

Lovfesting av provokasjon som etterforskningsmetode

En analyse av argumenter i et lovfestingsperspektiv

Kandidatnummer: 52

Antall ord: 14 348



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2023

Innholdsfortegnelse

| | |
|--|-----------|
| Innholdsfortegnelse..... | 1 |
| 1 Innledning | 3 |
| 1.1 Tema, problemstilling og aktualitet..... | 3 |
| 1.2 Metode, rettskildebildet og fremgangsmåte | 5 |
| 1.2.1 Generelt | 5 |
| 1.2.2 Rettspolitisk metode og rettsregulatoriske perspektiver..... | 6 |
| 1.2.3 Særlig om bruken av Riksadvokatens rundskriv | 7 |
| 1.3 Avgrensninger | 8 |
| 1.4 Fremstillingen videre | 10 |
| 2 Provokasjon som etterforskningsmetode | 11 |
| 2.1 Generelt om provokasjon | 11 |
| 2.1.1 Hva er provokasjon..... | 11 |
| 2.1.2 Bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon | 12 |
| 2.2 Etterforskning og etterforskningsmetode | 13 |
| 2.3 Vilkår for provokasjon | 14 |
| 2.3.1 Grunnvilkåret..... | 14 |
| 2.3.2 Tilleggsvilkår om alvorlig kriminalitet..... | 15 |
| 2.3.3 Tilleggsvilkår om subsidiaritet | 16 |
| 2.3.4 Tilleggsvilkår om forholdsmessighet | 17 |
| 2.3.5 Tilleggsvilkår om prosessuelle grunnprinsipper..... | 18 |
| 3 Analyse av argumentene ut fra grunnleggende hensyn | 19 |
| 3.1 Hvordan vil lovfesting påvirke hensynet til forutberegnelighet?..... | 19 |
| 3.1.1 Generelt om forutberegnelighetshensynet | 19 |
| 3.1.2 Forutberegnelighetsargumentet | 20 |
| 3.2 Hvordan vil lovfesting påvirke den demokratiske legitimiteten? | 25 |
| 3.3 Hvordan vil lovfesting kunne ivareta kontrollhensynet? | 27 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 3.4 | Hvordan vil lovfesting ivareta behovet for fleksibilitet? | 33 |
| 3.5 | Hvordan vil lovfesting ivareta hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse? .. | 36 |
| 3.6 | Hvordan påvirker de lovtekniske utfordringene en lovfesting av metoden? | 38 |
| 4 | Rettspolitiske refleksjoner | 41 |
| 4.1 | Innledning | 41 |
| 4.2 | Lovforslaget fra NOU 2016: 24. Utvalgets forslag til § 21-5 | 41 |
| 4.3 | Forlag til lovbestemmelse for provokasjon..... | 44 |
| | Litteraturliste | 48 |

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Denne oppgaven er en analyse av argumentene som har vært trukket frem i spørsmålet om lovfesting av provokasjon som etterforskningsmetode.

Reglene om provokasjon som etterforskningsmetode er i dag ulovfestede. Det har imidlertid lenge pågått en debatt om lovfesting. Allerede i 1978 åpnet daværende riksadvokat Lauritz Jenssen Dorenfeldt for fullt debatten om provokasjon som etterforskningsmetode, i en artikkel i Lov og Rett i 1978.¹ Han pekte på at vi stod overfor nye og vanskelige problemer knyttet til bekjempelse av narkotikakriminalitet, særlig når det gjaldt utførelsen av etterforskning og mangel på retningslinjer for bruken av etterforskningsmetoder. Han trakk særlig frem behovet for å trekke opp retningslinjer på sjefsplanet, altså hos Riksadvokaten, som en mulig løsning på problemene knyttet til ledelse av og kontroll med etterforskningen.² Han påpekte imidlertid på at det ville være vanskelig å formulere en konkret lovbestemmelse for politiprovokasjon på dette tidspunkt, og at domstolene gjennom rettspraksis ville kunne utvikle retningslinjer for metodebruken.³

Tidlig på 2000-tallet uttalte Justisdepartementet at bekjempelsen av kriminalitet, særlig narkotikakriminalitet, i stadig mindre grad kunne basere seg på bidrag fra vitner og ofre i sakene.⁴ Dette hadde blant annet sin forklaring i en økende forekomst av voldsutøvelser og trusler fra de kriminelle sin side. Samtidig lå det også en forklaring i at de fornærmede i mange tilfeller også opererer som gjerningspersoner.⁵ Dette innebærer at politiet måtte ta i bruk mer effektive etterforskningsmetoder for å kunne skaffe seg innsikt i de kriminelle miljøene og over den kriminelle aktiviteten som ikke blir avdekket på tradisjonelt vis, gjennom eksempelvis anmeldelser.

Spørsmålet om å lovregulere provokasjon som etterforskningsmetode, var oppe til vurdering i 2004, da det ble nedsatt et utvalg med mandat til å gjøre utredninger og fremme forslag til

¹ Dorenfeldt (1978).

² Dorenfeldt (1978) s. 293.

³ Dorenfeldt (1978) s. 302.

⁴ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) s. 7.

⁵ Ibid.

regler om politiets bruk av forebyggende metoder.⁶ Politimetodeutvalget foretok en vurdering av om observerende og manipulerende metoder burde lovreguleres. Flertallet mente at lovgiver burde ta standpunkt til provokasjon både som en forebyggende, men også som en etterforskende metode. De pekte også på at det er betenkelig at en politimethode slik som provokasjon, som i prinsippet medfører at politiet påvirker gjennomføringen av den straffbare handlingen, har vilkår som ikke er lovregulert, men regulert gjennom rundskriv og rettspraksis.⁷

En rapport fra Kripos om politiets trusselvurderinger fra 2023 viser endringer i kriminalitetsbildet, særlig innen narkotikakriminalitet.⁸ Denne formen for kriminalitet har blitt mer digitalisert som en konsekvens av pandemien. Det anvendes i større grad sosiale medier og krypterte tjenester for både distribusjon og salg av narkotika,⁹ noe som gjør det vanskeligere for politiet å avdekke de kriminelle forholdene. Denne kriminalitetstypen har sitt særpreg ved at den er offerløs, og selger vil ofte ha mer enn nok motivasjon til å ikke ville bidra til oppklaring av slike saker fordi han, som selger, aktivt har brutt loven. I tillegg vil det være et poeng at selger i mange sammenhenger også er bruker av narkotika.

Både narkotikakriminalitet og annen organisert kriminalitet er vanskelig å avdekke ved tradisjonell etterforskning. Dette kan begrunnes i kriminalitetstypens art og aktørbildet, men også den stadig skiftende metoden for gjennomføring av kriminaliteten.¹⁰ Dette krever at politiet i større grad selv må søke å avdekke og etterforske disse sakene. Bruken av såkalte utradisjonelle eller ekstraordinære etterforskningsmetoder viser seg å ofte være anvendelig i slike saker, da de foregår i det skjulte.

Nesten ti år etter at politimetodeutvalget la frem sine vurderinger som konkluderte med at provokasjon som etterforskningsmetode burde lovfestes, så er fortsatt ikke metodebruken lovregulert. Det hører også med til historien at det offentlige rundskrivet¹¹ fra Riksadvokaten er supplert med retningslinjer som ikke er offentlige. Dette har sin bakgrunn i et ønske om å

⁶ NOU 2004: 6 s. 16.

⁷ NOU 2004: 6 s. 175.

⁸ Rapport «Politiets trusselvurdering 2023».

⁹ Ibid. s. 22.

¹⁰ NOU 1997: 15 punkt 4.2.8.5.

¹¹ RA-2018-2.

ikke avsløre alle detaljer for hvordan politiet jobber. Metodebruken er omstridt¹² og reiser viktige spørsmål særlig knyttet til rettssikkerhet¹³ og vernet av privatlivets fred på den ene siden, og politiet og samfunnets behov for effektiv kriminalitetsbekjempelse på den andre siden.

På denne bakgrunn er siktemålet med oppgaven å analysere argumentene i et lovfestingsperspektiv. Det vil ikke tas stilling til hvorvidt provokasjon som etterforskningsmetode *bør* lovfestes.

1.2 Metode, rettskildebildet og fremgangsmåte

1.2.1 Generelt

Som en del av grunnlaget for analysen er det behov for å ha klart for seg hva provokasjon er, og hva som er vilkårene for bruken av provokasjon. Dette vil jeg behandle i kapittel 2. Fremstillingen vil dermed ha elementer av rettsdogmatikk med kartleggingen av gjeldende rett, og denne fremstillingen vil bygge på alminnelig juridisk metode.

