.5.2.1.

⁴⁰ NOU 2004:6 punkt 7.5.2.1.

⁴¹ NOU 2004:6 punkt 7.5.2.1.

politiet dersom dem som maktinstans kan misbruke sin posisjon til å kriminalisere borgere som kanskje ellers ikke ville ha begått en straffbar handling.⁴² Det legges til grunn at det ved tiltaleprovokasjon er stor fare for kriminalisering og misbruk fra politiet sin side i det de aktivt deltar. Dersom politiet under provokasjonshandlingen har sterk mistanke om at den mistenkte uansett politiets innblanding, vil begå den straffbare handlingen, ses det vekk i fra en mulig kriminaliserende effekt og det er utelukkende snakk om lovlig politiprovokasjon. Dette var tilfellet i Rt.1984 side 1076.⁴³

4.2 Bevisprovokasjon.

En annen type provokasjon er bevisprovokasjon. Denne type provokasjon har til formål å skaffe bevis i en straffesak og er et nødvendig ledd under politiets etterforskning.

Avgjørende for metoden er at den kriminelle handlingen allerede er begått forut i tid uten politiets innblanding.⁴⁴ Politiet skal så i lys av den foretatte straffbare handlingen gjennom provokasjonsmetoden anskaffe bevis for å kunne reise tiltale mot mistenkte.

4.2.1 Kriminaliseringsfare ved bruk av bevisprovokasjon?

Det karakteristiske ved metoden er altså at provokasjon kommer til anvendelse i en tid etter at den straffbare handlingen er utført. Politiet opptrer ikke som deltaker i den straffbare handlingen, men er først synlig ved anskaffelse av bevis i ettertid. De kan derfor ikke se seg ut bestemte personer og utsette dem for urettmessig beskyldninger eller direkte påvirke dem. Dette bidrar til at politiet på ingen måte har noen innflytelse, verken i henhold til handlingens gjennomføringsmåte eller i forhold til personer knyttet til handlingen. Det foreligger ingen fare for maktmisbruk eller kriminalisering ved bruk av bevisprovokasjon

⁴² NOU 2004:6 punkt 7.5.2.1.

⁴³ Omtalt under punkt 3.1.2.

⁴⁴ Andenæs, bind I 2000 s.287.

på bakgrunn av at gjerningspersonen allerede har begått en kriminell handling på eget initiativ.⁴⁵

Det kan tenkes tilfeller hvor politiet har vanskeligheter med å innhente bevis i forhold til saken. En tenkelig metode politiet kan benytte seg av i slike tilfeller er fremprovosering av en ny straffbar handling for å innhente bevis knyttet til den første begåtte straffbare handling. I slike tilfeller melder kriminaliseringsfaren seg i det politiet har opptrådt som provokatører med innflytelse på handling nummer to.

Faren for at politiet utnytter sin makt og bidrar til å skape kriminalitet er i utgangspunktet utelukket, men det finnes andre betenkeligheter ved bruk av bevisprovokasjon. En betenkelighet foreligger i henhold til mistenktes rett til å forholde seg taus. En slik rettighet fremkommer i Rt.1999 side 1269 hvor retten uttaler:

”det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffefellelse.”

Saken kjennetegnes ved at politiet benytter seg av bevisprovokasjon i form av at de fremprovoserer bevis for en allerede begått straffbar handling. I det konkrete tilfellet ble ikke den mistenktes rett til å forholde seg taus respektert ettersom politiet hadde forledet en fengselsbetjent til å innrømme at han hadde hjulpet en innsatt med å rømme. Det anføres i saken at det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den mistenkte kan forholde seg taus og ikke bidra til egen domfellelse. Ingen kan i utgangspunktet bli pålagt til å forklare seg for politiet, strpl. § 230 første ledd. Retten til å forholde seg taus er et grunnprinsipp i moderne strafferettspleie⁴⁶ og medfører at mistenkte på et hvert steg under etterforskningen kan nekte å avgi forklaring til politiet. Selvinkrimineringsprinsippet sikrer at vedkommende ikke bidrar til egen domfellelse. Der prinsippet blir brutt kan dette få rettslige konsekvenser. Dette kom til syne i den ovenstående nevnte dom, hvor rettsvirkningen ble

⁴⁵ NOU 2004:6 punkt 7.5.2.1.

⁴⁶ FN konvensjonen av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter art.14 nr.3 bokstav g og EMK artikkel 6.

opphevelse.⁴⁷ En forklaring på hvordan fengselsbetjenten hadde hjulpet en innsatt fange med å rømme fra fengselet var blitt tatt opp ved hjelp av skjult mikrofon og var derfor å anse som ulovlig ervervet bevis, og krenket mistenktes rett til å forholde seg taus. Selvinkrimineringsforbudet får altså betydning straks det utelukkende foreligger sikre holdepunkter for at en straffbar handling er foretatt og det ikke foreligger tvil om hvilke personer som kan karakteriseres som mistenkte. I den nevnte dommen får forbudet betydning for politiets etterforskning.

Vi ser altså at det er en nær sammenheng mellom reglene om politiprovokasjon og vernet mot selvinkriminering.

4.3 Avvergende provokasjon.

Avvergende provokasjon kan også omtales som en redningsaksjon benyttet av politiet i forebyggende øyemed.⁴⁸ En av politiets vesentligste oppgaver er nettopp det å forebygge og oppklare straffbare handlinger, politil.§ 2.

Metoden har til formål å avverge eller minimere en straffbar handling ved at politiet aktivt griper inn og forhindrer en eventuell videreføring av handlingen. Eksempel er narkotikasaker hvor politiet griper inn og hindrer et videresalg.

I Rt.1998 side 407 statueres det et annet eksempel. Her benytter politiet seg av avvergende provokasjon med den hensikt å redde maleriet fra å bli ødelagt eller solgt videre på det åpne marked. Ved en benyttelse av metoden sikret politiet seg maleriet tilbakelevert i trygge hender. Derav kan avvergende provokasjon også benyttes til å få tilbake gjenstander som en uberettiget er i ulovlig besittelse av.⁴⁹ Dog ble provokasjonsmetoden i dommen ansett som en ulovlig handling, men om avvergende provokasjon som redningsaksjon uttales det:

⁴⁷ Se punkt 8.1.5 om opphevelse som rettsvirkning.

⁴⁸ Riksadvokatens rundskriv 2/2000 III punkt 3.

⁴⁹ NOU 2004: 6 punkt 7.5.3.

”Som redningsaksjon var politiets handlemåte vellykket, og jeg ser ikke noe ulovlig eller urettmessig ved den som redningsaksjon betraktet.”⁵⁰

4.3.1 Kriminaliseringsfare ved bruk av avvergende provokasjon?

Som under de to tidligere provokasjonstypene melder det seg også her et spørsmål om bruk av avvergende provokasjon bidrar til å skape kriminalitet, eller om det foreligger en fare for maktmisbruk.

Ved avvergende provokasjon handles det i den hensikt å avverge eller redusere en straffbar handling så langt det lar seg gjøre. En slik handling vil ikke medføre at personer urettmessig blir gjenstand for kriminalisering eller utsatt for maktmisbruk. I slike tilfeller benytter ikke politiet seg av handlinger som kan slå tilbake på den enkelte person, og faren for at det er med på å skape kriminalitet er ikke tilstede ved bruk av avvergende provokasjon. Tvert imot, da den avvergende handlingen bidrar til å bekjempe kriminaliteten og handlingen er utført i den hensikt å beskytte borgerne.

4.4 Andre tilnærmede metoder.

Som ledd i etterforskningen av straffbare handlinger kan politiet benytte seg av flere etterforskningsmetoder. Nært knyttet opp mot politiprovokasjon foreligger tre andre sentrale ekstraordinære metoder, med likhetstrekk. Hensikten med fremstillingen under punkt 4.4. er å kunne skille disse metodene i fra politiprovokasjon.

4.4.1 Kontrollert leveranse.

En ekstraordinær etterforskningstaktikk⁵¹ nært beslektet til politiprovokasjon er kontrollert leveranse. Denne type etterforskningsmetode er akseptert som lovlig, men ikke lovregulert.⁵²

⁵⁰ Rt.1998 side 407.

⁵¹ Andenæs, bind I 2000 s. 288.

⁵² Rt.1986 s.779.

Det ligger i begrepet at ved slike omstendigheter har politiet kontroll på en straffbar handling som er på planleggingsnivå eller i ferd med å gjennomføres.⁵³ Det som skiller kontrollert leveranse fra politiprovokasjon er at politiet ikke aktivt deltar i handlingen, men heller ”sitter på vent” for så senere å gripe inn. Med en slik passiv posisjon foreligger ingen fare for kriminaliserende effekt i samfunnet. I stedet for at politiet inntar posisjonen som provokatør og styrer handlingen⁵⁴, forholder de seg passive og overvåker den konkrete situasjon for så å finne rett tidspunkt til å gripe inn. Der politiet får opplysninger av grensevakter ved grenseovergangen fra Sverige til Norge om en stor lastebil lastet med betydelig ulovlig mengde sprit og annet smuglervare, velger å la dem kjøre frem til fremkomststedet, er en kontrollert leveranse igangsatt. I stedet for å gripe inn ved grenseovergangen avventer politiet situasjonen og tar handling på fremkomststedet hvor mottaker venter på varene. På den måten kan også leveringsapparatet av varene bli pågrepet for en ulovlig handling.

En innvending knyttet til bruk av metoden er faren for skade på person eller noens eiendom, samt sikkerheten til de involverte.⁵⁵ Av strl. § 139 fremgår det at politiet ikke kan avvente å gripe inn dersom det foreligger fare for at alvorlig kriminalitet finner sted.

4.4.2 Infiltrasjon.

En annen ulovfestet, ekstraordinær etterforskningsmetode⁵⁶ som kan vise seg vanskelig å skille i fra politiprovokasjon er infiltrasjon. Også denne type etterforskning blir benyttet i politiets forebyggende arbeid mot kriminalitet.

Politiet i forkledning som narkoman oppsøker miljøer tilknyttet de narkomane i den hensikt og skaffe til veie informasjon om en planlagt innførsel av narkotika av stor betydning. Det er nettopp hensikten bak metoden som skiller infiltrasjon fra

⁵³ NOU 2004:6 punkt 7.5.6.1.

⁵⁴ NOU 2004:6 punkt 7.5.6.1.

⁵⁵ NOU 2004:6 punkt 7.5.6.3.

⁵⁶ NOU 1997:15 punkt 4.2.8.2 og Rt.1984 s.1076.

politiprovokasjon, nemlig det å anskaffe opplysninger.⁵⁷ Der politiet ved bruk av politiprovokasjon ønsker å fremprovosere en kriminell handling, har de til formål å innhente avgjørende opplysninger knyttet til en kriminell handling ved bruk av infiltrasjon. Politiet opptrer som en interessert kjøper, men i realiteten spør han ut mistenkte for å få mest mulig opplysninger.⁵⁸

Ettersom politiet også ved bruk av denne metoden forholder seg passiv og ikke aktivt deltar⁵⁹, foreligger heller ikke her en kriminaliseringsfare eller fare for maktmisbruk.

4.4.3 Lokkeduemetoden.

Tilslutt nevnes bruk av lokkeduer som en etterforskningsmetode med likhetstrekk til politiprovokasjon.

Avgjørende ved metoden er at politiet i det konkrete tilfellet legger forholdene til rette slik at det lettere kan begås en kriminell handling av den mistenkte.⁶⁰ Der politiet har mistanke om en biltyv, kan politiet legge opp til at mistenkte begår en ny straffbar handling ved at de plasserer ulåste biler i det området de vet at biltyven tidligere har operert. På denne måten har politiet lagt ut et ”agn” i den hensikt å friste vedkommende til å begå en ny straffbarhandling, for så å tiltale han. Politiet tar ikke direkte kontakt med mistenkte⁶¹, og dette skiller metoden fra politiprovokasjon.

I motsetning til de to allerede nevnte metodene, foreligger det ved bruk av lokkeduer en fare for at politiet bidrar til å skape kriminalitet.⁶² Faren ligger i at politiet kan, som nevnt i det tidligere praktiske eksempelet, ha til hensikt å rette handlingen mot en bestemt person, men ved at en annen utenforstående tredjepart kan la seg friste. Politiet kan rette handlingen mot bestemte personer eller bidra til at den som blir ”lokket” begår en

⁵⁷ Andenæs, bind I 2000 s. 286.

⁵⁸ Hopsnes, JV. 2003 s.34.

⁵⁹ NOU 2004:6 punkt 7.5.1.1.

⁶⁰ NOU 2004:6 punkt 7.5.5.2.

⁶¹ NOU 2004:6 punkt 7.5.5.1.

⁶² NOU 2004:6 punkt 7.5.2.1.

straffbar handling vedkommende ellers ikke ville ha begått. Noe slikt er kritikkverdig i det faren for kriminalisering absolutt er tilstede. I NOU 2004:6 uttales det at det;

”kreves at agnet legges ut slik at det blir rettet mot personen som kan mistenkes for å være involvert i alvorlig kriminalitet.”