Den metodiske tilnæringsmåten preges imidlertid av at provokasjonsreglene er ulovfestede, slik at metoden skiller seg fra alminnelig lovtolkning. Dette medfører at det må søkes informasjon i andre rettskilder slik som rettspraksis, Riksadvokatens rundskriv og juridisk teori. Riksadvokatens rundskriv fra 1999, 2000 og 2018 vil være relevante rettskilder.¹⁴

Det foreligger en rekke dommer fra Høyesterett som belyser temaet provokasjon som etterforskningsmetode og rammene for metodebruken. Siden vi befinner oss på ulovfestet område, så vil Høyesterettspraksis utgjøre en sentral kilde. Det blir dermed naturlig å se hen til et utvalg av høyesterettsdommer.

Siden hovedproblemstillingen innebærer en analyse av argumenter i et lovfestingsperspektiv, vil hoveddelen av oppgaven ha et rettsregulatorisk preg. I kartleggingen av og redegjørelsen for argumentene, vil det være hensiktsmessig å se hen til utredningene som er gjort fra slutten

¹² Fliflet (2017) s. 308

¹³ Rt. 2000 s. 1482 på s. 1484

¹⁴ Se punkt 1.2.3.

av 1980-tallet og frem til 2016. Her eksisterer det et stort antall utredninger i forbindelse med blant annet endringer i straffeprosessloven og straffeloven.

Oppgaven vil avslutningsvis ha noe rettspolitiske refleksjoner basert på de ulike argumentene som er trukket frem. I tillegg vil det gis et forslag til en lovbestemmelse for provokasjon. Dermed vil oppgaven også ha et rettsregulatorisk perspektiv.

1.2.2 Rettspolitisk metode og rettsregulatoriske perspektiver

Når det gjelder kartleggingen av argumenter for og mot lovfesting av provokasjon, så vil drøftelsen innebære en normativ analyse. Her vil det kartlegges argumenter som taler for å beholde provokasjon som etterforskningsmetode ulovfestet, og de argumenter som tilsier at metoden bør lovfestes. Argumentene vil analyseres ut fra rettsstatlige grunnprinsipper. I kapittel 3 vil det redegjøres nærmere for hva som ligger i disse rettsstatlige grunnprinsippene.

Den rettspolitiske metoden, slik den blir brukt i denne fremstillingen, vil ta for seg de lege ferenda vurderinger, basert på de rettsstatlige grunnprinsippene som vil bli analysert i kapittel 3. De rettsstatlige grunnprinsippene har vist seg gjennom argumentasjon i både utredninger, forarbeider og juridisk litteratur. De rettsstatlige grunnprinsippene som blir analyseres i denne oppgaven er hensynet til forutberegnelighet, demokratisk legitimitet, kontrollhensynet, fleksibilitet, de lovtekniske utfordringene og behovet for en effektiv kriminalitetsbekjempelse. Det er en flytende overgang mellom de ulike grunnprinsippene/hensynene, slik at analysene av de vil bære preg av at disse må balanseres.

Siden bruken av provokasjon som etterforskningsmetode har vært gjenstand for diskusjon i ulike forarbeider og utredninger blir det naturlig å se hen til disse. Forarbeider i forbindelse med straffeprosessloven av 1981 og endringsloven til straffeprosessloven resulterte ikke i lovregulering av metoden, men argumentasjonen og vurderingene som ble gjort i den forbindelse er trukket frem i senere utredninger og forarbeider. Dette viser seg blant annet ved at flere av de samme problemstillingene også drøftes i utredninger i forbindelse med dagens lovfestingsspørsmål.¹⁵ Forarbeidene har fortsatt en viss interesse selv om de er over 40 år

¹⁵ Se blant annet NOU 2004: 6, Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) og NOU 1997: 15.

gamle, men det har over tid oppstått nye problemstillinger knyttet til provokasjon som gjør forarbeidene mindre relevante for oppgaven.

Det er også grunn til å se hen til de utredninger som er foretatt av blant annet Metodeutvalget i NOU 1997: 15, Politimetodeutvalget i NOU 2004: 6 og Straffeprosessutvalget i NOU 2016: 24. I utredningen fra 2016, i forbindelse med arbeidet med den nye straffeprosessloven, ble det utarbeidet et forslag om å lovregulere provokasjon som etterforskningsmetode.

Straffeprosessutvalget sluttet seg til Politimetodeutvalgets vurderinger fra 2004. I utredningen ble det vist til at det var ønskelig med en lovfesting av metoden.¹⁶ De argumenter som ble trukket frem her, vil analyseres og trekkes inn i den rettslige argumentasjonen for og mot lovfesting av metode.

Når det gjelder juridisk teori som redegjør for hvordan metodebruken anvendes, så vil disse være en relevant kilde. I tillegg finnes det et bredt utvalg fagartikler som omhandler provokasjon som etterforskningsmetode, og spørsmål om hvorvidt metoden bør lovfestes. Dette er fagartikler som vil bli benyttet som støtte for argumentasjonen i oppgaven. Her vil særlig Roald Hopsnes sin artikkel om provokasjon som politimetode være relevant.¹⁷ I tillegg er det grunn til å trekke frem flere av argumentene for lovfestingsspørsmålet i Ingvild Vågnes Johansen sin artikkel om lovfesting av politiprovokasjon.¹⁸

1.2.3 Særlig om bruken av Riksadvokatens rundskriv

Riksadvokatens rundskriv er særlig relevant for fastleggingen av gjeldende rett da det er disse rundskrivene,¹⁹ sammenholdt med rettspraksis, som trekker opp linjene for metodebruken i dag. Riksadvokaten har den overordnede ledelse av påtalemyndigheten, se lov om rettergang i straffesaker av 22.mai 1981 nr. 25²⁰ (heretter strpl.) § 56, og Riksadvokatens rundskriv har bindende virkning for tjenestepersoner i politi- og påtalemyndighet. Det følger av strpl. § 225 andre ledd at Riksadvokaten kan gi pålegg om hvordan etterforskningen skal gjennomføres. I prinsippet fungerer rundskriv som en instruks. Selv om Riksadvokatens rundskriv og dens

¹⁶ NOU 2016: 24 s. 343.

¹⁷ Hopsnes (2003).

¹⁸ Johansen (2013).

¹⁹ RA-1999-3, RA-2000-2 og RA-2018-2

²⁰ Lov 22. mai 1981 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven eller strpl.).

vilkår ikke er bindende for domstolene,²¹ har de en særlig betydning for den interne virksomheten i politi og påtalemyndighet, og har dermed en selvstendig rettskildemessig vekt.

Det vil naturligvis være det nyeste rundskrivet fra 2018 som har størst rettskildemessig verdi når det gjelder rundskriv. Der det er naturlig vil de tidligere rundskrivene blir drøftet, for eksempel der det sammenliknes med tidligere rundskriv.

Til tross for at rundskriv fra Riksadvokaten ikke er bindende for domstolene, så viser Høyesterettspraksis at domstolene likevel har valgt å tillegg Riksadvokatens rundskriv stor vekt. I tillegg har de ulike rundskrivene blitt utviklet i samsvar med rettspraksis. Allerede i 1984 viste Høyesterett til Riksadvokatens instruks for når og hvordan etterforskning med bruk av provokasjon skulle benyttes, jf. Rt. 1984 s. 1076.²²

Retningslinjer for politiets bruk av provokasjon i narkotikasaker ble fastsatt av Riksadvokaten første gang i 1980. Disse retningslinjene var unntatt offentlighet fordi man ikke ønsket å avsløre mer enn høyst nødvendig om deler av politiets arbeidsmetoder. Dette hadde også sin bakgrunn i behovet for å gjøre metodene mest mulig effektive.²³ Retningslinjene ble fremlagt muntlig til tjenestepersonene som arbeidet med narkotikasaker. To år senere, i 1982, ble de forelagt tjenestepersonen i skriftlig form i et såkalt tjenesteskiv.²⁴ Retningslinjene ble imidlertid gjengitt i NOU 1997: 15 punkt 4.2.8.5, så i praksis ble de gjort offentlige på dette tidspunktet. Senere kom rundskrivet fra 2000 og det nyeste någjeldende rundskrivet fra 2018. Her er særlig rundskrivet fra 2018 en relevant rettskilde som det skal søkes informasjon i.

1.3 Avgrensninger

Temaet for oppgaven er politiets bruk av provokasjon som etterforskningsmetode. Kjernen i fremstillingen er en kartlegging og analyse av de argumenter som taler i retning av en lovfesting av metoden, og de argumenter som taler i retning av å beholde metoden som ulovfestet. Andre former for etterforskningsmetoder slik som overvåkning, spaning og sporing vil ikke behandles i detalj. I og med at det er så store likhetstrekk mellom mange av

²¹ Hopsnes (2003) s. 77.