5 Behovet for politiprovokasjon.

I et samfunn preget av en stadig økende vekst av kriminalitet, melder behovet seg for etterforskningstaktikker av mer inngripende karakter.

Allerede tilbake på 1970 tallet oppstod politiprovokasjon som etterforskningsmetode⁶³ i bekjempelse av narkotikasaker. Narkotikasaker er i dag som den gang, ofte preget av et hardt kriminelt miljø hvor politiet ser nødvendigheten av å gå grundigere til verks for å få tak i de nødvendige bevis⁶⁴ for senere å kunne reise tiltale.

Politiet sin hovedoppgave er å forebygge og avdekke kriminalitet.⁶⁵ Ved hjelp av politiprovokasjon kan politiet bekjempe kriminelle handlinger som ellers er vanskelige å avdekke. Begrunnelsen for bruk av politiprovokasjon ligger i nettopp det å kunne bekjempe kriminalitet og de skadevirkinger det medfører.⁶⁶

Bruk av politiprovokasjon som ledd i etterforskningen er en meget inngripende metode⁶⁷ som reiser flere betenkeligheter. Jeg skal i det følgende se på hensyn som taler for og mot en anvendelse av metoden.

⁶³ Hopsnes, JV. 2003 s.67.

⁶⁴ NOU 2004:6 punkt 7.1.2.1.

⁶⁵ Ot.prp.nr.60 2004/2005 punkt.4.1.

⁶⁶ Hopsnes, JV. 2003 s.294.

⁶⁷ Allikevel ikke så inngripende at det krever hjemmel i lov, se punkt 2.2 og Rt 1984 s.1076.

5.1 Hensyn som taler for bruk av politiprovokasjon.

5.1.1 En effektiv bekjempelse av kriminalitet.

Som tidligere nevnt er vi vitne til at samfunnet beveger seg i en negativ retning i henhold til utviklingen av kriminalitet. I den forbindelse er det viktig i forhold til politiets formål, og tidlig kunne bidra med forebyggende arbeid og avverge de kriminelle handlinger på et tidlig tidspunkt. Dette for å forhindre spredning av en negativ utvikling og at flere personer involveres i de kriminelle miljøer. Eksempel er den stadig økende narkotikakriminaliteten, hvor politiet aktivt arbeider for å forebygge rekrutteringen til de hardbarkedede miljøer gjennom å forhindre omsetningen av narkotika.

Det skal vise seg i den kommende fremstillingen at det kun foreligger et eneste hensyn som taler for bruk av politimetoden, nemlig at metoden bidrar til en effektiv bekjempelse av kriminalitet. Det skal også vise seg at dette ene hensynet stiller sterkere enn flere mothensyn til sammen.

Enhver borger bosatt i rettsstaten Norge har et krav på beskyttelse og vern mot kriminelle handlinger, slik at enhver kan leve i trygge omgivelser. Dette ble også lagt til grunn av Justisdepartementet⁶⁸, men de så også behovet for et sterkere vern enn tidligere på bakgrunn av at kriminalitetsbildet er i endring. De påpeker at politiet bør gis anledning til å kunne gripe inn i de straffbare handlingene på et tidligere tidspunkt for å hindre at eventuelle skadevirkninger finner sted.⁶⁹ Det er av vesentlig betydning for enhver lovlydig borger å hindre at kriminelle straffbare handlinger blir en del av vårt samfunn. Av den grunn tillates metoden politiprovokasjon. Dette synspunktet ble også vektlagt av Høyesterett i Rt.1984 side 1076;

”under enhver omstendighet tilsier tungtveiende rettssikkerhetshensyn at det må trekkes snevre grenser for politiets adgang til slike provokasjonspregede tiltak.”⁷⁰

⁶⁸ Ot.prp.nr.60 2004/2005 punkt.1.2.

⁶⁹ Justisdepartementets uttalelse i Ot.prp.nr.60 2004/2005 punkt 1.2.

⁷⁰ Rt.1984 s.1076 (s.1078).

Ved bruk av politiprovokasjon som etterforskningsmetode bidrar det til en direkte bekjempelse av kriminaliteten. Av den grunn kan politiprovokasjon omtales som en forebyggende metode. Metoden sikrer også at kriminelle får sin straff, noe som ikke alltid er tilfelle ved bruk av ordinære etterforskningsmetoder.

Hensynet til effektiv bekjempelse av kriminalitet melder seg som sagt ekstra sterkt i miljøer preget av narkotika. Metoden har til hensikt å forhindre kjøp og salg av narkotiske stoffer, som igjen kan bidra til langvarig misbruk for den enkelte bruker. Narkotikamiljøene har også andre skadevirkninger i samfunnet som politiet ved bruk av metoden ønsker å forhindre. Ikke sjeldent medfører såkalt ”dealing” med narkotiske stoffer til annen kriminalitet, som vold mellom personer som er involvert. Også utenforstående personer kan bli gjenstand for en misbrukers problemer. Det viser seg ofte ved vold mot sivile personer, at vedkommende som utførte handlingen i gjerningsøyeblikket var påvirket av sterke narkotiske medikamenter som medførte den voldelige oppførselen. Samtidig som det ofte også innebærer mye hvitvasking av penger og en stor fare for vinningsforbrytelser på sikt, medfører narkotikabruk også betydelige kostnader for samfunnet i form av behandling og rehabilitering av de narkomane. Politiprovokasjon vil i slike tilfeller avverge og eventuelt redusere kostnader og skadevirkninger i samfunnet på sikt. Det ovenstående viser til at det foreligger et meget tungtveiende hensyn som taler for politiet å aktivt kunne benytte seg av politiprovokasjon som en del av etterforskningen.

5.2 Hensyn som taler mot bruk av politiprovokasjon.

5.2.1 Hensynet til den enkelte borger.

Et mothensyn til bruk av politiprovokasjon ligger i hensynet til den enkelte borger, uansett lovlydig eller kriminell. I henhold til EMK artikkel nummer 8⁷¹ har enhver borger rett til privatliv uten forstyrrelser fra andre. I rettslig belysning innebærer dette at ethvert

⁷¹ EMK artikkel 8 blir behandlet under punkt 7.2.

menneske har krav på et privatliv uten inngrep fra det offentlige, i vårt henseende politiet. (Det er ingen absolutt rett, og kan fravikes til fordel for det offentlige så fremt tre kumulative vilkår er tilstede.) Det er konstatert at når politiet benytter seg av politiprovokasjon under etterforskning for å kunne reise tiltale mot mistenkte, foreligger en krenkelse av retten til privatliv og en krenkelse av EMK artikkel nummer 8. Det forekommer i den form av ”spionasje” fra politiet sin side. For at politiet skal kunne benytte seg av metoden, må det på forhånd foretas grundige forberedelser om de enkelte personer/miljøer metoden skal rettes mot. Indirekte betyr dette at politiet aktivt ”overvåker” personer de har mistanke om har begått, eller vil begå en kriminell handling. I samme henseende kan overvåkingen forekomme overfor ellers lovlydige personer. På denne måten blir friheten til den enkelte borger innskrenket, noe slikt er betenkelig i en rettstat preget av sterke rettigheter i form av rett til privatliv. Spørsmålet melder seg videre om den ellers lovlydige borger og den kriminelle borger stiller likt i henhold til retten til beskyttelse av privatlivet. Det er utvilsomt grunnlag for at den enkelte lovlydige borger skal beskyttes mot urettmessig spionasje, men det er også grunn til å stadfeste at den som av eget initiativ utfører en straffbar handling allerede ved utførelsen av handlingen har mistet sin beskyttelsesverdighet.⁷²

Justisdepartementet uttaler:

”et lavt overvåkningsnivå innebærer frihet som mange setter høyt. Dersom man ikke utvider politiets adgang til å gripe inn i forkant av den straffbare handlingen, gir man spillerom for forbrytere til å begå grove forbrytelser, noe som kan gi samfunnsborgere en følelse av utrygghet og ufrihet.”⁷³

Av en slik uttalelse er det naturlig å forstå at den enkelte borgers sikkerhet og trygghet må settes høyt, og av rettslig sett er viktigere enn den enkelte borgers rett til privatliv. Dette for at samfunnet skal virke etter sin hensikt, og hindre eventuelle kriminelle handlinger og de skadevirkninger dette medfører for den enkelte borger.

⁷² Hopsnes, JV. 2003 s.127.

⁷³ Justisdepartementets uttalelse i Ot.prp.nr.60 2004/2005 punkt 1.2.

5.2.2 Hensynet til den mistenkte i politiets øyne.

Også hensynet til den som politiet retter sin provokasjonshandling mot, melder seg ved mothensynene til bruk av politiprovokasjon. Politiet foretar handlingen med det formål å kunne reise tiltale mot vedkommende som utførte den kriminelle handlingen. Spørsmålet er om vedkommende, ansett som mistenkt i politiets øyne, er å anse som like skyldig som den som uten politiets innvirkning har begått en straffbar handling.⁷⁴ Den som har vært gjenstand for en provokasjonshandling har på en indirekte måte blitt fristet til å gjennomføre den straffbare handlingen. Av den grunn er kanskje straffeskylden mindre?⁷⁵ Der mistenkte har utført en straffbar handling uten påvirkning fra politiet, har vedkommende som oftest hatt en vinningshensikt og selv tatt initiativet. Uansett påvirkning eller ei, må det antas at det grunnleggende prinsipp er at enhver borger er forpliktet til å overholde loven og dens regler. Dette innebærer at hensynet til tilsiktede ikke medfører noen begrensning for bruk av politiprovokasjon.

5.2.3 Tiltro til politiet som maktinstans, forholdet mellom politi og domstolen.

Det er et vesentlig grunnleggende prinsipp for at politiet skal kunne opptre som en maktinstans, at den enkelte borger har respekt og tiltro til politiet. Foreligger ikke slik respekt har politiet tapt i sin kamp mot kriminalitet. Der politiet benytter seg av politiprovokasjon og det blir sett på som en metode hvor de kan gjøre hva de vil for å oppnå sine formål, danner det seg raskt mistillit til politiet. Samme gjelder ved overdreven bruk av politiprovokasjon, bruk av metoden i tilfeller hvor den konkrete situasjonen kunne latt seg løses ved ordinære etterforskningsmetoder. Som borger mister en sin respekt og tillit til politiet dersom politiet først frister en til å begå en straffbar handling, for så å straffe vedkommende i ettertid. Dette er også uttrykt i Rt.1984 side 1076 som en vesentlig begrunnelse til å fastsette begrensninger for bruk av metoden; ”*hensynet til den alminnelige tillit til politiet.*”

⁷⁴ Diskuteres av Andorsen i Provokativ etterforskning, JV. 2001 s.123

⁷⁵ På bakgrunn av Rt. 1998 s.407.

Det må også foreligge en viss tiltro mellom politiet og den dømmende makt for at straffesystemet skal fungere i sin helhet. Domstolen legger sin lit til at politiet oppgir korrekte opplysninger i retten ved en eventuell rettssak.⁷⁶ Dersom politiet har benyttet seg av politiprovokasjon og det foreligger tvil rundt beviser og fremgangsmåten, kan dette bidra til at opplysninger og bevis mister sin vekt av vesentlighet for saken. Betenkeligheten medfører behov for synligere rammer rundt gjennomføringen av politiprovokasjonen. Det er ”*uhyre viktig*”⁷⁷ at det ikke foreligger noen form for mistillit mellom to så sterke maktinstanser som politiet og domstolen for at rettssaken skal kunne ivareta sin rettslige betydning.

5.2.4 Metoden skaper kriminalitet.

”Det er bedre at ti skyldige går fri, enn at en uskyldig blir dømt.”

Ved bruk av politiprovokasjon reiser det seg en sentral problemstilling som allerede har vært oppe til drøftelse tidligere i oppgaven, nemlig om metoden bidrar til at politiet skaper kriminalitet i samfunnet. Dette er et vesentlig mothensyn til bruk av politiprovokasjon.

Den provokative handlingen kjennetegnes ved at politiet forårsaker en straffbar handling og med aktiv deltakelse bidrar til at den blir gjennomført. Det er betenkelig og strider mot den alminnelige rettferdighetsfølelsen at politiet først kan friste for så å ta ut tiltale. Det melder seg straks en risiko for kriminalisering og maktmisbruk fra politiet sin side. Faren ligger i at politiet fremprovoserer en handling som ellers ikke ville blitt begått; ulovlig politiprovokasjon. Borgerne skal på ingen måte bli kriminalisert av politiet. Politiet sitt formål er i utgangspunktet det motsatte, men med maktposisjonen følger også faren for en tilbøyelighet for misbruk.⁷⁸ Noe slikt skal i utgangspunktet ikke være mulig, men det foreligger eksempler på hvor politiet i kraft av sin makt har benyttet metoden for å

⁷⁶ Ot.prp.nr.35 1978/1979 s.179.

⁷⁷ Uttrykk benyttet av Dorenfeldt 1978 s.299

⁷⁸ Hopsnes, JV.2003 s.71.

stigmatisere bestemte personer, eksempelvis personlige fiender.⁷⁹ Praktisk eksempel foreligger i det politiet kan ha et personlig ønske om å fengsle en kjenning av politiet som har begått flere straffbare forhold, en gang for alle. Dette fordi vedkommende, etter politiets mening, garantert vil gjennomføre en straffbar handling i den kommende tid. Dette er ikke formålet ved bruk av politiprovokasjon. Det kan omtales som et misbruk av metoden og leder oss over til ulovlig politiprovokasjon.

I de konkrete situasjoner hvor det ikke foreligger tvil om at mistenkte, uansett politiets innblanding, ville ha gjennomført den straffbare handlingen, utelukkes muligheten for kriminalisering.⁸⁰ Dersom politiet forsøker å overtale vedkommende om å begå den straffbare handlingen, er faren absolutt. På et tidlig tidspunkt av den straffbare handlingen har mistenkte et valg om å fullføre eller trekke seg ut og gå fri. Sistnevnte kan for enkelte vise seg vanskelig dersom politiet aktivt har en påvirkende rolle og bidrar til å skape kriminalitet ved at de styrker vedkommendes vilje til å begå en handling han hadde planer om å trekke seg ut i fra.

Av rettsmessige hensyn er det viktig å sikre den enkelte borger mot overgrep fra staten. Statens maktapparat skal ikke kunne misbruke den enkelte borger, men en slik fare er absolutt tilstede ved bruk av politiprovokasjon.

5.3 Avsluttende bemerkninger i henhold til punkt 5.

Det gjør seg gjeldende flere mothensyn enn hensyn som taler for bruk av politiprovokasjon som etterforskningsmetode. Til tross for dette, tillegges det ene hensynet som taler for bruk av politiprovokasjon betydelig rettskildemessig vekt slik at det ene og alene tillater bruk av metoden. Et hensyn begrunnet i effektiv bekjempelse av kriminaliteten stiller sterkere enn mothensynene til sammen.

⁷⁹ Hopsnes, JV. 2003 s. 71.

⁸⁰ Hopsnes, JV. 2003 s. 103.

Av mothensynene kan vi konkludere med at det foreligger et sterkt behov for en klar fastsettelse av reglene rundt emnet. Det må ikke foreligge noen tvil rundt bruken, videre må det kreves strenge regler som hindrer overskridelse.⁸¹

6 Vilkår knyttet til politiprovokasjon.

I forhold til bruk av politiprovokasjon foreligger det kumulative vilkår som jeg i det følgende vil behandle. I mangel av lovregulering er vilkårene utarbeidet gjennom Riksadvokatens rundskriv og rettspraksis. Vilkårene som vil bli behandlet er; fellesvilkår som angir særtrekk for metoden, samt materielle og prosessuelle vilkår.

6.1 Fellesvilkår.

6.1.1 Villfarelseskriteriet.

I samtlige av dommene Høyesterett har behandlet omkring emnet har gjerningspersonen vært i en villfarelse i henhold til politiets innblanding.⁸² Dette angir et første særtrekk ved metoden, omtalt som villfarelseskriteriet. Villfarelseskriteriet krever at den personen som politiprovokasjonen er rettet mot, må være intetanende om at politiet har en deltakende rolle og et formål med deres handling. I motsatt tilfelle foreligger ikke politiprovokasjon.

6.1.2 Krav til aktiv handling fra politiet sin side.

Neste særtrekk ved politiprovokasjon er at det foreligger en aktivitet fra politiet sin side. Slik aktivitet var tilstede i Rt.1984 side 1076. Her besluttet politiet å tre inn i den aktuelle telefonkontakten mellom den innsatte og leverandøren av stoffet amfetamin. Politiet utga

⁸¹ Hopsnes, JV. 2003 s.73

⁸² Hopsnes, JV. 2003 s 82, samt gjennomgang av rettspraksis.

seg for å være den innsatte og bidro aktivt til å påvirke hendelsesforløpet i form av pågrepelse av den som overleverte stoffet, samt leverandøren. Motsatt var tilfelle i Rt.1990 side 531 som gjaldt planer om å sprengte et asylmottak. Et medlem A av en organisasjon mot innvandrere tok kontakt med politiet og avslørte planer om at et annet medlem B, ønsket å sprengte et asylmottak. A opptrådte som politiets medhjelper, hvilket innebar at planene ble avslørt og attentatet avverget. Det karakteristiske for politiet sin handling var at politiet forholdt seg passive i form av observasjon og tilstedeværelse. Politiet som provokatør var på ingen måte en styrende effekt i saken og aktivitetskravet er ikke oppfylt, men leder oss over i infiltrasjon.⁸³ I Rt.2000 side 1223 ble politiets aktive handling i henhold til et aksept vurdert. Spørsmålet var om politiets aksept av et tilbud om kjøp av narkotika innebar tilstrekkelig med aktivitet fra politiet til at det foreligger en straffbar handling som ellers ikke ville vært begått dersom deres aktivitet tenkes vekk. Faktum i saken var at en kvinne i fra narkotikamiljøet selv hadde tatt kontakt med politiet etter at hun var tilbudt en større mengde heroin. Etter samarbeid med politiet fikk kvinnen instruksjoner om å forholde seg passiv og ikke ta initiativ til kjøp. Heroinet ble senere overlevert kvinnen, og ved betalingen av stoffet byttet politiet heroinet ut med gips med den følge at gjerningspersonen ble arrestert og tiltalt for erverv og oppbevaring av heroin. Dette leder oss over i grensetilfellet mellom lovlig og ulovlig politiprovokasjon. Det ble uttalt i dommen at et sådant aksept ikke kan ”*strekkes så langt at det anses som en ulovlig provokasjon.*”

6.1.3 Krav om kontakt mellom politiet og gjerningspersonen.

Underveis i politiprovokasjonshandlingen stilles det krav til at det på ett eller flere tidspunkt i hendelsesforløpet foreligger en kontakt mellom politiet og gjerningspersonen. Det er tilstrekkelig for oppfyllelse av vilkåret at det foreligger kontakt mellom gjerningspersonen og den personen som politiet har engasjert som provokatør.⁸⁴

⁸³ Infiltrasjon er behandlet under punkt 4.4.2.

⁸⁴ I Rt.1994 s. 319 var vilkåret oppfylt i form av at politiet benyttet seg av sivile personer.

Både psykisk og fysisk kontakt tilfredsstillers vilkåret. Vilkåret er oppfylt dersom politiet henvender seg til gjerningspersonen gjennom elektronisk e-post eller sms som inneholder opplysninger av betydning. Motsatt er tilfellet dersom politiet ved mistanke om misbruk av barnepornografi på nettet, oppretter en internettadresse med sådant innhold for så å pågripe de som viser interesse for siden. Hendelsen kjennetegnes som et lokkeduetilfelle og innebærer ingen direkte kontakt.⁸⁵

Den direkte kontakten medfører videre et krav til årsakssammenheng mellom den oppnådde kontakten og gjerningspersonens handling i ettertid.⁸⁶ Kontakten mellom gjerningspersonen og politiet selv, eller representert ved sivile medhjelpere, må ha resultert i at gjerningspersonen handlet på en klanderverdig måte for at vilkåret anses oppfylt. Årsakssammenhengskravet viser tilbake til kravet om at en aktiv handling fra politiet sin side må foreligge.⁸⁷

6.2 Materielle vilkår.

6.2.1 Grunnvilkåret.

”det kan ikke aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.”⁸⁸

Overnevnte sitat omtales som grunnvilkåret, som rettslig sett betegner emnet politiprovokasjon. Grunnvilkåret er angitt i samtlige avhandlinger om emnet, men ble for første gang formulert i 1978;⁸⁹

⁸⁵ Lokkeduetilfellet er behandlet under punkt 4.4.3.

⁸⁶ Hopsnes, JV. 2003 s.83.

⁸⁷ Punkt 6.2.

⁸⁸ Rt.1984 s.1076 og Ot.prp.nr.35 1978/1979 punkt 4.2.8.5.

⁸⁹ Formulert av Dorenfeldt i LoR 1978 s.294.

”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 ha gjort.”

En naturlig språklig forståelse av grunnvilkåret innebærer et krav om at politiet ikke må være en avgjørende faktor for at den straffbare handlingen ble til, og videre gjennomført. Vilkåret angir ikke noe presist avgrensningskriterium, men er til tross for dette av sentral betydning ved benyttelse av metoden. Juridisk sett oppstiller vilkåret skarpe rammer for hvordan en politiprovokasjon kan utarte seg på lovlig vis, og begrenser politiets handlefrihet. Det er betenkelig at politiet kan påvirke vedkommende for å gjennomføre en straffbar handling som en ellers ikke ville ha begått. En slik risiko for kriminalisering begrunner grunnvilkåret og medfører at det er godt innarbeidet ved avgjørelsen om politiprovokasjon er lovlig eller ikke.

Grunnvilkåret reiser problemstillingen om hvorvidt politiet har fremkalt den straffbare handlingen eller ikke, samt stiller krav om at det foreligger en årsakssammenheng mellom etterforskningsinngrepet og den straffbare handlingen.⁹⁰

Den enkelte straffbare handling må først knyttes opp mot det aktuelle straffebud som regulerer forbrytelsen. Deretter tas det stilling til hvorvidt straffebudets gjerningsbeskrivelse er oppfylt av gjerningsmannen alene, eller på bakgrunn av politiets innblanding. Eksempel er straffeloven § 162, en sentral paragraf som omhandler narkotikaforbrytelser. I dette tilfellet må ikke politiet være årsaken til at gjerningspersonen har ervervet, overdratt eller på en annen ulovlig måte har operert med narkotiske stoffer. Er det politiet eller politiets medhjelpere som tar initiativ til overdragelse av narkotiske stoffer, taler dette for at handlingen er fremprovosert. Dette leder oss videre til initiativdelen av grunnvilkåret som knytter problemstillingen opp mot hvem som har tatt initiativ til at handlingen har funnet sted. Dette var relevant i Rt.1993 side 473 som gjaldt ulovlig piratdrosjekjøring. Her fremgår det av sakens avgjørelse at initiativet var tatt av politiet og det kunne ikke forventes at vedkommende ellers ville ha stanset for å plukke opp kunder, og bidratt til ulovlig piratdrosjevirkosomhet. Sakens faktum var at politiets medhjelpere

⁹⁰ Hopsnes JV. 2003 s. 96.

hadde stanset en tilfeldig bil i et område hvor det forelå mistanke om piratdrosjevirksomhet. De spurte om skyss, og på den måten aktivt tok initiativet til den ulovlige handlingen. Noe lignende var også tilfelle i Rt.1994 side 319, men her ble det fastslått at det var sjåføren av bilen som tok initiativet til ulovlig piratdrosjevirksomhet i det han fremsatte et vederlagskrav. I likhet med Rt.1993 side 473 var det medhjelpere i samarbeid med politiet som hadde stanset en bil og spurt om skyss, men initiativet til betaling, og dermed også en straffbar handling, ble tatt av sjåføren selv da han krevde 50 kroner for turen. Sannsynlighetsovervekten var også tilstede for at han ville fortsette utover kvelden om ikke politiet hadde stoppet han. Grunnvilkåret er i sistnevnte tilfelle oppfylt i form av at det ikke er politiet som er initiativtaker. Også Rt.2000 side 1223 vektlegger prinsippet om at grunnvilkåret er oppfylt dersom politiet ikke tar initiativ. Her tok selgerne av heroinet selv initiativ til overlevering av stoffet til en politiinformant. Konklusjonen på bakgrunn av de nevnte avgjørelsene taler for at politiet ikke kan ta initiativet uten at grunnvilkåret brytes. Prinsippet kan nedfelles i hensynet til rettssikkerheten til den enkelte. Det ville vært betenkelig om politiet kunne tatt initiativ til handlingen men ikke være grunn til lovbruddet, det medfører kriminaliseringsfare. ”*Initiativet til handlingen må tas av siktede*” for at den foreliggende politiprovokasjon skal anses rettslig tillatt.⁹¹

I samsvar med prinsippet om initiativ, foreligger det også et krav om at politiet ikke må være årsaken til handlingen. Det vil si et krav om årsakssammenheng mellom politiets adferd og den straffbare handling gjennomført av gjerningspersonen.⁹² Hvis politiets rolle i handlingen utelukkes, kan det stilles spørsmål om den straffbare handling allikevel ville ha funnet sted. Der det foreligger konkrete bevis på at A uansett ville ha foretatt seg den kriminelle handling, er provokasjonshandlingen å anse som lovlig. Dette var tilfellet i Rt.1994 side 319, hvor politiet hadde sikre beviser på at sjåføren tidligere på kvelden hadde foretatt seg ulovlig piratdrosjekjøring. Utvilsomt ville han også ha fortsatt med dette utover kvelden om han ikke var blitt stoppet og avslørt av politiet. I de ulike tilfeller vil dette være et rent hypotetisk spørsmål som vanskelig kan la seg avgjøres.