²² Se Rt. 1984 s. 1076 på s. 1080.

²³ Lenth v/Riksadvokaten (2023).

²⁴ Rt. 1984 s. 1076 på s. 1080.

disse skjulte etterforskningsmetodene så vil det likevel være aktuelt å se på hvordan man har behandlet disse i et lovgiverperspektiv.

Provokasjon er ofte omtalt som en av de ekstraordinære etterforskningsmetoder da metoden er å betegne som særlig inngripende.²⁵ Dette på grunn av at den foregår i det skjulte, uten at vedkommende som blir utsatt for provokasjon er klar over det. I kategorien av etterforskningsmetoder finner vi også infiltrasjon og telefonavlytting, og disse må det også avgrenses mot da de ligger utenfor kjernen av oppgaven. Bruk av lokkeduer karakteriseres også ved at det foreligger en villfarelse hos den kriminelle. Politiet vil i slike tilfeller lokke den kriminelle med agn eller et objekt uten at gjerningspersonen er klar over det.²⁶ Politiet har imidlertid ikke en slik direkte kontakt som ved provokasjon, og denne metoden må det avgrenses mot i oppgaven.

Politiprovokasjon er av en mer aktiv og inngripende karakter enn de tradisjonelle etterforskningsmetodene fordi det er en fordekt virksomhet hvor begivenhetene rundt forøvelsen av en straffbar handling blir påvirket. Metoden viser seg å være mest anvendelig i de tilfeller hvor de kriminelle handlinger ikke blir anmeldt og slik sett oppdaget, og det er i disse tilfeller det oppstår et behov fra politiets side til å opptre mer fordekt og nær de kriminelle. Det er gjerne i narkotikamiljøene og annen organisert kriminalitet at behovet for å ta i bruk slike metoder oppstår, og dermed vil de fleste eksempler som blir nevnt være knyttet til disse.

Når det gjelder de ulike formene for provokasjon, så har det både i juridisk teori og av Politimetodeutvalget blitt skilt mellom tiltaleprovokasjon, bevisprovokasjon og avvergende provokasjon.²⁷ Denne fremstillingen vil være avgrenset til å omhandle bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon. Den avvergende provokasjonen tar ikke sikte på å reise tiltale eller sikre bevis for en allerede begått straffbar handling, men har til formål å «stanse, avbryte, forebygge eller gjenopprette en situasjon eller straffverdig handling».²⁸ Den avvergende provokasjon vil i all hovedsak kunne tjene til å forhindre kriminalitet og den virkning den

²⁵ Se blant annet Johansen (2013) s. 230, Rt. 1984 s. 1076 på s. 1078.

²⁶ Hopsnes (2003) s. 80.

²⁷ Se blant annet Hopsnes (2003) s. 66 og NOU 2004: 6 s. 84.

²⁸ Hopsnes (2003) s. 66.

ville ha hatt dersom politiet ikke stanset den kriminelle aktiviteten. Avvergende provokasjon kan slik sett knyttes til mer «alminnelige» oppgaver for politiet.

Det har vært reist spørsmål om provokasjon som etterforskningsmetode strider mot Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). Dette tas det ikke konkret stilling til i denne oppgaven.²⁹ Det vil likevel trekkes paralleller til EMK artikkel 8 med hensyn til begrunnelsen for lovkravet. Dette gjelder særlig i relasjon til forutberegnelighet³⁰ og demokratisk legitimitet.³¹

1.4 Fremstillingen videre

Først vil det i kapittel 2 redegjøres for hvordan provokasjon er regulert i dag, herunder rammene for bruk av provokasjon gjennom rundskrivet fra Riksadvokaten og rettspraksis. I kapittel 3 vil jeg analysere de ulike argumentene som er påberopt for og mot lovfesting av provokasjon gjennom rundskriv, artikler, forarbeidene og juridisk litteratur. I kapittel 4 vil det gis et forslag til en lovbestemmelse for provokasjon som etterforskningsmetode. Lovforslaget vil være basert på analysen av de ulike grunnprinsippene/hensynene fra kapittel 3 og forslaget fra Straffeprosessutvalget fra 2016. Basert på det nye forslaget vil det bli trukket frem noen rettspolitiske refleksjoner.

²⁹ Høyesterett synes i alle tilfeller å bygge på en forutsetning om at provokasjon i seg selv ikke krever hjemmel i formell lov, se eksempelvis HR-2020-2137-A.

³⁰ Se punkt 3.1.

³¹ Se punkt 3.2

2 Provokasjon som etterforskningsmetode

2.1 Generelt om provokasjon

2.1.1 Hva er provokasjon

Når det gjelder å definere begrepet provokasjon, så er det lagt til grunn i teorien at det ikke finnes en entydig definisjon av provokasjon som metode.³² Begrepet provokasjon er definert både i juridisk teori, rundskriv og høyesterettspraksis, med noe variasjon i definisjonsbegrepene. Riksadvokaten har i sitt rundskriv definert provokasjon slik:

«Provokasjon foreligger når politiet gjennom direkte kontakt med enkeltpersoner eller på annen måte påvirker straffbare handlinger som andre foretar, for derigjennom å skaffe seg ytterligere informasjon om slik virksomhet.»³³

Av ovennevnte definisjon kan det forstås som formålet med bruken av provokasjon er å skaffe nærmere informasjon om de aktiviteter som pågår ved eksempelvis narkotikavirksomhet eller sedelighetsforbrytelser. Politimetodeutvalget har definert provokasjon som tilfeller hvor politiet eller en person som opptre på vegne av politiet og «utnytter en villfarelse» hos en person for på den måten å kunne påvirke hendelsesforløpet inn mot en straffbar handling.³⁴ Ut ifra politimetodeutvalgets definisjon er kjernen i metodebruken at provokatøren har som formål å få bedre kunnskap om hendelsesforløpet eller å få kontroll over det gjennom å ha en styrende innvirkning på handlingen.³⁵

Det kan med andre ord dreie seg om ulike formål knyttet til behovet for bruk av provokasjon. Politimetodeutvalget har skilt mellom ulike former for provokasjon; bevisprovokasjon, tiltaleprovokasjon og avvergende provokasjon.³⁶ For provokasjon som etterforskningsmetode vil det i all hovedsak dreie seg om å fremskaffe informasjon om den straffbare virksomheten, for på den måten å kunne skaffe bevis til bruk i en straffeforfølgning.³⁷

³² Auglend og Mæland (2019) s. 437.

³³ RA-2018-2 punkt II.

³⁴ NOU 2004: 6 s. 83.

³⁵ Ibid.

³⁶ NOU 2004: 6 s. 84.

³⁷ RA-2018-2 punkt I.

2.1.2 Bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon

Bevisprovokasjon kjennetegnes ved at politiet sikrer seg bevis for en straffbar handling etter at en straffbar handling har funnet sted. Dersom vi bruker narkotikamiljøet som eksempel kan politiet lovlig fremprovosere et salg av narkotika med et siktemål om å skaffe bevis for oppbevaring av narkotika. Selv om strl. § 231³⁸ om narkotikaovertrødelse straffer den som både «oppbevarer» og «sender eller overdrar» narkotika vil bevisprovokasjonen i dette tilfellet være knyttet til oppbevaringen av det narkotiske stoffet.

Bevisprovokasjon var tilfelle i den såkalte «Grooming»-saken i HR-2020-2137-A. Politiet benyttet i denne saken tiltaltes identiteter på internett til å ta kontakt med andre personer som tiltalte trolig hadde vært i kontakt med tidligere. På den måten skaffet politiet seg bevis for at han hadde kjøpt overgrepsmateriale.³⁹

Tiltaleprovokasjon eller «alminnelig provokasjon» skiller seg fra bevisprovokasjon ved at politiets innblanding kommer *før* den straffbare handlingen er gjennomført. I juridisk teori og rettspraksis brukes også ordet «handlingsprovokasjon» om «tiltaleprovokasjon». Disse er synonyme. For ordens skyld bemerkes det at det i denne oppgaven vil bli benyttet «tiltaleprovokasjon».

Gjennom en tiltaleprovokasjon vil politiet, eller noen som handler på deres vegne, gå inn med intensjonen om å påvirke hendelsesforløpet som leder inn mot en straffbar handling.⁴⁰ Da vil politiet ta ut tiltale på grunnlag av den straffbare handlingen som provokasjonshandlingen har påvirket. Et eksempel er et tilfelle hvor politiet mistenker at det foregår salg av narkotika. Politiet kan i slike tilfeller opptre som en kjøper for på den måten å synliggjøre selgeren av narkotika. Formålet vil i dette tilfelle være å fremskaffe opplysninger slik at det kan tas ut tiltale etter strpl. § 226.