⁹¹ Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 III punkt 2.2.

⁹² Andorsen, JV. 2001 s.7.

En betingelseslære er lagt til grunn i flere høyesterettsavgjørelser når det gjelder spørsmål om årsakssammenheng. Betingelseslæren vises seg i førstvoterendes uttalelse i Rt.1998 side 407;

”om politiets aksjon tenkes borte, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfellet kunne vært gjennomført.”

Uttalelsen viser til at betingelseslæren er lagt til grunn av Høyesterett. Hvilket innebærer at politiprovokasjonen var ulovlig da politiets handlemåte, i form av kjøp av maleriet, var en nødvendig betingelse for den straffbare handlingen. I denne saken ble tiltalte frifunnet da grunnvilkåret ikke var oppfylt. Betingelseslæren har så videre fått et unntak i form av et tilleggskrav. Dette kommer til syne i Rt.1984 side 1076 hvor betingelseslæren ble lagt til grunn, men på bakgrunn av et tilleggskrav ble ikke årsakskravet oppfylt. Spørsmålet var om A, som hadde fått i oppdrag å overlevere amfetamin fra Nederland til Norge, var blitt trukket inn i en straffbar handling som han ellers ikke ville ha begått, hadde det ikke vært for politiets innblanding. Til dette uttaler førstvoterende,⁹³

”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.”

Tilleggskravet utarter seg i form av at dersom politiets innblanding anses for å være for ”fjern og indirekte” kan ikke krav om årsakssammenheng anses å være oppfylt. Det samme ble lagt til grunn i Rt.2000 side 1482 hvor spørsmålet også her var hvorvidt politiet hadde fremprovosert handlingen. På bakgrunn av Rt.1984 side 1076 henviser førstvoterende også her til betingelseslærens tilleggskrav og uttaler:

”det er ikke tilstrekkelig at den ikke ville ha blitt begått dersom politiets opptreden i saken tenkes borte.”

⁹³ Rt.1984 s. 1076 (s.1083).

Felles for disse to dommene er at det ikke er fyllestgjørende at politiet har fremkalt den straffbare handlingen, dersom deres handling er å anse som for fjern eller direkte. Av dette konkluderes det med at en ikke utelukkende kan bygge på betingelseslæren som et årsakskrav.

Videre er det et sentralt poeng ved drøftelsen av om grunnvilkåret er oppfylt, hvorvidt det foreligger et marked for den straffbare handlingen.⁹⁴ Det avgjørende er dersom politiet sin handling kan tenkes borte, om andre deltakere er tilstede for å bidra til gjennomførelsen av handlingen. Klassisk eksempel er der politiet utgir seg som narkoman og kjøper et parti amfetamin. Hva er sannsynligheten for at vedkommende selger av stoffet hadde andre tilgjengelige kjøpere enn politiets utkledd provokatør, og på den måten kunne gjennomføre den straffbare handling? Der det uten tvil foreligger andre kjøpere, foreligger også et marked. Det samme kommer til uttrykk i Rt.1998 side 407. Her tilbød politiet en løsesum for maleriet i en redningsaksjon for å bringe maleriet tilbake til rette eier. På bakgrunn av denne handlingen forelå det grunnlag og mulighet for å tiltale mistenkte. Om politiet ikke hadde foretatt seg denne handlingen blir spørsmålet om det forelå et marked for maleriet til å bli omsatt til lik pris til andre potensielle kjøpere. Det ble fastslått at det ikke forelå noe slikt omsetningsmarked, og en ville ikke ha fått solgt hvis politiet ikke hadde foretatt seg handlingen. Grunnvilkåret var ikke oppfylt.

6.2.2 Krav om alvorlig kriminalitet.

Der kriminaliteten kan karakteriseres som alvorlig, legitimeres en rett til å benytte politiprovokasjon som etterforskningsmetode.⁹⁵ Det innebærer at den straffbare handlingen i utgangspunktet er av mer graverende karakter enn ellers, samt resulterer i skadevirkninger av alvorlig art. At en kriminell handling er mer alvorlig enn en annen og tillater bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder, kan vanskelig la seg forklare i en entydig definisjon. Det legges til grunn at en alvorlig kriminalitet er en kriminalitet som er

⁹⁴ Innst.O.nr.3 1999/2000 s.19.

⁹⁵ NOU 2004:6 punkt 3.3.1.

vanskelig å avdekke ved hjelp av de ordinære etterforskningsmetoder. Høyesterett legger til grunn i Rt.1984 side 1076 at ekstraordinære etterforskningsmetoder kan tillates ved alvorlig kriminalitet, forutsatt at vanlige etterforskningsmetoder anses som utilstrekkelige.⁹⁶ Eksempel er narkotikakriminalitet. Også av forarbeidene til strpl. legitimeres en rett til bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder i ”*visse alvorlige saker*”. Det fremgår også at det gjelder alvorlige saker generelt, og ikke bare er knyttet til narkotikasaker.⁹⁷ Videre må det antas at alvorlig kriminalitet på sikt gir mer alvorlige konsekvenser og har en høyere strafferamme. Rettssikkerhetsmessige hensyn kan også tale for bruk av politiprovokasjon ved alvorlige straffbare handlinger. I Rt.1993 side 473 ble alvorligheten drøftet, og det ble lagt vekt på strafferammen. I tillegg ble også de samfunnsmessige hensyn vektlagt. I dette tilfellet ble vedkommende tiltalt for ulovlig piratdrosjekjøring etter å ha stoppet og plukket opp politiets medhjelpere som ønsket skyss. Ved rettens vurdering av om politiprovokasjon kunne benyttes i en slik situasjon uttales det at dersom ”*etterforskningsmetoder av denne art kan aksepteres, bør man nok ikke bare se på strafferammen, men også ta hensyn til den samfunnsmessige betydningen av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet.*”⁹⁸ Spørsmålet var hvorvidt den ulovlige piratdrosjekjøringen var å anse som alvorlig og legitimerede bruk av politiprovokasjon. Retten fant at bruk av politiprovokasjon ikke var berettiget da piratdrosjekjøringen ikke medførte noen samfunnsfare.

Motsatt tilfelle kan tenkes i spredning av barnepornografi.⁹⁹ Det er et alvorlig tilfelle av kriminalitet da det tilsynelatende foreligger seksuelle overgrep mot barn både forut og etter selve publiseringen. Til tross for at strafferammene er forholdsvis lave i disse tilfeller, må det legges avgjørende vekt på innholdet og alvorret i saken. Det må i det enkelte tilfellet være opp til retten å avgjøre hvorvidt det foreligger kriminalitet av alvorlig art.¹⁰⁰ Det legges avgjørende vekt på strafferammen og den samfunnsmessige betydningen av

⁹⁶ Rt. 1984 s.1076 (s.1080).

⁹⁷ Ot.prp.nr.35 1978/1979, s.179.

⁹⁸ Rt.1993 s.473 (s.475).

⁹⁹ Eksempel etter Innst. O nr.3 1999/2000 s.19.

¹⁰⁰ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 III punkt 2.3.

bekjempelse av denne type kriminalitet. I henhold til de samfunnsmessige hensyn i slike tilfeller, er det utvilsomt at spredning av barnepornografi medfører en stor samfunnsskadelighet. Et spørsmål knyttes til hvor høy strafferammen bør være i det enkelte tilfellet før politiprovokasjon kan trekkes inn. Et konkret svar finnes ikke, men det foreligger et forslag om å tillate bruk av metoden dersom kriminalitetshandlingen medfører en straff på 5 år eller mer.¹⁰¹ Dette vil i utgangspunktet innebære at straffbare handlinger som resulterer i straff mindre enn 5 år, ikke er gjenstand for bruk av politiprovokasjon. Dette er ingen fast hovedregel da situasjonens alvor må også tas i betraktning i det enkelte tilfellet.

Hva angår vinningskriminalitet er også dette å karakterisere som alvorlig kriminalitet som legitimerer bruk av politiprovokasjon. i Rt.1998 side 407 ble det på side 409 uttalt av førstvoterende;

”jeg finner det 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.”

Det må stilles krav til type vinningskriminalitet. Mindre vinningskriminalitetstilfeller, som nasking i butikk og lignende, må falle utenfor begrepet alvorlig kriminalitet. Dette fordi det ikke medfører noen form for samfunnsskadelighet eller samfunnsøde, men er å anse som mer bagatellmessig kriminalitet. Momenter som må tas i betraktning ved vurderingen er lovovertrædelsens omfang, organisering og verdi.¹⁰²

Ved enhver etterforskning stilles det krav til forholdsmessighet, spesielt gjør dette seg gjeldende ved bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder. Det stilles krav til *”de midler som anvendes, må være nødvendige og stå i forhold til situasjonens alvor.”*¹⁰³ Derav fastlegges det at det ved kriminalitet som bærer preg av alvorlig art, er tillatt å benytte seg av de etterforskningsmetoder som er av mer inngripende karakter for å få has på problemet.

¹⁰¹ Forslag fra flertallet i NOU 2004:6 punkt 10.7.5.2.

¹⁰² Riksadvokatens rundskriv 2/2000 III punkt 2.3.

¹⁰³ Politiloven § 6.2.2.

6.2.3 Mistankekravet.

I Rt.1998 side 407 uttales det av førstvoterende;

*”det skal foreligge sterk mistanke mot en eller flere personer.”*¹⁰⁴

Det må foreligge en mistanke om kriminell aktivitet for at etterforskningsmetoden kan tas i bruk. Vilåret er nedfelt i Riksadvokatens rundskriv av 1980¹⁰⁵, som prinsipielt omhandler narkotikasaker. Rt.1998 side 407 bevitner om at mistankekravet også kommer til anvendelse i andre kriminelle handlinger.

I henhold til mistankekravet må det gjøres gjeldende at mistanken må være knyttet til konstaterbare omstendigheter i form av konkrete planer om en gjennomføring av en straffbar handling. Videre må mistankekravet kunne knyttes opp mot en vesentlig grad av styrke.¹⁰⁶

Krav om mistanke henvender seg til politiet og begrenser deres handlefrihet. Generelt kan etterforskning igangsettes hvis det foreligger *”rimelig grunn”* til å undersøke om det foreligger straffbare forhold¹⁰⁷, et forholdsvis mildt krav. I de tilfeller hvor det er snakk om bruk av tvangsmidler kreves det følgelig et strengere krav til mistanke, *”skjellig grunn”* som innebærer krav til sannsynlighetsovervekt.¹⁰⁸ Det er altså graden av mistanken som tilsier hvor strengt mistankekravet er. Ettersom politiprovokasjon er en etterforskningsmetode med fare for kriminalisering bevitner dette om et meget strengt krav til mistanke.¹⁰⁹ Skjellig grunn til mistanke er ikke tilfredsstillende i disse tilfeller.

¹⁰⁴ Rt 1998 s.407 (s.411.)

¹⁰⁵ Riksadvokatens rundskriv 1980 punkt 2.

¹⁰⁶ NOU 2004:6 punkt 6.2.1.

¹⁰⁷ Straffeprosessloven § 224.1.

¹⁰⁸ Følger av Rt.1993 side 1302.

¹⁰⁹ Hopsnes, JV. 2003 s. 102.

6.2.4 Indikasjonskravet.

Politiprovokasjon omtales som en ekstraordinær etterforskningsmetode og kommer til anvendelse der de ordinære etterforskningsmetodene er utilstrekkelige. Også uttrykt som indikasjonskravet¹¹⁰ som viser til politiets behov for metoden.

Problemet knytter seg til hva det vil si at de ordinære etterforskningsmetodene er utilstrekkelige, og om det kreves at de har vært forsøkt benyttet. At metoden er utilstrekkelig må vurderes som at det er uhensiktsmessig og resultatløst å benytte seg av den. Det foreligger et behov for en etterforskningsmetode av en mer inngripende karakter for å oppnå det resultat som er ønsket. Det kan ikke forventes at de ordinære etterforskningsmetodene i et hvert tilfelle er forsøkt først. Noe slikt ville isolert sett vært sløsing med ressurser samtidig som det vil forlenge saken på en unødvendig måte som kan bidra til tap av beviser og annet viktig materiell.¹¹¹ Juridisk sett må det være tilstrekkelig at politiet har vurdert og funnet de ordinære etterforskningsmetodene som uegnet. Dette fremgår av Rt.1998 side 407 der de ordinære etterforskningsmetodene ble avskjært til fordel for de ekstraordinære.

6.3 Prosessuelle vilkår.

6.3.1 Kompetansekravet.

Politiprovokasjon er en etterforskningsmetode av meget inngripende karakter, hvilket tilsier at det må stilles strenge krav til beslutningskompetansen. For å bevare rettssikkerheten og legitimere bruk av metoden kreves det at beslutningen tas av personer med høy faglig kompetanse.¹¹² Både politimesteren og statsadvokaten innehar en slik kompetanse. Det fastslås i Riksadvokatens retningslinjer¹¹³ og i rettspraksis¹¹⁴ at det er

¹¹⁰ NOU 2004:6 punkt 1.3.7.1.

¹¹¹ Andorsen, JV. 2001 s. 15.

¹¹² NOU 1997:15 punkt 2.3.

¹¹³ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 III punkt 2.4.

politimesteren selv eller ved stedfortreder som innehar kompetanse til å ta stilling til benyttelse av metoden, men med statsadvokatens samtykke.

6.3.2 I overensstemmelse med prosessuelle grunnprinsipper.

Den norske straffeprosessen bæres av mange sentrale straffeprosessuelle prinsipper som må overholdes ved bruk av etterforskningsmetoden, noe annet tilsier ulovlig politiprovokasjon. Prinsippene foreligger både lovfestet og ulovfestet og mest sentralt i vårt henseende er selvinkrimineringsforbudet. Juridisk sett skal prinsippene sikre en forsvarlig saksbehandling¹¹⁵ og hindre bruk av ulovlig politiprovokasjon. Vilkåret er nedfelt i Riksadvokatens retningslinjer.¹¹⁶

Rt.1999 side 1269 er et eksempel på bruk av politiprovokasjon som anses som ulovlig på bakgrunn av strid med prosessuelle grunnprinsipper. Resultatet ble opphevelse av dommen.¹¹⁷ Politiet benytter seg her av bevisprovokasjon i form av at de fremprovoserer bevis for en allerede begått straffbar handling. Det ulovlige i henhold til provokasjonen knytter seg til at det ble benyttet skjult mikrofon og båndtopptaker av en politibetjent som oppga falsk identitet for å fremprovosere, og innhente en avgjørende forklaring fra A. A innrømmer under forklaringen at han har bidratt til B sin rømning og forklarer detaljert hvordan det hele gikk til. Dette opptaket fikk status som sentralt bevis i straffesaken mot A. I det konkrete tilfellet ble ikke den mistenkte rett til å forholde seg taus respektert. Det anføres i saken at det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den mistenkte kan forholde seg taus og ikke bidra til egen domfellelse. I dette tilfellet ble mistenktes rett krenket og bevisene ansett å være i strid med de straffeprosessuelle prinsipper, med den konsekvens at de skulle ha vært nektet ført for retten.

¹¹⁴ Rt.1998 s.407.

¹¹⁵ Jo Hov, Rettergang I 1999 s.143.

¹¹⁶ Riksadvokatens rundskriv nr.2 /2000 III punkt 2.4.

¹¹⁷ Se punkt 8.1.5 om opphevelse som rettsvirkning.

6.3.3 Krav om kontroll med etterforskningen.

Overordnede formål med kontrollkravet er å ”sikre påliteligheten av etterforskningen.”¹¹⁸ Altså et krav om at politiet til enhver tid på etterforskningsstadiet har kontroll og oversikt over situasjonen. Et prosessuelt krav om at politiet i ettertid kan dokumentere hendelsesforløpet uten at det foreligger tvil rundt de faktiske forhold. Kravet er nedtegnet i Riksadvokatens retningslinjer¹¹⁹ og er av hensyn til de involverte parter sin sikkerhet¹²⁰ samtidig som det sikrer notoriteten ved etterforskningen.¹²¹ En forsvarlig etterforskning i samsvar med kontrollkravet krever at saken er belyst med rapporter og bevis som kan benyttes ved rettslig behandling av saken i ettertid. Rettssikkerhetsmessige hensyn taler for at både tiltalte og forsvarer har tilgang til innsyn i saken og at ingen vesentlige detaljer er utelatt. Krav om kontroll med etterforskningen reduserer faren for kriminalisering og maktmisbruk fra politiet.

Kontrollkravet var oppe til diskusjon i Rt.1998 side 407. Av hensyn til provokatørens ønske om hemmeligholdelse av deres identitet var det ikke aktuelt å føre dem som vitner i lagmannsretten. Det ble heller ikke fremlagt noen rapport fra deres side. Høyesterett anså dette som brudd på kontrollkravet da saken ikke var godt nok opplyst i form av vitneprov og dokumentasjon. Høyesterett gjør det videre klart at det manglet en detaljert plan for hvordan politiet ønsket å gå frem. Av den grunn anses handlingen å ligge utenfor politiets kontroll. En vesentlig rettssikkerhetsgaranti i form av at mulig etterbeviselighet var satt til side.

En betenkelighet ligger i å planlegge den kommende aksjonen ned til den minste detalj. Det er arbeidskrevende i form av bruk av tid som kunne vært benyttet på andre effektive måter, samtidig som det er kostbart. Videre kan det vanskelig la seg gjøre å forutse et hendelsesforløp i sin helhet da det raskt kan ta en helomvending. Spørsmålet er da om det kreves at politiet har fullstendig kontroll, eller om det er tilstrekkelig at de har oversikten. I Rt.2000 side 1482 ble dette gjort til et tema. Her spante politiet, mens de lot

¹¹⁸ Rt.2000 s.1482.

¹¹⁹ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 punkt 2.4.

¹²⁰ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 punkt 3.

¹²¹ Andorsen, JV. 2001 s. 16.

overleveringen av narkotikaen skje på avtalt måte. Forsvareren hevdet at politiet ikke hadde tilstrekkelig kontroll over at narkotikaen ikke kom på avveie. Høyesterett på sin side konkluderte med at kontrollkravet var ivaretatt, for politiets kontroll med overleveringen var ”så pass tett at kontrollen med at partiet ikke skulle komme på avveie var tilstrekkelig”¹²²

Generelt må det anføres at det er ugjørlig å angi konkrete holdepunkter for hva som må foreligge for at kontrollkravet kan anses oppfylt. Det må i det enkelte tilfellet bero på en totalvurdering av hendelsesforløpet og vurderes ut i fra muligheten til etterprøving av saken, samt etterforskningens pålitelighet.

6.3.4 Forholdsmessighetsprinsippet.

Ordets naturlige forståelse viser til et krav om forholdet mellom det mål som ønskes oppnådd ved etterforskningen og den metode som tas i bruk. Kravet kommer til syne i politil. § 6 hvor det fastslås at de metodene som anvendes ”må stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendigheten for øvrig.” Fremgår også av strpl. § 170 a. Overordnet krav med prinsippet er at det må foretas en interesseavveining mellom personinngrepet overfor den enkelte borger, og samfunnsbehovet for at den kriminelle handlingen oppklares. Det må legges avgjørende vekt på at bruken av etterforskningsmetoden er mer til nytte enn til ulempe for den enkelte og samfunnet for øvrig.

Forholdsmessighetskravet må antas å gjelde på ethvert tidspunkt under politiprovokasjonen. Om det uventet oppstår forhold underveis som gjør at det foreligger brudd på kravet må provokasjonen avsluttes straks. Dette sikrer at den helhetlige politiprovokasjonen er rettmessig og ikke medfører fare for misbruk.

Det prosessuelle kravet kommer også til syne i forhold til den tidsmessige bruken av politiprovokasjon. Hvor lenge er det forsvarlig å benytte politiprovokasjon under etterforskning? Det er foreslått en tidsfrist på maksimalt to uker bruk¹²³, hvilket innebærer

¹²² Rt.2000 s.1482 (s.1487).

¹²³ Nevnt i § 8-12 (5) i Justis og politidepartementets forslag til paragrafer til politiloven.

at politiprovokasjonen er tidsbetinget og anses uforholdsmessig dersom bruken varer utover tidsfristen.

7 EMK og EMD sin praksis om politiprovokasjon.

I strpl.§ 4 fastslås det at ” *loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten.*” Dette tilsier at det ved vurderingen av om de ekstraordinære etterforskningsmetoder skal tas i bruk i det konkrete tilfellet og hvorvidt de er å anse som lovlige, må også de internasjonale forpliktelsene tas i bedømmelse. Med de internasjonale forpliktelsene forstås menneskerettighetskonvensjoner, så vel som EMK. EMK er gjennom mnskr.§ 1 inkorporert til norsk rett og har virkning som norsk rett generelt. Lex superior prinsippet kommer til anvendelse der det foreligger strid mellom norsk rett og bestemmelsene i konvensjonen, se mnskr. § 3 og Rt.1994 side 610 hvor førstvoterende uttaler:

”norske domstoler må anvende prosessreglene på strafferettens område slik at rettergangen blir forenlig med våre traktatforpliktelser, og at det kan bli tale om å sette norske regler til side om det skulle foreligge motstrid, jfr., strpl. § 4.”

EMK er av meget grunnleggende betydning og får fortrinnsrett i stridstilfeller med norsk rett. Artikkel 6 og 8 er av vesentlig betydning i henhold til politiprovokasjon og vil bli sett nærmere på i det kommende.

7.1 EMK artikkel 6.

Av artikkelens overskrift ”*fair trial*” fremgår det tydelig hvilken rettighet artikkelen har til hensikt å verne om. Overskriften må forstås autonomt slik at den har ulik betydning

ettersom hva de ulike konvensjonsstatene velger å legge i det.¹²⁴I Norge foreligger ingen konkret bestemmelse om krav til rettferdig rettergang i strpl. EMK får derfor en vesentlig betydning i norsk rett.

Kravet til rettferdig rettergang er et overordnet prinsipp i straffesaker¹²⁵ og verner om retten til å få tilstrekkelig med tid og muligheter til å forberede sitt forsvar, samt retten til å avhøre vitner. Generelt sett skal det sikre objektet en rettergang som ikke er partisk, men gir objektet en mulighet.

Artikkelen kommer til anvendelse der det er spørsmål om innhenting av bevis ved bruk av provokasjon og setter også begrensninger for bruk av tiltaleprovokasjon. Avvergende provokasjon er utelukket da formålet ikke er å reise tiltale.

7.1.1 Nærmere om rettspraksis og EMK artikkel 6.

7.1.2 Rt.1999 side 1269.

Problemstillingen i henhold til bevisprovokasjon og rettferdig rettergang var opp i norske domstoler i Rt.1999 side 1269. På bakgrunn av en fremgangsmåte som ikke respekterte tiltaltes rett til å forholde seg taus ble tiltalte frifunnet. Også omtalt som selvinkrimineringsprinsippet, hvorav tiltalte ikke plikter å medvirke til sin egen domfellelse.¹²⁶ Saksforholdet utartet seg som tidligere nevnt i form av at politiet hadde forledet en fengselsbetjent ved Ullersmo landsfengsel til å avgi forklaring hvor han innrømmet å ha hjulpet en fange til å rømme fengselet. Poliets formål med provokasjonen var å tvinge frem bevis for innblanding i rømningen. Problemstillingen ble derfor hvorvidt forklaringen som forelå på bakgrunn av benyttelse av politiprovokasjon kunne benyttes som bevis i retten. Rettens avgjørelse bygget på at etterforskningen var i strid med den grunnleggende rett til å forholde seg taus og beviset måtte av den grunn bli avvist av retten

¹²⁴ Wientraktaten artikkel 31.nr.1

¹²⁵ Jebens, 2004 s. 314 punkt 15.3.2.

¹²⁶ Jebens, 2004 s.411 punkt 19.3.2.

som en rettsvirkning av brudd på EMK artikkel 6. I norsk rett foreligger en hovedregel om fri bevisføring, men dommen bevitnet om at retten har fått mer fokus på forholdet til ulovlig ervervede bevis, og reiser konsekvenser av dette.

7.1.3 Teixeira de Castro v. Portugal.

Samme problemstilling som ovenfor har også flere ganger vært oppe i Den europeiske menneskerettsdomstolen¹²⁷, blant annet i Teixeira de Castro v. Portugal¹²⁸.

Problemstillingen var om vedkommende hadde fått en tilstrekkelig rettferdig rettergang og om at det forelå brudd på EMK artikkel 6. To politimenn hadde i dette tilfellet utgitt seg for å være interesserte kjøpere av heroin. Politiet hadde til formål med operasjonen å komme i kontakt med hovedleverandøren av heroinet. A oppsøkte Teixeira de Castro, skaffet ønsket kvantum og ble arrestert ved overleveringen til politiet. EMD la avgjørende vekt på at det straffbare forholdet ikke ville ha funnet sted om politiets aktivitet kunne tenkes vekk. Videre ble det lagt betydelig vekt på at det ikke var igangsatt noen etterforskning mot Teixeira de Castro, og at det av den grunn ikke forelå sterk nok mistanke om salg av narkotika. I utgangspunktet fremgår det av ”*fair hearing*”¹²⁹ at retten til rettferdig rettergang kun gjelder hovedforhandlinger hos domstolen. Etersom EMD uttaler at måten bevisene ble innhentet på kan ha avgjørende betydning for om prosessen kan omtales som ”*fair*” ble også etterforskningen vurdert. Det legges til grunn at kravet til rettferdig rettergang gjelder prosessen i sin helhet. Det var også av betydning at han ikke hadde heroinet i sin besittelse, men gikk til anskaffelse av ønsket kvantum etter politiets oppfordring. EMD konkluderte med at kravet til rettferdig rettergang var brutt og tiltalte i hovedsak ble dømt på bakgrunn av politimennenes vitneutsagn.