Tiltaleprovokasjon var tilfellet i «Politiheroin I» i Rt. 1984 s. 1076. Her brukte politiet den innsatte D sin telefon, utga seg for å være den interesserte kjøperen av det narkotiske stoffet amfetamin overfor en utenlandsk narkotikaleverandør. Det ble avtalt levering, og politiet foretok en arrestasjon av kureren og vedkommende som organiserte transporten.

³⁸ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven eller strl.)

³⁹ HR-2020-2137-A avsnitt 26.

⁴⁰ Auglend og Mæland (2019) s. 437.

I praksis vil provokasjon ha graderte former. En bevisprovokasjon kan i og for seg gjennomføres kjapt uten at provokasjon bærer preg av å være særlig inngripende eller integritetskrenkende overfor vedkommende som blir utsatt for den. Hvor inngripende eller integritetskrenkende en provokasjon er, avhengig av faktorer som blant annet hvor langvarig provokasjon er, og om den benyttes sammen med andre metoder.

2.2 Etterforskning og etterforskningsmetode

Siden temaet for denne oppgaven er politiets bruk av provokasjon som etterforskningsmetode, er det dermed grunnleggende å gi en avklaring av etterforskning som begrep. Riksadvokaten har i rundskriv nr.3/1999 uttalt at etterforskning er et rettslig begrep som både har innvirkning på hvilken ansvarslinje vi har med å gjøre, og hvilke regelsett som kommer til anvendelse.⁴¹ Det er avgjørende å skille mellom politiets forebyggende og etterforskende virksomhet, da oppgaven er begrenset til å omhandle provokasjon som en etterforskende metode.

Etterforskning er en formålsstyrt virksomhet hvor målet er å undersøke om en straffbar handling har funnet sted, hvem som er ansvarlig for den straffbare handlingen, skaffe til veie eventuelle bevis og generelt etablere et grunnlag slik at påtalemyndigheten kan vurdere om det kan tas ut tiltale for den aktuelle handlingen. Dersom formålet med virksomheten er noe annet enn dette er ikke politiets virksomhet å betegne som etterforskning.⁴² Etterforskning som en påtalestyrt virksomhet innebærer at det er påtalemyndigheten som har ledelsen og ansvaret for etterforskningen. Det er politiet som blir gitt i oppgave å utføre etterforskningen under påtalemyndighetens ledelse, jf. strpl. § 225 første ledd. Det vil si at politiet må etterforske innenfor de grenser og retningslinjer som påtalemyndigheten har fastsatt. Politiet kan slik sett betegnes som det utførende organet for påtalemyndigheten.⁴³ Etterforskning reguleres av straffeprosessloven, påtaleinstruksen og andre retningslinjer fra overordnet påtalemyndighet, slik som eksempelvis riksadvokatens rundskriv.

Etterforskning skiller seg fra den forebyggende virksomheten til politiet på den måten at etterforskning finner sted etter at en potensielt straffbar handling er begått, eller ved mistanke om dette. Selv om det er politiet som utfører både den etterforskende og forebyggende

⁴¹ RA-1999-3 punkt I.

⁴² RA-1999-3 punkt II.

⁴³ Auglend og Mæland (2016) s. 424.

virksomhet, må disse holdes atskilt på grunn av tidspunktet for de kriminelle handlinger. Den forebyggende virksomheten til politiet innebærer arbeid med å forhindre at kriminelle handlinger begås.

2.3 Vilkår for provokasjon

2.3.1 Grunnvilkåret

Når det gjelder grunnvilkåret så er dette likt for både tiltaleprovokasjon og bevisprovokasjon. Grunnvilkåret dreier seg om at politiet ikke må fremprovosere en handling som ellers ikke ville blitt begått, og markerer således en grense for politiets kompetanse til å anvende provokasjon som etterforskningsmetode.⁴⁴ Dette vilkåret ble for første gang formulert av Høyesterett i «Politiheroindommen I».⁴⁵ Her uttalte Høyesterett at det gjennom provokasjonshandlingen måtte kunne tillates en viss endring i tid, sted og utførelse av lovbruddet.⁴⁶ Slik kravet er formulert i rettspraksis så ligger det et krav om at politiets innblanding ikke alene var årsaken til at den kriminelle handlingen fant sted. Grunnvilkåret er oppfylt i de tilfeller hvor provokasjonsobjektet ville ha utført den straffbare handlingen selv uten provokatørens innblanding. Dette vilkåret var oppstilt som et grunnvilkår allerede i Riksadvokatens rundskriv fra 1980⁴⁷, og har blitt lagt til grunn av Høyesterett i en rekke andre dommer.⁴⁸

Grunnvilkåret for bevisprovokasjon er som nevnt det samme som ved tiltaleprovokasjon. Siden bevisprovokasjon anvendes med det siktemål om å kun fremskaffe bevis for en allerede utført kriminell handling, så vil grunnvilkåret om at politiet ikke fremprovoserer en handling som eller ikke ville vært begått, som regel være oppfylt. Et eksempel er dersom politiet mistenker en person for å være i besittelse av narkotika. Da kan de gjennom en provokasjonshandling sikre seg bevis for at vedkommende faktisk er i besittelse av narkotika. Her vil politiet fremprovosere et salg av narkotika, for på den måten å sikre seg bevis for at selgeren er i besittelsen av narkotika. Konsekvensen vil være at det bare tas ut tiltale for oppbevaring og ikke for salget.

⁴⁴ Nordhus (2020) s. 156.

⁴⁵ Rt. 1984 s. 1076 på s. 1080.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ NOU 1997: 15 punkt 4.2.8.5.

⁴⁸ Se blant annet Rt. 2000 s. 1345 på s. 1348 og Rt. 2006 s. 120 avsnitt 33.

Politiet må selv vurdere om grunnvilkåret for provokasjon er oppfylt, og dermed om provokasjonshandlingen kan gjennomføres. Provokasjon skal ikke benyttes som en etterforskningsmetode i de tilfeller hvor politiet gjennom sine tiltak ser at grunnvilkåret ikke lar seg oppfylle. I de tilfeller hvor politiet allerede har gjennomført provokasjonshandlingen, og det viser seg at grunnvilkåret ikke er oppfylt, skal påtalemyndigheten ikke reise tiltale.⁴⁹

2.3.2 Tilleggs vilkår om alvorlig kriminalitet

I tillegg til grunnvilkåret er det oppstilt en begrensning ved at metoden kun kan anvendes dersom det er tale om alvorlig kriminalitet. Dette ble for første gang presisert i Rt. 1984 s. 1076 «Politiheroin I». Ved vurderingen av om man har med en alvorlig lovovertrødelse å gjøre vil det være naturlig å ta utgangspunktet i strafferammen for den aktuelle lovovertrødelsen. Vilkåret ble videreutviklet i Rt. 1993 s. 473. I denne avgjørelsen pekte retten på at det en ikke bare skulle se hen til strafferammen i vurderingen av alvorlig kriminalitet, men også samfunnets behov for å drive kriminalitetsbekjempelse mot alvorlig kriminalitet.⁵⁰

I Rt. 1998 s. 407 «Skrik» som omhandlet forsøk på heleri, uttalte retten at på grunn av situasjonen og sakens alvor var det grunn til å anvende provokasjon. Som momenter i denne vurderingen ble det trukket frem at maleriet hadde en «særdeles høy både økonomisk og ideell verdi» og vanlige etterforskningsmetoder ville ikke være tilstrekkelig sett hen til både tidsmomentet og faren rundt at maleriet kunne bli ødelagt.⁵¹ Provokasjonshandlingen var imidlertid ansett som rettsstridig da grunnvilkåret ikke var oppfylt, men saken illustrerer likevel at kravet om alvorlig kriminalitet må avgjøres ut fra en helhetsvurdering av lovbruddets alvorlighet. I denne saken var det bare helerihandlingen som ble ansett som ikke straffbar.

Selv om det gjennom rettspraksis viser seg at provokasjon oftest anvendes i narkotikasaker, så er ikke vilkåret begrenset til denne form for kriminalitet. Provokasjon som etterforskningsmetode kan også brukes blant annet i saker med seksuelle overgrep mot barn, spredning av barnepornografi og grove voldslovbrudd.⁵² Riksadvokaten har valgt å ikke

⁴⁹ RA-2018-2 punkt III s. 3.

⁵⁰ Rt. 1993 s. 473 på s. 475.

⁵¹ Rt. 1998 s. 407 på s. 409.