I overnevnte tilfelle gikk domstolen dypere i henhold til de motstridende hensyn som gjør seg gjeldende ved bruk av politiinformanter og andre ”*undercover agenter*”. Til tross for at narkotika kriminalitet generelt er en form for alvorlig kriminalitet

¹²⁷ Omtalt som EMD.

¹²⁸ Klagesak 25829/94 dom av 9.juni 1998.

¹²⁹ Uttrykk satt i kursiv i dette avsnittet er hentet direkte ut fra Teixeira de Castro V. Portugal dommen.

som politiet har problemer med å avdekke, gjelder kravet til rettferdig rettergang i sin helhet. Retten til ” *a fair administration of justice* ” er av så vesentlig betydning at den ikke kan ofres for ” *the sake of expedience*”. Avgjørende er det altså for ulovlig politiprovokasjon at bevisene er innhentet ved ” *police incitement*”. Dette kan sammenlignes med grunnvilkåret som Høyesterett i Norge legger til grunn. Felles for Høyesterett og EMD kan ikke situasjoner hvor politiet har fremprovosert den straffbare handling anses som lovlig politiprovokasjon, verken de nasjonale eller internasjonale domstoler skal dømme personer for lovbrudd som er foranlediget av politiet.

7.1.4 Vanyan vs. Russland.

Også i Vanyan vs. Russland¹³⁰ reises det spørsmål om rettferdig rettergang og om det forelå brudd på EMK artikkel 6. A ble i dette tilfellet dømt til syv års fengsel for narkotikaforbrytelser. Saksforholdet knyttet seg til at A hadde gått til anskaffelse av to poser heroin, hvorav den ene ble solgt til en politiinformant og den andre ble beholdt med tanke på et eventuelt videresalg. EMD la til grunn at det ikke forelå tilstrekkelige bevis for at A hadde solgt narkotika tidligere, og at hendelsen antageligvis ikke ville blitt begått om politiinformantens aktivitet tenkes vekk. Kravet til rettferdig rettergang i artikkel 6 ble ansett som brutt da det var politiet som hadde fremprovosert salget og dette ble brukt som bevis i den etterfølgende straffesak.

7.1.5 EMK artikkel 6 og hensynet til selvinkrimineringsprinsippet.

Selvinkrimineringsprinsippet er av sentral betydning hva angår kravet til rettferdig rettergang. Der det foreligger brudd på prinsippet fastslås også brudd på artikkel 6 i form av at de prosessuelle rettigheter ikke er overholdt.

Prinsippet fremgår ikke direkte av artikkel 6, men er regulert av SP artikkel 14.¹³¹ Ettersom EMD sin praksis er mer tilgjengelig og relevant for norske forhold, legges

¹³⁰ Klagesak 53203/99 dom av 15.des.2005.

¹³¹ FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter 16.desember 1966.

det til grunn at selvinkrimineringsforbudet og vern mot rettferdig rettergang fremgår og vektlegges av EMK i lys av EMD sin praksis.

7.2 EMK artikkel 8.

Artikkel 8 i EMK verner om den enkeltes rett på respekt for privatliv, sitt hjem og korrespondanse. Juridisk sett kan det spørres om bruk av politiprovokasjon medfører inngrep i denne retten etter artikkel 8, første ledd.

Enhver borger har i utgangspunktet rett til privatliv og frihet uten innblanding fra andre, så vel politiet. Naturlig forstås det at en slik rett ikke kan være absolutt. Dette fremgår også av artikkel 8, hvorav det tillates inngrep dersom tre vilkår er tilstede i det konkrete tilfellet. Hjemmelskravet er sentralt, samtidig som det kreves at inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn samt at det er begrunnet i relevante formål. Vilkårene anses for å være kumulative.

Ved spørsmålet om bruk av politiprovokasjon medfører inngrep i privatlivet svares det bekreftende, men til tross for dette foreligger det ingen konkrete eksempler fra EMD sin praksis som fastslår at provokasjon er regulert av artikkel 8. Praksis viser derimot at inngrep i privatlivet er vernet dersom inngrepet er kvalifisert.¹³² Spørsmålet er derfor i det enkelte tilfellet om inngrepet kan klassifiseres som kvalifisert. Hva dette angår må bero på en helhetsvurdering beroende på varighet og intensivitet fra politiet sin side, samt styrken på mistanken mot den som den provokative handling blir rettet mot.¹³³

I henhold til hjemmelskravet henvises det til legalitetsprinsippet i norsk rett. Til forskjell fra et strengt hjemmelskrav i vår internasjonale juridiske lære, er ikke kravet om hjemmel like sterkt etter EMK. Der legalitetskravet krever hjemmel i formell lov, krever EMK at inngrepet skjer ”*in accordance with the law*” herunder skrevne og uskrevne rettsregler, hvilket også innebærer sedvane.¹³⁴ Et materielt lovkrav som ikke stiller krav til

¹³² Hopsnes, JV. 2003 s. 75-76.

¹³³ Hopsnes, JV. 2003 s. 75 og NOU 2004:6 punkt 7.5.2.1.

¹³⁴ NOU 2004:6 punkt 4.3.5.3.2, samt fastslått av EMD i Sunday Times mot Storbritannia, klagesak 6538/74.

skriftelighet, men krever at rettsregelen er offentliggjort slik at den enkelte borger kan gjøre seg kjent med sin rettighet og finne seg til rette deretter.

7.2.1 Nærmere om rettspraksis og EMK artikkel 8.

Rt.2000 side 1345 er et nasjonalt eksempel på benyttelse av EMK artikkel 8 i en straffesak. Politiet hadde her beslaglagt en pågrepets mobiltelefon. Hovedetterforskeren oppbevarte denne på sitt kontor og hadde i denne perioden besvart to innringninger ute å gi seg til kjenne. Innringerne var å oppfatte som meget interesserte i kjøp av narkotika. Av samtalene ble det utarbeidet en rapport som senere ble grunnlag som bevis i retten. I dette tilfellet hevdet førstvoterende at det forelå brudd på artikkelen i form av at politiet sin fremgangsmåte innebar inngrep i siktedes privatliv, men noe slikt ble avslått fra retten sin side. Resultatet var at det ikke forelå brudd på artikkel 8 og vernet om privatlivet.

8 Rettsvirkninger ved overtredelse av politiprovokasjon.

Der politiet har benyttet seg av ulovlig politiprovokasjon gjør det seg gjeldende en problemstilling om hvilke rettsvirkninger dette medfører. Rettsvirkningene er relevante i forhold til de ulike aktører som opererer i en provokasjonshandling, både provokatøren og den som blir utsatt for den provokative handling.

8.1 De ulike rettsvirkninger for gjerningspersonen.

Problemstillingen blir i det følgende hvilken betydning bruk av ulovlig provokasjon har for gjerningspersonens straffeansvar.

Det foreligger ingen lovregulering på området og det må fastslås at det er opp til retten i det enkelte tilfellet å avgjøre hva rettsvirkningen vil bli. Retten legger ved vurderingen avgjørende vekt på hvilken type provokasjon som er benyttet og hvilket av vilkårene politiet har brutt ved gjennomføringen av den provokative handling.

Grunnvilkåret er et essensielt vilkår ved bruk av de ekstraordinære etterforskningsmetoder.¹³⁵ Der det foreligger brudd på vilkåret må dette medføre straffrihet. Også brudd på de prosessuelle vilkår må anses å ha betydning for gjerningspersonens straffeansvar, men er av mindre betydning enn brudd på grunnvilkåret.

I de tilfeller hvor politiet har benyttet seg av ulovlig politiprovokasjon vil det mest naturlige være at påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale, og spørsmål om straffeansvar utelukkes. Dette fremgår av Rt.1992 side 1088 hvor det uttales:

”det som taler mot straff for handling som er fremprovosert av politiet er først og fremst at dette finnes støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet. Slike omstendigheter må kunne føre til at straff ikke anvendes. Jeg finner at man da bør se det slik at det foreligger en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjonen.”

I denne dommen valgte Høyesterett å legge avgjørende vekt på at handlingen var fremprovosert av politiet og ville ikke vært begått om politiets aktivitet kunne tenkes vekk. Av den grunn ble tiltalte frifunnet. Rettspraksis er ikke konsekvent i hvilke rettsfølger det gir, og det er ikke å befeste at denne løsningen er riktig i ethvert enkelt lignende tilfelle. I Rt.1984 side 1076 uttaler førstvoterende på side 1079 at det foreligger fire tenkelige rettsvirkninger for gjerningspersonen der politiet har operert ulovlig.

En femte rettsvirkning i form av opphevelse av dommen er også lagt til da dette var konsekvensen i to sentrale Høyesterettsavgjørelser.¹³⁶ De fem rettsvirkningene er;

1. Bevisene avskjæres.
2. Avvisning av saken.
3. Tiltalte frifinnes.
4. Påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale.
5. Opphevelse.

¹³⁵ Se punkt 6.4.1.

¹³⁶ Rt. 1999 side 1269 og Rt.2000 side 120, se punkt 8.1.5 om opphevelse.

8.1.1 Bevisene avskjæres.

En potensiell juridisk måte å reagere på ved bruk av ulovlig politiprovokasjon er at bevisene som er innhentet ved metoden nektes ført for retten. Dette medfører at retten må ta hensyn til andre bevis og omstendigheter av betydning som ikke er innhentet ved metoden. Eksempel på dette foreligger i Rt.1999 side 1269 hvor domstolen kom til at bevisene skulle vært nektet ført for retten på bakgrunn av at de anså dem for ulovlig ervervet da mistenktes rett til å forholde seg taus ikke var respektert. Retten anså det som en fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved erverv av beviset, dersom det tillates ført for retten. Lagmannsrettens dom ble derfor opphevet.

Det må i det enkelte tilfellet legges vekt på grovheten av den handling / krenkelse som ble begått ved erverv av beviset. I overnevnte tilfelle forelå det brudd på selvinkrimineringsprinsippet, hvilket er et prinsipp av fundamental virkning. Det uttales av retten at *”metoden kan ikke være i strid med prosessuelle grunnprinsipper eller regler.”* Videre må det vurderes hvorvidt den om satt med beviset i det enkelte tilfellet pliktet å forklare seg eller utlevere beviset, samt hvilken grad bevisverdien kan sies å ha.

8.1.2 Avvisning av saken.

En neste tenkelig rettsvirkning ved bruk av ulovlig politiprovokasjon er at domstolen velger og ikke ta straffesaken til realitetsbehandling. Hvilket medfører at straffesaken ikke vil bli tatt opp til vurdering, hvorav tiltalte aldri vil få stilling som skyldig eller uskyldig. I realiteten innebærer dette at politiet selv har vært årsak til den straffbare handling og tiltalte av den grunn unngår å bli stilt strafferettslig ansvarlig.

Rettspraksis på området er meget begrenset. Det foreligger ingen konkrete eksempler på at domstolen har valgt å avvise en sak på bakgrunn av den ekstraordinære etterforskningsmetoden. I Rt.1992 side 1088 var spørsmålet om avvisning oppe til diskusjon, men førstvoterende la til grunn at det ikke manglet noen prosessforutsetning som førte til avvisning til saken, og heller ikke her foreligger et konkret eksempel. Av dommen konkluderes det at det må foreligge et brudd på prosessforutsetningene for at

rettsvirkningen skal være en mulig rettsvirkning. For enhver sak som reises for domstolen foreligger det et vilkår om at prosessforutsetningene er tilstede,¹³⁷ noe annet resulterer i andre konsekvenser. Heller ikke på dette området foreligger lovregulering av rettsvirkningen og det reises diskusjon om hvorvidt det kreves at en lovendring foreligger.¹³⁸

8.1.3 Tiltalte frifinnes.

Enhver som begår en straffbar handling skal i utgangspunktet straffes etter de strafferettslige regler. Betenkeligheter reises derimot når det foreligger brudd på grunnvilkåret i form av at politiet ved sin aktivitet har fremprovosert den straffbare handlingen som ellers ikke ville vært begått. Spørsmålet blir om en eventuell rettsvirkning er at tiltalte frifinnes og ikke stilles strafferettslig ansvarlig for sin handling.

Utgangspunktet ved bruk av ulovlig politiprovokasjon er at påtalemyndigheten ikke reiser straffesak. Dette fremgår av Riksadvokatens retningslinjer¹³⁹ hvor det gjøres gjeldende at dersom den straffbare handlingen er et resultat av provosering fra politiet ”*skal det ikke reises tiltale*”. I de tilfeller det likevel reises tiltale, ”*må tiltalte frifinnes*”. Det er grunn til å tro at Riksadvokatens retningslinjer blir lagt til grunn i de enkelte tilfeller, men det er også å bemerke at domstolen ikke er bundet av Riksadvokatens rundskriv.¹⁴⁰ Ettersom Riksadvokatens uttalelser er begrunnet i ulike avgjørelser avsagt fra Høyesterett, viser det til at frifinnelse er en sentral rettsvirkning ved brudd på grunnvilkåret. Domstolen velger derav å følge retningslinjene. Frifinnelse som rettsvirkning av bruk av ulovlig politiprovokasjon ble for første gang benyttet i Rt.1984 side 1076 og videre fulgt opp av Rt.1998 side 407.