⁵² RA-2018-2 s. 4.

instruksfeste alle de ulike former for kriminelle handlinger som er aktuelle for bruken av provokasjon, det sentrale er om den straffbare handlingen er av en slik samfunnsmessig betydning at det er grunn til å drive kriminalitetsbekjempelse.⁵³

2.3.3 Tilleggsvilkår om subsidiaritet

Det andre tilleggsvilkår dreier seg om at provokasjon kun kan benyttes der hvor andre metoder er å anse som utilstrekkelige.⁵⁴ Dette vilkåret er også omtalt som et indikasjonskrav. Vilkaåret om subsidiaritet er et utslag av det politirettslige nødvendighetsprinsippet som følger av politiloven § 6 andre ledd⁵⁵ som går ut på at inngrepet aldri vil være rettmessig dersom det det kunne vært benyttet mindre inngrep eller ingen inngrep i det hele tatt.⁵⁶ Vilkaåret ble for første gang formulert i «Politiheroin I».⁵⁷, og senere har vilkaåret blant annet blitt beskrevet som en situasjon hvor man «gjerne kommer til kort med de tradisjonelle metoder».⁵⁸

I noen saker vil det fra tidlig i etterforskningen av, være tydelig fra politiets side at andre og mindre inngripende metoder er utilstrekkelige. Det kreves ikke at politiet tar i bruk mindre inngripende tiltak i tilfeller hvor det er klart at det ikke vil føre frem. Dette var tilfellet i «Skrik».⁵⁹ Siden det dreide seg om et kjent norsk maleri, av høy samfunnsmessig og økonomisk verdi, var det en fare for at maleriet kunne bli ødelagt dersom politiet ikke handlet.⁶⁰

Et annet eksempel er «Politiheroin I». Her uttalte Høyesterett at påtalemyndigheten hadde grunn til å tro at mindre drastiske tiltak for å stoppe innførselen av narkotika ikke ville være tilstrekkelig. Her pekte retten på kjennskapen som man hadde til narkotikavirksomheten.⁶¹

⁵³ Ibid. s. 2.

⁵⁴ Ibid. s. 4.

⁵⁵ Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven eller politil.).

⁵⁶ Fredriksen (2021) lovkommentar til politil. § 6 andre ledd, note 3

⁵⁷ Rt. 1984 s. 1076 på s. 1080.

⁵⁸ Rt. 2000 s. 1345 på s. 1347.

⁵⁹ Rt. 1998 s. 407.

⁶⁰ Rt. 1998 s. 407 på s. 409.

⁶¹ Rt. 1984 s. 1076 på s. 1082.

2.3.4 Tilleggsvilkår om forholdsmessighet

Det er videre et tilleggsvilkår for å kunne ta i bruk provokasjon, at metoden fremstår som forholdsmessig. Dette kravet er et utslag av forholdsmessighetskravet som vi finner i politil. § 6 andre ledd andre punktum. Bestemmelsen pålegger politiet å kun ta i bruk et middel dersom det er en rimelig balanse mellom middelet og «situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig».⁶² Kravet til forholdsmessighet følger også av strpl. § 170 a og EMK artikkel 8 nr. 2, og henger nært sammen med vilkåret om alvorlig kriminalitet.⁶³ Dette innebærer at provokasjonen må fremstå som forholdsmessig i relasjon til samfunnets behov for å få bukt på alvorlig kriminalitet. Det skal imidlertid i en vurdering av om vilkåret om forholdsmessighet er oppfylt, tas hensyn til alle de mulige overvåkningsmåtene som vedkommende er utsatt for allerede, eller kommer til å bli utsatt for.⁶⁴

Et eksempel på at forholdsmessighet er en skranke finner vi i HR-2020-2137-A «Grooming». Høyesterett foretok en vurdering av om det som var gjort fra politiets side var uproporsjonalt i forhold til alvoret i det lovbruddet som hadde funnet sted⁶⁵, og kom etter en vurdering til at kravet til forholdsmessighet var oppfylt. Retten så i denne forbindelse på at det forelå en alvorlig straffbar handling med en strafferamme på 21 års fengsel. I tillegg uttalte retten at metoden fremstod som «lite inngripande overfor A» og at den var «klart proporsjonal i lys av dei moglege lovbrota som vart etterforska».⁶⁶ Høyesterett trakk både frem strafferammen for den aktuelle straffbar handlingen, som var fengsel i 21 år for medvirkning til grove seksuelle overgrep mot barn og så på provokasjonshandlingen i lys av dette.

⁶² Politil. § 6 andre ledd andre punktum.

⁶³ RA-2018-2 s. 5.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ HR-2020-2137-A avsnitt 45.

⁶⁶ Ibid.

2.3.5 Tilleggsvilkår om prosessuelle grunnprinsipper

Ifølge Riksadvokatens rundskriv er det også et tilleggsvilkår at bruken av provokasjon som etterforskningsmetode ikke må stride mot straffeprosessuelle grunnprinsipper. Riksadvokaten har ikke presisert hvilke straffeprosessuelle grunnprinsipper som gjelder, men det er i rundskrivet trukket frem at dette var tema i Rt. 1999 s. 1269 «Verksbetjent».⁶⁷

I denne saken hadde den siktede, en verksbetjent i et fengsel, blitt forledet til å avgi en forklaring om hvordan han hadde hjulpet en fange med å rømme. Politiet benyttet seg av bevisprovokasjon i dette tilfellet, ved å ta opptak med en skjult mikrofon. Dette fremstod etter retten vurdering å være i strid med siktedes rett til å forholde seg taus, og dermed i strid med vernet mot selvinkriminering etter strpl. § 232 og påtaleinstruksen § 8-1.⁶⁸

Selv om rundskrivet ikke nevner aktuelle prosessuelle grunnprinsipper, så er det på det rene at det er flere grunnprinsipper som kan gjøre seg gjeldende ved en provokasjon. Her kan det eksempelvis nevnes retten til kontradiksjon, retten til respekt for privatliv og vernet mot selvinkriminering.

⁶⁷ RA-2018-2 s. 5.

⁶⁸ Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen).

3 Analyse av argumentene ut fra grunnleggende hensyn

3.1 Hvordan vil lovfesting påvirke hensynet til forutberegnelighet?

3.1.1 Generelt om forutberegnelighetshensynet

Forutberegnelighet er et viktig rettsstatlig grunnprinsipp, og en sentral dimensjon innenfor begrepet rettssikkerhet. Kjernen i rettssikkerhetsbegrepet har tradisjonelt handlet om at borgerne skal beskyttes mot vilkårlig maktmisbruk fra myndighetenes side.⁶⁹ Sentralt i rettssikkerhetsbegrepet ligger også borgernes forutberegnelighet, i den forstand at man som borger skal kunne forutberegne sin egen rettsstilling, og på den måten være i stand til å ivareta sine egne rettslige interesser.⁷⁰

Forutberegnelighet i denne sammenheng kan deles inn i tre ulike dimensjoner. Det er for det første nødvendig med forutberegnelighet for den enkelte borgeren slik at vedkommende skal kunne vite hva politiet kan gjøre av inngrep. Videre er det nødvendig med forutberegnelighet for samfunnet for øvrig, slik at vi som samfunnsborgere kan kontrollere metodebruken. Til slutt er det nødvendig at politiet har forutberegnelighet for å (i) vite hva slags verktøy de kan anvende i sin legitime kriminalitetsbekjempelse og (ii) ikke overtre grensene slik at straffansvar etter strl. § 171 om tjenestefeil kan komme på tale.

Når det gjelder forutberegnelighet for samfunnet for øvrig, så ligger det et behov fra samfunnets side til å føre kontroll med politiets metodebruk. Dette har ikke bare selvstendig betydning for forutberegnelighetshensynet, men også betydning for kontrollhensynet. Siden det er så store likhetstrekk mellom samfunnets behov for å føre kontroll med metoden, og det selvstendige kontrollhensynet, så vil dette redegjøres for under punkt 3.3.

⁶⁹ Mæhle og Aarli (2022) s. 144.

⁷⁰ NOU 2009: 15 s. 60.

Siden forutberegnelighet er en så viktig nøkkel for å sikre rettssikkerhet i samfunnet, kan man stille spørsmål ved om mangelen på en lovregulering medfører at rettssikkerheten og forutberegneligheten blir satt på spill. Dette gjelder særlig i de tilfeller hvor man har med provokasjonshandlinger som gjør inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8. Dette vil det redegjøres nærmere for i punkt 3.1.2.

Behovet for kontroll fra samfunnet henger imidlertid nært sammen med behovet for tillit og tilgjengeliggjøring, og det er dermed naturlig å se på hvordan dette blir bevart med dagens ordning.