¹³⁷ Jo Hov, 1999 s. 97 flg.

¹³⁸ Andorsen JV. 2001 s.21 fremhever at det må en lovendring til for å kunne benytte seg av rettsvirkningen. Hopsnes JV. 2003 s. 115 derimot er uenig i dette.

¹³⁹ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 III punkt 2.2.

¹⁴⁰ Se punkt 2.4.

En uttrykkelig regel om frifinnelse er ikke lovregulert, men fremgår ved flere eksempler fra rettspraksis. Blant annet i Rt.1998 side 407 førte brudd på grunnvilkåret til at tiltalte ble frifunnet. Også i en sak av tingretten av nyere tid¹⁴¹ medførte brudd på grunnvilkåret at frifinnelse var alternativet. Saken er en del av et større sakskompleks og kjennetegnes ved at gjerningspersonen hadde begått et innbrudd i bankfilial på bakgrunn av avgjørende opplysninger gitt av en Securitasvakt. Det viset seg at Securitasvekeren samarbeidet med politiet og hadde forut for tyveriet gitt flere sensitive opplysninger til gjerningspersonen. Dette var avgjørende for at den straffbare handling fant sted og at vedkommende ble pågrepet. Det ble fastslått at gjerningspersonen var utsatt for en ulovlig politiprovokasjon som måtte medføre frifinnelse. Gjerningspersonen uttaler;

”åpenbart at jeg ikke kunne ha gjort dette uten samarbeid med vekteren.”

Det avgjørende var altså at gjerningspersonens fremtreden var et resultat av vokterens innflytelse på den straffbare handling. Retten la til grunn ved avgjørelsen at den straffbare handlingen ikke ville ha funnet sted om vokterens innsats ikke var tilstede, hvilket måtte medføre frifinnelse.

Som tidligere nevnt gjør det seg gjeldende en fare for misbruk ved bruk av etterforskningsmetoden, hvilket innebærer kriminaliseringsfare og maktmisbruk. Noe slikt kan la seg reduseres ved en innføring av en absolutt regel om frifinnelse. Dersom politiet benyttet seg av etterforskningsmetoden for å få bestemte personer til å begå en kriminell handling som ellers ikke ville vært begått, taler dette for at politiet er årsak til handlingen, og ikke gjerningspersonen. Av den grunn er ikke gjerningspersonen direkte klanderverdig, og det taler for frifinnelse på bakgrunn av misbruk av den provokative handling.

Typisk ved den ulovlige politiprovokasjon er at politiet er årsak til den straffbare handling, men det reises spørsmål i henhold til gjerningspersonens egen fri vilje til å gjennomføre handlingen. Der vedkommende har oppfylt straffbarhetsvilkårene og den forbryterske vilje åpenbart er tilstedet, taler det for at gjerningspersonen skal straffes

¹⁴¹ Tingrettdom, TOSLO–2005- 88857, som nevnt under punkt 3.2 er dommen opphevet.

uavhengig av politiets aktivitet. Enhver person har egen fri vilje til å gjennomføre handlinger og se de ulike konsekvenser av handlingen, hvilket taler for et motargument for frifinnelse. Utvilsomt er vi påvirket av ytre faktorer, men det må legges til grunn at dersom en lar seg overtales eller påvirkes, i vårt henseende av en oppmuntring av politiet til å begå en straffbar handling, må ansvaret ligge hos den enkelte og ikke medføre redusert straff. Straffverdigheten bør ut i fra generelle betraktninger være den samme, uansett påvirkning eller ei. I en sak av Frostating lagmannsrett¹⁴² anførte forsvarerne for de tiltalte at frifinnelse måtte foreligge på bakgrunn av at det var polititjenestemennene som hadde foreslått lån av bil til B. Spørsmålet knyttet seg til hvorvidt politiets innblanding måtte anses som ulovlig politiprovokasjon. Saksfaktum relaterte seg til innførsel og oppbevaring, samt omsetning av tre kilo amfetamin. F ble i dette tilfellet engasjert som politiets sivile medhjelper hvorav hensikten var å gi politiet opplysninger om en planlagt tur til Amsterdam for å skaffe narkotika. Fra forsvarernes side ble det hevdet at det var polititjenestemennene som var initiativtaker til at F skulle låne bort bilen til B for at turen skulle kunne gjennomføres. Det ble lagt vekt på at turen ikke kunne tenkes gjennomført dersom F ikke hadde stilt sin bil til disposisjon, hvilket begrunnet i frifinnelse. Noe slikt ble avslått av lagmannsretten, og dommen har fått status som ikke rettskraftig.

Et argument for frifinnelse derimot kommer til syne i hensynet til rettssikkerheten. Det er et rettssikkerhetsprinsipp av sentral betydning at ingen uskyldige skal bli dømt. Dersom politiet bryter vilkårene for den lovlige politiprovokasjon, resulterer dette i at det foreligger brudd med rettssikkerhetsgarantien hvis tiltalte blir straffet. Av hensyn til den alminnelige rettsbevissthet taler det også for frifinnelse ved at domstolen dømmer etter folkets alminnelige oppfatning av hva som er rett og galt i samfunnet. Om domstolen i det enkelte tilfellet dømmer i strid med flertallet av folkets oppfatning vil det på sikt medføre at folkets tillit til domstolen og rettsapparatet generelt reduseres. I Rt.1992 side 1088 uttales det;

¹⁴² Frostating Lagmannsrett, dom 17. april 2008.

”Det som taler mot straff for handlingen som er fremprovosert av politiet er først og fremst at dette finnes støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet.”

Det er å fastslå at en gjeldende rettsvirkning ved brudd på grunnvilkåret er frifinnelse.¹⁴³ Et spørsmål videre er om brudd på andre vilkår enn grunnvilkåret medfører rettsvirkningen frifinnelse. I Rt.1998 side 407 ble det fastslått at det også forelå brudd på kontrollvilkåret, samt at det manglet en plan for gjennomføringen av den provokative handling. Det uttales i denne forbindelse;

”jeg kan ikke se annet enn at vi her står overfor en ulovfestet frifinnelsesgrunn, slik at ’A må frifinnes også på dette grunnlag.”

Dommen ved sin uttalelse åpner for at brudd på annet enn grunnvilkåret også medfører rettsvirkningen frifinnelse.

8.1.4 Påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale.

En annen tenkelig rettsvirkning som er nevnt i Riksadvokatens rundskriv er at påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale i sin helhet. Det fremgår også av Rt.1984 side 1076, hvor retten uttaler på side 1079;

”I mange tilfeller vil det nok være naturlig at påtalemyndighetene avstår fra å reise tiltale.”

I de fleste tilfeller er politiet inneforstått med at de har benyttet seg av en uakseptabel etterforskningsmetode, og av den grunn blir ikke den straffbare handlingen tatt opp til realitetsbehandling. Dette bidrar til at tillitsforholdet til politiet opprettholdes samtidig som gjerningspersonen ikke blir utsatt for en unødig og belastende rettssak. Økonomisk sett er avståelse fra å reise tiltale også ressursbesparende for samfunnet.

¹⁴³ Hopsnes JV. 2003, s. 118.

Rettsvirkningen er et resultat av oppportunitetsprinsippet. Prinsippet er sentralt innenfor straffeprosessen og innebærer at påtalemyndigheten ikke har en absolutt plikt til å forfølge en sak for domstolen. Dette til tross for at det foreligger tilstrekkelige bevis for at den mistenkte har begått den straffbare handlingen. Forutsetningen for prinsippet er at det foreligger særlige forhold som gjør at påtalemyndigheten velger å avstå fra å reise tiltale. I dette tilfellet foreligger ulovlig politiprovokasjon som en overveiende grunn til at straffesaken ikke forfølges.

8.1.5 Opphevelse.

Av Rt.1999 side 1269 fremgår det også at en annen mulig rettsvirkning av at politiet har benyttet seg av ulovlig politiprovokasjon, er opphevelse av dommen. Se også punkt 8.1.1 som omhandler avskjæring av bevis som minner om rettsvirkningen opphevelse.

Forholdet reiser flere sentrale spørsmål, blant annet hva virkningen er av at politiet medvirker til et opplegg som kan bidra til å felle den siktede personen uten at vedkommende gis mulighet til å forklare seg. Det fremgår av tidligere tekst¹⁴⁴ at det er et grunnleggende rettsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus og ikke bidra til egen domfellelse. Høyesterett anså at et slikt hensyn var tilsidesatt i det konkrete tilfellet og diskuterer rettsvirkningen av dette. Problemet knytter seg til hvorvidt beviset skulle tillates ført for retten og eventuelt hvilken virkning en slik feil vil få. Av strpl. § 343 første ledd konstanteres det at *”feil i saksbehandlingen kommer bare i betraktning når det antas at feilen kan ha innvirket på dommens innhold.”* Praxis viser at retten generelt sett legger avgjørende vekt på at den som er utsatt for hemmelig lyd eller båndopptak skal ha visst om dette på forhånd, og hatt anledning til å gi godkjenning for at noe skal slik kunne føres som bevis i retten. I motsatt tilfelle vil bevisene oftest bli avvist av retten. I det aktuelle saksforholdet i Rt.1999 side 1269 legger Høyesterett til grunn at påtalemyndigheten ikke er berettiget til å fremlegge lydbåndopptaket som er innhentet ved ulovlig politiprovokasjon som bevis i straffesaken. Dette fordi opptaket inneholder en fremprovosert erkjennelse av den straffbare handling. At beviset blir ført for

¹⁴⁴ Se punkt 7.1 om selvinkrimineringsprinsippet.

retten er å konkludere som en prosessuell feil som må medføre innvirkning på dommens resultat, strpl. § 343 første ledd. Rettsvirkningen av at et ulovlig ervervet bevis innhentet ved ulovlig politiprovokasjon ble ført for retten må innebære opphevelse av dommen, strpl. § 345 annet ledd. Av strpl. § 347 fremgår det at prosessuelle feil med innvirkning på dommen innebærer at saken i sin helhet må fremmes på nytt. Dette var også tilfellet i Rt.2006 side 120 som gjaldt en grov narkotikasak. Her hadde en politiinformant fremkalt en handling som ellers ikke ville funnet sted, og det forelå bruk av ulovlig politiprovokasjon. Rettsvirkningen lå i opphevelse av dommen da domfellelse for overtredelse av strl. § 60 a skulle vært behandlet under skyldspørsmålet.

8.2 Rettsvirkninger for provokatøren.

Påtalemyndigheten kan ved bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder velge å utføre den provokative handlingen ved bruk av egne polititjenestemenn eller benytte seg av sivile medhjelpere, også omtalt som agenter.

8.2.1 Rettsvirkningen for de sivile medhjelpere.

Der politiet benytter seg av utenforstående personer, herunder sivile medhjelpere, til å utføre den provokative handlingen blir spørsmålet om disse kan straffes for den medvirkning de har hatt. Der medhjelperen har opptrådt etter politiets retningslinjer og i tillitt til politiets instruksjer, vil det virke urimelig å straffe vedkommende for noe som er igangsatt fra politiet sin side. Medvirkerens direkte handlinger må i slike tilfeller være et resultat av rettsvillfarelse og falle inn under strl. § 57. Av nevnte paragraf fremgår det at dersom den sivile medhjelper har vært i villfarelse i henhold til den straffbare handling taler dette for at vedkommende ikke blir straffet.

8.2.2 Rettsvirkningen for polititjenestemenn.

Der politiet selv står for utførelse av den provokative handling som anses for å være ulovlig, blir spørsmålet om de kan stilles strafferettslig ansvarlig for sin handling. Konkrete

praktiske eksempler er der polititjenestemenn for eksempel kjøper våpen eller narkotika av mistenkte som et ledd i en politiprovokasjon. I de tilfeller hvor politiet kjøper våpen, stiller saken seg annerledes da kjøp av våpen kun er ulovlig dersom det ikke foreligger tillatelse fra politimesteren. Ved de provokative handlinger foreligger det en tillatelse fra politimesteren og kjøpet er i overensstemmelse med våpenloven¹⁴⁵ § 33. Noe annet er tilfelle ved kjøp av narkotika, her vil ikke straffebudet komme til anvendelse og heller ikke til fordel for politiet.

Politiprovokasjonen er benyttet som et ledd i etterforskningen og handlingen i seg selv kan ikke sies å bære preg av en forbryters karakter, men heller et ønske om å avklare de kriminelle handlinger. Av den grunn skal det mye til for at politiet kan stilles strafferettslig ansvarlig for sine handlinger.¹⁴⁶ Straffrihet er derfor relevant og kan begrunnes på to måter. Det enkelte straffebud som kan diskuteres hvorvidt er krenket kan tolkes innskrenkende slik at politiet sin aktivitet ikke anses som rettstridig i forhold til straffebudet.¹⁴⁷ En annen begrunnelse som taler for straffrihet er å fastsette at polititjenestemannen mangler forsett.¹⁴⁸ Andorsen hevder at det mest aktuelle er å tolke straffebudet innskrenkende.

8.3 Avsluttende bemerkninger om rettsvirkninger ved overtredelse av politiprovokasjon.

Generelt sett befestes det at det foreligger et ønske om å unngå bruk av ulovlig politiprovokasjon. Som tidligere nevnt vil det være i strid med den alminnelige rettsbevissthet å straffe vedkommende som har begått en straffbar handling som er fremprovosert av politiet. Dessuten vil det være hensiktsmessig å motvirke bruk av ulovlig politiprovokasjon. Dette fremgår av Rt.1992 side 1088 hvor førstvoterende uttaler:

¹⁴⁵ Våpenloven 09. juni 1961 nr.1.

¹⁴⁶ Hopsnes, JV. 2003 s. 64.

¹⁴⁷ Andorsen, JV. 2001 s.19.

¹⁴⁸ Andorsen, JV. 2001 s.19.

”ønsket om å motvirke uakseptable etterforskningsmetoder vil være et viktig hensyn.”

Det legges til grunn som avgjørende for uttalelsen at dersom det foreligger feilgrep fra politiet underveis i etterforskningen som medfører at det blir benyttet politiprovokasjon av ulovlig art, må domstolene straks gi juridisk riktige konsekvenser av dette. Ved at domstolen til enhver tid følger opp dette, vil det effektivt bidra til en større sikkerhet rundt politiets sin bruk av etterforskningsmetoder og hindre bruk av ulovlig politiprovokasjon.

9 Lovreguleringsspørsmålet.

Spørsmål som melder seg i henhold til lovreguleringen av emnet politiprovokasjon er hvorvidt det er påkrevet med lovhjemmel for bruk av metoden. Det nevnes inntil flere ganger i det ovenstående, rettspraksis og i juridisk teori at politiprovokasjon blir karakterisert som en inngripende etterforskningsmetode. Av den grunn kan det stilles spørsmål om det skal kunne kreves lovregulering av emnet etter legalitetsprinsippet¹⁴⁹ og av hensyn til det offentlige. Både rettspraksis, forarbeider og juridisk teori legger til grunn at til tross for at metoden er av inngripende karakter, tilfredsstillende den ikke kravet fullt ut til at det fremmes krav om lovhjemmel.

Blant annet ble det allerede tidlig på 1980 tallet foreslått lovregulering av emnet. Daværende riksadvokat Dorenfeldt skrev i sin artikkel¹⁵⁰ at utfordringen med lovreguleringen var for stor, og en så det problematisk å fastsette endelige grenser for hva som kan aksepteres som tillatt provokasjon i de enkelte tilfeller. Utfordringene lå i at emnet politiprovokasjon på denne tiden var et emne som enda ikke var fullstendig opplyst. Derav forelå det svært liten oversikt over de ulike tenkelige problemstillinger som kunne tenkes

¹⁴⁹ Behandlet under punkt 2.2.

¹⁵⁰ Dorenfeldt LoR. 1978 s. 291.

oppstå i forhold til bruk. Av den grunn ble det valgt å utsette lovreguleringsdebatten og fortsette å la domstolen ta avgjørelsen i de konkrete tilfeller.¹⁵¹

Debatten reiste seg på ny ved tilblivelsen av strpl.1981,¹⁵²men også denne gangen uten resultat. Allikevel var det enighet om at spørsmålet ikke skulle utelukkes, bare settes til side inntil videre.¹⁵³ Metodeutvalget drøftet også spørsmålet om lovregulering,¹⁵⁴ og de så klart behovet for klare retningslinjer ved bruk av en etterforskningsmetode som innebærer juridisk rettslige konsekvenser av sådan art. At retningslinjene skulle være nedfelt i lov derimot var ikke et nødvendig vilkår etter deres mening, og heller ikke denne gangen forelå forslag på formell lovhjemmel.

Et eksempel på lovhjemmel forelå etter forslag fra politimetodeutvalget¹⁵⁵ ved utarbeidelsen av NOU 2004:6. De begrunnet hensynet og behovet for lovregulering i EMK artikkel nummer 8, og anså det betenkelig at det ikke eksisterte noen lovhjemmel. I denne forbindelse ble det uttalt at ”*det er betenkelig at de sentrale vilkår for å benytte en metode som innebærer at politiet i prinsippet utfører straffbar medvirkning, er ulovfestet.*” Vedkommende lovhjemmel ble foreslått regulert;¹⁵⁶

§ 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.

Forhøyelse av maksimumsstraffen ved gjentakelse eller sammenstøt av forbrytelser kommer ikke i betraktning. 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 handling som ellers ikke ville ha blitt begått. Dersom formålet kun er å forebygge kriminalitet, å bringe til rette en gjenstand eller

¹⁵¹ Ot.prp.nr.35 1978/1979.

¹⁵² Ot.prp.nr.35 1978/1979.

¹⁵³ Ot.prp.nr.64 1998/1999.

¹⁵⁴ NOU 1997:15 punkt 6.10.2.

¹⁵⁵ NOU 2004:6 punkt.1.3.8.7.

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.”

Dette er kun et lovreguleringsforslag, og selv den dag i dag er det ikke lagt til grunn noen konkret formell lovhjemmel som regulerer emnet.

Det kan reises flere spørsmålstegn om hvorfor en ikke ser behovet for lovreguleringen. Ekstra betenkelig er det at andre ekstraordinære etterforskningsmetoder er lovregulert, men ikke politiprovokasjon. Eksempel er teknisk sporing og telefonkontroll som begge er lovregulert med en formell hjemmel i strpl. Det foreligger ingen grunn til å tro at politiprovokasjon er en mildere form for etterforskning enn andre ekstraordinære etterforskningsmetoder og av den grunn ikke har behov for lovregulering. Det er på lik linje, uavhengig av etterforskningsmetode, snakk om et inngrep overfor enkeltpersoners liv med rettslige konsekvenser av ulik art. Det ble ved drøftelsen på 1980 tallet vektlagt at det forelå dårlig oversikt over emnet og dets problemstillinger. I dag, tyve år etter, er det grunn til å tro at emnet er mer opplyst, og av den grunn vil det være enklere å nedfelle en lovhjemmel. Allikevel foreligger det mothensyn, men ikke minst også fordeler ved lovreguleringen som må vektlegges ved drøftelsen av behovet.

9.1 Hensyn som taler mot lovregulering.

Behovet for fleksibilitet og effektivitet reiser to sentrale hensyn som taler mot lovregulering av politiprovokasjon.

Knyttet til effektiviteten gjøres det gjeldende at en lovregulering av emnet politiprovokasjon kan bidra til at metoden i sin helhet mister sitt preg av effektivitet. Ved at de ulike sider av politiprovokasjon lovhjemles, foreligger det en total åpenhet omkring bruk av metoden. Dette bidrar til at loven tjener som et hjelpemiddel for den som ønsker å begå

en straffbar handling i form av at alle tenkelige sider ved metoden er nedfelt i lov. Av den grunn mister metoden sitt preg av hemmeligholdelse og enhver kriminell kan ved enkel lesning gjøre seg kjent med hva metoden går ut på og hvilke fremgangsmåte politiet benytter seg av. Rettslig konsekvens av dette er at identiteten til den enkelte provokatør lettere kan avsløres samt at politiet vil få vanskeligheter med å dra fordel ved bruk av metoden. Dette medfører at en stiller seg kritisk til lovregulering.

Annet mothensyn viser seg i forhold til fleksibilitetshensynet. Ettersom noe lovfestes i formell lov, innebærer dette at det klarlegges faste regler omkring bruk av metoden. Det oppstiles hovedregel, og i noen tilfeller unntaksregler som i et hvert tilfelle må etterfølges. Noe annet medfører juridisk rettslige konsekvenser i form av straff. At det stilles opp klare regler er i seg selv positivt for rettstilstanden, men mothensynet ligger i at det begrenser politiets mulighet til å benytte seg av metoden på en formålstjenlig måte. Sistnevnte medfører at også politiet er bundet, og på den måten foreligger en fare for å binde rettstilstanden slik at benyttelse av metoden må følges slavisk av hva som foreligger i lov. Dette er uheldig i forhold til en etterforskningsmetode som er av enestående karakter hva angår alvorlige kriminelle handlinger.

9.2 Fordeler ved lovregulering.

At noe blir nedfelt i lov innebærer at det gjøres tilgjengelig for alle og enhver. Som nevnt under mothensynene medfører lovregulering en total åpenhet rundt politiprovokasjon, men det kan også ha sin fordel i form av at det skapes klarhet rundt bruken. Dette vil bidra til å fjerne de spekulasjoner som vi tidligere har sett tilløp til ved politiet sin bruk av etterforskningsmetoden. Reglene blir ved en uttrykkelig lovregulering enklere å behandle og vanskeligere å misforstå, og vil av den grunn på sikt skape en forutberegnelighet. Politiprovokasjonens generelle prinsipper og tenkelige problemstillinger er i dag nedfelt i de ulike rettsdommene som behandler emnet, og ikke i en lovhjemmel. Prinsipielt gjøres det gjeldende at en lovhjemmel som rettslig sett regulerer metoden og gjøres allment kjent for borgerne, er lettere tilgjengelig enn rettspraksis generelt. Det bidrar til en mer oversiktlig rettstilstand hvor den enkelte borger har mulighet for å innrette seg etter loven og til enhver tid være inneforstått hva som er rettslig tillatt. En kan heller ikke se vekk i fra

at lovregulering også vil medføre at tilliten til politiet opprettholdes. Reglene er uttrykkelige, og juridisk sett binder det både folket og politiet i sin handlemåte. Av den grunn foreligger en redusert risiko for maktmisbruk fra politiet sin side. Videre er det også å anta at lovreguleringen hindrer at politiet benytter seg av metoden for å instinktivt skape kriminalitet.

10 Litteraturliste.

Bøker og artikler:

- Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. Bind I, 3.utgave. Oslo, 2000.
- Andorsen, Kjell V. *Provokativ politietterforskning*. Jussens Venner 2001, s.1 -27.
- Auglend, Ragnar L., Henry John Mæland og Knut Røsandhaug. *Politirett*. 1.utgave. Oslo, 1998.
- Dorenfeldt, L.J. *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?* I Lov og Rett 1978, s.291-303.
- Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 6.utgave. Oslo, 1997.
- Eskeland, Ståle. *Strafferett*. Oslo, 2000.
- Hov, Jo. *Rettergang I, Sivil og straffeprosess*. Oslo, 1999.
- Hopsnes, Roald. *Provokasjon som politimetode*. Jussens Venner 2003 s.62-130.
- Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo, 2004.

Forarbeider:

- NOU 1997:15. Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet.
- NOU 2004:6. Mellom effektivitet og personvern.
- Ot. prp. nr.35. (1978/1979). Om lov om rettergangsmåten i straffesaker.
- Ot.prp.nr.60. (2004/2005). Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å hindre alvorlige kriminalitet).
- Ot. prp. nr. 64 (1998/1999). Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven.
- Innst.O.nr.3 (1999/2000). Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v.

Rundskriv:

- Rundskriv fra Riksadvokaten 1980.
- Rundskriv fra Riksadvokaten nr.2/2000: Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode. Oslo, 26.april 2000.

Lover:

- Menneskerettighetsloven (mnskrl.). Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21.mai 1999 nr.30.
- Politiloven.(politil.). Lov om politiet av 04.august 1995 nr.53.
- Straffeloven.(strl.). Almindelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr.10.
- Straffeprosessloven (strpl.). Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981.nr.25.
- Våpenloven 09.juni 1961 nr.1.

Rettspraksis:

- Rt.1984 side 1076.
- Rt. 1986 side 779.
- Rt. 1990 side 531.
- Rt.1992 side 1088.
- Rt.1993 side 473.
- Rt.1993 side 1302.
- Rt.1994 side 319.
- Rt.1994 side 610.
- Rt.1998 side 407.
- Rt.1999 side 1269.
- Rt.2000 side 120.
- Rt.2000 side 1223.
- Rt.2000 side 1345.
- Rt.2000 side 1482.
- Tingrettdom TOSLO 2005-88857.
- Klagesak 25829/1994 dom 9. juni 1998, Teixeira de Castro v. Portugal.
- Klagesak 53203/99 dom av 15.desember 2005, Vanyan vs. Russland.
- Klagesak 6538/74, Sunday Times mot Storbritannia.
- Frostating Lagmannsrett dom 17. april 2008.

Konvensjoner:

- Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 21.mai 1999 nr.30.
- FN konvensjonen av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter.
- Wientraktaten artikkel 31.nr.1.