3.1.2 Forutberegnelighetsargumentet

I 2013 pekte Ingvild Vågnes Johansen i sin artikkel på en rekke utfordringer som det må tas hensyn til ved en eventuell lovfesting av provokasjon.⁷¹ Hun trakk blant annet frem faren for en for detaljert lovgivning og kontrollrutiner blant miljøer som begår kriminelle handlinger, dersom metoden skulle blitt lovfestet. Som en løsning på de ulike utfordringene, pekte hun på mulighetene for å kun lovfeste de sentrale vilkårene for provokasjon. Dette mente hun ville sikre tilgjengelighet, presisjon ved utførelsen av reglene og samtidig sikre forutberegnelighet.

Her har vi et argument som går ut på at forutberegneligheten blir styrket dersom metoden lovfestes. Argumentet om forutberegnelighet sikter i denne sammenheng ikke bare til en økt tillit til myndighetene ved at vilkårene for metodebruken blir lovfestet, men også tilgjengeligheten til lovreglene, likebehandling og hindring av vilkårlig maktmisbruk.

Bruken av provokasjon som i dag følger av Riksadvokatens rundskriv og rettspraksis er offentlige, og dermed tilgjengelige for borgerne. Av denne grunn kan man si at slik metoden er regulert i dag så er hensynet til forutberegnelighet for den enkelte borger ivaretatt. Det kan likevel argumenteres for at det vil være mer vanskelig for den alminnelige borger å få innsikt i instruksjer og retningslinjer, sammenlignet med en skreven rettsregel. Her kan det også trekkes en parallell til Grunnloven § 113⁷² hvor legalitetsprinsippet er nedfelt. Etter denne bestemmelsen kreves det hjemmel i lov for at myndighetene kan gjøre inngrep mot den enkelt

⁷¹ Johansen (2013).

⁷² Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (GrL.).

– desto større inngrep, desto strengere krav til lovens kvalitative krav som klarhet og detaljering. Tilgjengeligheten til lovtekst er nettopp en av begrunnelsene for at inngreps- og straffehjemler ikke kan nedfelles i instruksjer og offentlige retningslinjer.

Når det gjelder forutberegnelighet for den enkelte og tilgangen til regelsettene er det grunn til å peke på at samfunnet har utviklet seg rent teknologisk. I dagens teknologiske verden er det langt flere som har tilgang til informasjon gjennom internett. Dermed må argumentet om forutberegnelighet nyanseres. Det å skaffe seg innsikt og kunnskap om bruken av provokasjon som etterforskningsmetode krever på sett og vis samme kunnskap, enten det er å finne frem til rundskriv fra Riksadvokaten eller anvende lovdata for å finne frem til den konkrete lovhjemmelen. Rundskrivet inneholder også mer tekst og kan slik sett sies å gi mer informasjon enn en lovtekst ville gitt. Et rundskriv kan dermed skape mer forståelse hva gjelder vilkårene og anvendelsesområde for bruken.

Samtidig kan det pekes på at det er lettere å finne frem og lese en lovtekst i forhold til det å finne frem til et rundskriv fra Riksadvokaten, da det vil kreve dypere forståelse for offentlig forvaltnings oppbygning og sammenhenger, for å kunne forstå at også rundskriv gitt av Riksadvokaten kan være en rettskilde av vekt. Dermed vil, til tross for den teknologiske utviklingen, lov like fullt være et naturlig stopp for folk flest. Forutberegneligheten vil trolig være bedre ivaretatt ved fastsetting i lov enn andre rettskilder som eksempelvis forskrifter og rundskriv. Selv om detaljeringsgraden på en lovtekst er lavere enn ved et rundskriv, så har alle lover, i tillegg til den konkrete lovtekst, forarbeider som kan gi mer utfyllende informasjon.

Selv om argumentet om forutberegnelighet for den enkelte borger ikke har størst styrke, må det kunne sies at det å lovfeste metode vil sikre størst mulig forutberegnelighet da lovteksten vil være offentlig og tilgjengelig. Forarbeidene vil kunne gi ytterligere informasjon om hva som legges i ord og uttrykk i bestemmelsen, og rettsanvenderen vil dermed kunne bruke disse som en støtte i lovtolkningsprosessen. Her er det imidlertid grunn til å nevne at forarbeidene hovedsakelig anvendes av personer med juridisk kompetanse, og det kan dermed stilles spørsmål ved hvor tilgjengelig informasjonen fra forarbeidene er for personer uten juridisk kompetanse.

En lovtekst, som er utgangspunktet for rettsanvendelsesprosessen på lovfestet område, kan bidra til forutberegnelighet for samfunnet på den måten at regelsettet er tilgjengelig. Men lovtekst trenger ikke i alle tilfeller å bidra til forutberegnelighet, da dette avhenger av hvordan den er utformet og begrunnet.⁷³ Forutberegnelighet til en lovtekst kan dermed være av varierende karakter.

Når politiet velger å benytte seg av provokasjon, så er hele poenget at vedkommende som blir utsatt for provokasjonshandlingen, ikke skal være klar over at dette er tilfelle. Provokasjon som etterforskningsmetode har dermed noen viktige aspekter ved seg, som skiller den fra politiets øvrige metodebruk, og som gjør at hensynet til forutberegnelighet må nyanseres.

Dersom metoden skal opprettholde sin effektivitet så er det en forutsetning at provokasjonsobjektet ikke er klar over at politiet gjennomfører inngrep på forhånd. Provokasjonsobjektet er mest trolig klar over at virksomheten som vedkommende bedriver, for eksempel oppbevaring av narkotika, utgjør en straffbar handling etter strl. § 231 første ledd. Det kan likevel vanskelig sies at den potensielle gjerningspersonen må ha forutberegnelighet vedrørende hvordan politiet anvender provokasjon i det konkrete tilfellet. Her er det også grunn til å nevne at dersom påtalemyndigheten tar ut tiltale for den straffbare handling som gjerningspersonen har utført, så vil provokasjonsobjektet kun få vite om provokasjonshandlingen dersom påtalemyndigheten velger å opplyse retten om dette.

Når det gjelder forutberegnelighetens side til tilgjengelighet og klarhet er det grunn til å se til lovskravet i EMK artikkel 8 nr. 2. Etter denne bestemmelsen skal det ikke skje inngrep i privatliv eller familieliv med mindre det er i «samsvar med loven».⁷⁴ Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) opererer imidlertid ikke med et formelt lovkrav, men et materielt. Det stilles likevel krav til klarhet og tilgjengelighet.⁷⁵

Kravet til forutberegnelighet stiller seg imidlertid annerledes når det gjelder skjulte etterforskningsmetoder. Dette ble også uttalt av EMD i *Malone mot Storbritannia*.⁷⁶ Saken gjaldt politiets bruk av kommunikasjonskontroll, men er relevant av den grunn at EMD uttaler

⁷³ Mæhle og Aarli (2022) s. 102

⁷⁴ EMK artikkel 8 nr. 2.

⁷⁵ Johansen (2013) s. 232.

⁷⁶ *Malone mot Storbritannia* 1984, no. 8691/79 avsnitt 67.

at hensynet til forutberegnelighet ikke kan være det samme når det gjelder kommunikasjonskontroll som etterforskningsmetode. EMD uttalte at selv om hensynet til forutberegnelighet ikke kan være det samme når det gjelder skjulte etterforskningsmetoder, så må det kreves at borgerne gis tilstrekkelig informasjon i forhold til hvilke omstendigheter som må foreligge for at politiet kan ta i bruk metoden og under hvilke vilkår.⁷⁷

Tilgjengeligheten til regelsettene har også vært et viktig argument i forbindelse med lovfesting av blant annet teknisk sporing⁷⁸ og passlovgivningen.⁷⁹ Teknisk sporing var tidligere kun instruksregulert av Riksadvokaten, og instruksene var ikke offentlige. Utvalget var nedsatt for å utrede etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet. Det ble påpekt at slik metoden ble anvendt så krevdes det ingen lovregulering, men det ble likevel vurdert hvorvidt det ville være hensiktsmessig med lovfesting.⁸⁰ De trakk særlig frem at en lovfesting ville bidra til en økt tilgjengelighet for borgerne ved at metoden ble lovfestet, og slik sett også mer forutberegnelighet.⁸¹

Når det gjelder passlovgivningen var dette et område som ble lovfestet av flere årsaker. For det første så var reglene om passhindring og innlevering, regler som krevde hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet. Reglene var materielle regler som hadde vesentlig betydning for den som ble rammet av dem. Men det ble i tillegg trukket frem at lovfesting ville sørge for større tilgjengelighet for borgerne.⁸²

Dersom regelsettene er tilgjengelige, øker det forutberegneligheten for borgerne. Teknisk sporing og provokasjon er begge betegnelser på metoder som anvendes i det skjulte, altså så er de begge former for skjult etterforskning som har sin effektivitet og bakgrunn i at objektet ikke skal gjøres kjent med at politiet foretar slike metoder. Behovet for forutberegnelighet og tilgjengelighet viser seg imidlertid å være annerledes for disse metodene, sammenlignet med provokasjon.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ NOU 1997: 15 punkt 2.16

⁷⁹ Backer (2013) s. 27.

⁸⁰ NOU 1997: 15 punkt 2.16.

⁸¹ Ibid.

⁸² Backer (2013) s. 27.

Vilkårene for å ta i bruk teknisk sporing var ikke kjent for allmennheten før metoden ble lovregulert ved endringsloven til straffeprosessloven og straffeloven⁸³, mens vilkårene for provokasjon har siden sent på 90-tallet vært offentlig gjennom Riksadvokatens rundskriv.⁸⁴ Dermed kan det virke som at lovgiver har vurdert det dithen at behovet for forutberegnelighet og tilgjengelighet for teknisk sporing var større, fordi regelsettene ikke var tilgjengelig for borgerne før det ble inntatt i strpl. § 202 b.

For politiets del, som skal anvendes disse reglene, er det viktig at det er klart og tydelig hva de kan utføre av inngrep mot den enkelte borger. Ved enhver hjemmel som gir staten anledning til å gripe inn i hos den enkelte borger, så medfører det også en fare for straffansvar etter strl. § 171. Bestemmelsen om tjenestefeil straffer «den som utøver eller bistår ved utøving av offentlig myndighet, og grovt bryter sin tjenesteplikt».⁸⁵ Det ligger altså en forutsetning om at grensene for provokasjon er en del av gjerningsbeskrivelsen i strl. § 171. Det er klart at det å fatte beslutning om provokasjon eller gjennomføre en provokasjon er å anse som en utøvelse av «offentlig myndighet», og videre vil det være en «tjenesteplikt» å overholde grensene for bruken av provokasjon. Slik sett kan man si at rammene for tjenesteplikten er en del av gjerningsbeskrivelsen i strl. § 171.

Denne strafferettslige reguleringen av tjenestefeil er viktig av flere årsaker. Det er for det første viktig med en slik regulering for å sikre legitimitet av offentlig myndighetsutøvelse,⁸⁶ noe som også kan bidra i tillitsforholdet mellom borgerne og politi, da denne bestemmelsen vil fange opp de tilfeller hvor tjenesteplikten ikke overholdes. Dersom metoden skulle blitt lovfestet vil inngrepshjemmelen og dens presise og klare innhold, ikke bare være viktig av hensyn til borgerne og av hensyn til kontrollmekanismene, men også ovenfor de som skal utøve den for å unngå å havne i straffansvar.

En lovfesting av provokasjon som etterforskningsmetode vil for det første styrke hensynet til forutberegnelighet ved at reglene blir mer tilgjengelig enn et rundskriv, og presumptivt blir metoden lovfestet rent språklig på en slik måte at hovedpunktene blir tydeligere kommunisert. Forutberegnelighetshensynet veier nok ikke like tungt i relasjon til den enkeltes mulighet til å

⁸³ Lov 3. desember 1999 om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v (etterforskningsmetoder m.v).

⁸⁴ Se NOU 1997: 15, vilkårene ble i praksis gjort kjent på dette tidspunktet da de ble gjengitt her.

⁸⁵ Strl. § 171.

⁸⁶ Bought (2023) lovkommentar til strl. § 171, note 1.

forutse sin rettsstilling. Det er imidlertid helt nødvendig at samfunnet for øvrig er klar over hvilke omstendigheter som må foreligge for at politiet kan ta i bruk metoden og under hvilke vilkår. Dette bidrar også til tillit mellom borgerne og politi- og påtalemyndighet, noe som er nødvendig for å sikre rettssikkerhet. Forutberegnelighet sett i sammenheng med kontrollhensynet, som blir behandlet i punkt 3.3, viser samfunnets behov for å føre kontroll med hvordan metoden blir anvendt.

3.2 Hvordan vil lovfesting påvirke den demokratiske legitimiteten?

I punktet 3.1 nevnte jeg begrunnelsen for at man krever lovhjemmel for inngrep etter EMK artikkel 8. Noe av den begrunnelsen ligger i hensynet til forutberegnelighet. I lovkravet ligger det imidlertid også en demokratisk komponent.

Legalitetsprinsippet i grl. § 113 innebærer at staten ikke kan gjøre inngrep i de borgerlige rettigheter uten hjemmel i lov. Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, som også har hjemmel i grl. § 113, dreier seg om at forvaltningen må ha et rettslig grunnlag for å kunne utøve myndighet overfor borgerne.⁸⁷ Det kan altså ikke gjøres inngrep uten at forvaltningen har bestemt det, og at lovgiver gjennom lovfesting har stått for tilgjengeliggjøring og klarhet. Her ligger den demokratiske komponenten.

I vår rettsstat har vi noen grunnleggende rettigheter og verdier som skal ivaretas for borgerne, og dermed er det helt avgjørende at staten ikke utfører inngrep som er vilkårlig. Demokratisk legitimitet har nær sammenheng med hindring av vilkårlig maktmisbruk, men denne komponenten sikter også til den tiltro man har til makthaverne som utformer regler og retningslinjer. Den demokratiske forankringen er et grunnleggende virkemiddel for å ivareta tilliten til offentlig forvaltning hos befolkningen. Tillit er en grunnstein i velferdsstaten og et moderne rettssamfunn som Norge. De demokratiske prosessene er med på å gi lovgiver legitimitet, og dette er helt nødvendig for at man skal kunne legitimere det å anvende såpass inngripende metoder som det provokasjon kan representere.

⁸⁷ Schjødt (2012) s. 3.

Når rettsregler skal gis av samfunnsinstitusjoner, slik som eksempelvis lovgiver, så omtaler vi gjerne disse som institusjoner med en rettslig autoritet. Denne autoriteten bærer med seg en forutsetning om at de har legitimitet i samfunnet. Stortinget, som er vårt lands folkevalgte forsamling, har demokratisk legitimitet og autoritet i kraft av å være nettopp valgt av folket.⁸⁸ Høyesterett som institusjon, har denne rettslige autoriteten i kraft av at det er landets høyeste domstol og dømmer i siste instans, jf. grl. § 88.⁸⁹ I tillegg er Høyesterett gitt i oppgave å drive med rettsavklaring og rettsutvikling.⁹⁰

Det er for det første naturlig å se hen til hvordan den demokratiske legitimitet er ivaretatt med dagens ulovfestede ordning. Selv om provokasjon som etterforskningsmetode ikke er lovfestet per i dag, er den ikke uten demokratisk legitimitet. Det er for det første en etterforskningsmetode som har en demokratisk legitimitet i form av at den er instruksregulert fra Riksadvokaten, og Høyesterett har trukket opp de nærmere retningslinjene for metodebruken. Gjennom grl. § 88 har lovgiver gitt Høyesterett rett til å dømme i siste instans. Med andre ord; der det ikke gis lovgivning, vil det bli overlatt til domstolene, og dette er nettopp tilfelle for provokasjon som etterforskningsmetode.

Stortinget har valgt å la metoden bli regulert av Riksadvokaten og Høyesterett. Her er det også et poeng at spørsmålet om å lovfeste har pågått en stund, slik at lovgiver har hatt all mulig oppfordring til å reagere med lovfesting dersom lovgiver mente at provokasjon ikke er forsvarlig regulert. På denne måten kan man si at dagens ordning har en viss avledet, og indirekte demokratisk legitimitet. I HR-2020-2137-A uttalte retten at dersom etterforskningsmetodene ble ansett for å ikke ha tilstrekkelig lovhjemmel, så ville Stortinget, som den lovgivende makt, gitt uttrykk for dette.⁹¹ Her er det også grunn til å trekke en parallell til grl. § 113. Legalitetsprinsippet ble inntatt i Grunnloven ved grunnlovsendringen i 2014, og kodifiserte den konstitusjonelle sedvanerett.

Så hvordan kan den demokratiske legitimiteten bli ytterligere styrket gjennom en lovfesting? I prosessen hvor lovregler blir til, vil behovet for å lovfeste et ulovfestet område som regel fremkomme av utredninger gitt av utvalg, også kalt offentlige utredninger. Provokasjon og

⁸⁸ Mæhle og Aarli (2022) s. 98.

⁸⁹ Ibid. s. 99.

⁹⁰ Ibid. s. 99.

⁹¹ HR-2020-2137-A avsnitt 40.

spørsmålet om lovfesting har vært vurdert av forskjellige utvalg⁹² som har blitt fremsatt av det tidligere Justisdepartementet, i dag kalt Justis- og beredskapsdepartementet. Herifra blir det utarbeidet et lovforslag, som blir sendt ut på høring.⁹³ Dette er en prosess som sikrer demokratisk legitimitet i den forstand at de berørte grupper får anledning til å komme med innvendinger eller synspunkter vedrørende forslaget som foreligger. Lovsforslaget blir et endelig forslag, og etter en godkjenning av Kongen i Statsråd oversendes proposisjonen til Stortinget som etter å ha sendt den til justiskomiteen, behandler og vedtar forslaget.⁹⁴ Stortingets representanter er valgt av folket, dermed har beslutninger tatt av Stortinget en særlig demokratisk legitimitet.

Dersom metoden skulle blitt lovfestet, så ville lovbestemmelsen gitt uttrykk for lovgivers vilje. I tillegg ville metoden gjennomgått denne demokratiske og komplekse prosessen, hvor det stilles krav til både utforming og presisjon i rettsreglene som utformes, med nøye vurderinger fra fagpersoner. Tar man dagens grenser for bruk av provokasjon, som følger av Riksadvokatens rundskriv og rettspraksis, inn i en lovbestemmelse, så ville man stått overfor samme rettstilstand som i dag. Den demokratiske forankringen ville blitt styrket dersom provokasjon hadde vært gjennom en lovgivningsprosess. Dette vil bli nærmere belyst i punkt 4.3.

3.3 Hvordan vil lovfesting kunne ivareta kontrollhensynet?

I NOU 2004: 6 pekte flertallet i Politimetodeutvalget på viktigheten av å sikre en uavhengig kontroll ved bruken av metoder som blir iverksatt uten at objektet for metoden blir underrettet om det. Slike metoder som blir iverksatt uten en underretning, hadde ifølge utvalgets flertall noen rettssikkerhetsmessige betenkeligheter ved seg. Utvalget pekte også i den anledning på behovet for et organ som kontrollerer om den totale bruken av slike metoder holdes på et forsvarlig nivå.⁹⁵

⁹² NOU 1997: 15, NOU 2004: 6 og NOU 2016: 24.

⁹³ Regjeringen (2019), <https://www.regjeringen.no/no/om-regjeringa/slik-bli-norge-styrt/slik-bli-lover-ti2/id2565033/>.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ NOU 2004: 6 punkt 10.6.7.4.

Behovet for kontroll viser seg ofte å være stor i de tilfeller hvor makthaverne ikke er underlagt begrensninger. Dette pekte Krygier på i sin artikkel.⁹⁶ Han så på utfordringene ved vilkårlig maktmisbruk hos makthaverne, og trakk i den forbindelse blant annet frem vilkårlighet som følge av at makthaverne ikke er underlagt noen begrensninger eller regelmessige kontroller. Like viktig var det faktum at vilkårlig maktmisbruk ofte er tilfellet i de saker hvor de som blir rammet av det ikke kan vite, forutse eller innrette seg etter hvordan makten utøves.⁹⁷

Slik kontrollmekanismene for provokasjon er i dag, så eksisterer det ingen etterfølgende kontroll med metoden gjennom eksempelvis uavhengige kontrollorganer. Metoden kontrolleres likevel i flere ledd, både i forkant av beslutning om provokasjon, underveis når provokasjon foretas og dersom det tas ut tiltale, vil retten ha mulighet til å vurdere hvordan provokasjonen er benyttet, og om det er utført i samsvar med gjeldende rett.

I forkant av beslutning om bruk av provokasjon så foretas det en grundig vurdering. Først vil etterforskningsledelsen, bestående av en påtalefaglig etterforskningsleder og en politifaglig etterforskningsleder, som sammen med de som utøver metoden, drøfter hvorvidt det er aktuelt å ta i bruk metoden. Dersom det blir aktuelt å ta i bruk metoden så utarbeides det konkrete planer i tråd med Ra nr.2/2018, før et utkast til en beslutning sendes til politimester og videre til statsadvokaten. Utkastet blir utarbeidet av den påtalefaglige etterforskningslederen, og eventuelt sammen med en metodejurist dersom vedkommende ikke har denne kompetansen.⁹⁸ Med andre ord så sørger denne prosessen for en grundighet i vurderingen av om metoden skal aksepteres, både fra etterforskningsledelsen, men også fra statsadvokaten ved av beslutningskompetansen for provokasjon ligger hos denne.⁹⁹

Provokasjon kan kun benyttes i saker av alvorlig kriminalitet. Beslutningskompetansen etter gjeldende rett er lagt til statsadvokaten.¹⁰⁰ Siden provokasjon kan ha preg av å være særlig inngripende, spesielt for de tilfeller hvor provokasjonen pågår over lengre tid eller sammen med andre skjulte etterforskningsmetoder, så er det grunn til å peke på at statsadvokat er

⁹⁶ Krygier (2016).

⁹⁷ Ibid. s. 203-204.

⁹⁸ Presthus, politiinspektør v/PHS.

⁹⁹ RA-2018-2 punkt III s. 5.

¹⁰⁰ RA-2018-2 punkt III s. 5.

bedre egnet og mer kompetent til å kontrollere metode, enn eksempelvis en politijurist, politimester eller visepolitimester. Ved at beslutningskompetansen er lagt på et høyere nivå, så kan dette bidra til at beslutningene blir tatt etter grundige overveielser og i samsvar med gjeldende rett. Dette kan i sin tur også være med å forhindre vilkår misbruk av provokasjon.

Etter gjennomføringen av provokasjonen er det den påtalefaglige etterforskningslederen som vurderer om gjennomføringen har skjedd på en riktig måte. Dersom det er tiltaleprovokasjon som er iverksatt, og gjennomføringen til tross for planen likevel er i strid med grunnvilkåret, tilleggsvilkårene eller andre prosessuelle grunnprinsipper, så vil det ikke tas ut tiltale. På den måten kan man si at påtalemyndigheten kontrollerer politiets bruk av provokasjon i det konkrete tilfellet. Både i forkant av beslutning om bruk av provokasjon, underveis og etter gjennomføringen foregår det en grundig vurdering av fremgangsmåten. Dette er en prosess som sikrer god kontroll.

Her er det imidlertid grunn til å peke på at det rettssøkende publikum og de som faktisk blir utsatt for et inngrep, gjennom provokasjon, som i størst grad har behov for en ryddig og god kontroll før inngrepet skjer. Dette for å kunne være trygge på at sine rettigheter etter blant annet EMK ikke er brutt. Kontrollene underveis og etter inngrepet er gode sikkerhetsventiler for å redusere omfanget av inngrepets konsekvenser, dersom det viser seg at inngrepet var urettmessig. Det vil likevel ikke kunne avhjelpe at et inngrep i den enkeltes rett til for eksempel privatliv allerede er skjedd. Derfor bør fokuset på en solid innledende kontroll være ekstra viktig for legitimiteten til prosessen som helhet.

Dersom påtalemyndigheten tar ut tiltale på bakgrunn av de bevis som er innhentet ved bruk av provokasjon (bevisprovokasjon), eller dersom det tas ut tiltale for den straffbare handlingen som provokasjonshandlingen har påvirket (tiltaleprovokasjon), så vil domstolene foreta en vurdering av om provokasjonshandlingen var lovlig eller rettsstridig. Finner retten at det foreligger brudd på grunnvilkåret eller andre alvorlige feil eller mangler vil resultatet innebære en frifinnelse. Det samme vil vurderes på nytt i en eventuell ankerunde. Dette gjelder likevel kun i de tilfeller hvor påtalemyndigheten velger å opplyse domstolen om at provokasjon er benyttet. Slik sett kan man si at domstolene ikke har en reell mulighet til å føre kontroll over politiets bruk av provokasjon, foruten de tilfeller hvor det faktisk blir opplyst om det.

Domstolene som er en uavhengig domstol, tar stilling til spørsmålet om beviset er innhentet på en måte som er i tråd med gjeldende praksis, og de kan dermed sies å inneha en form for kontrollfunksjon overfor politi- og påtalemyndigheten som ivaretar kontrollhensynet.

Utfordringen her er at domstolene som hovedregel kun vil ta for seg spørsmålet om metodebruken for de tilfeller det blir stilt spørsmål ved om innhenting av beviset er lovlig ervervet.¹⁰¹ Skulle noen hevde å være feilaktig dømt, så ligger det også en kontrollmulighet ved å begjære gjenopptakelse.

Tjenestefeilbestemmelsen i strl. § 171 kan imidlertid sies å fungere som en form for etterfølgende kontroll med vedtak om eller gjennomføring av provokasjon. Denne strafferettslige reguleringen av tjenestefeil har til formål å forhindre misbruk av offentlig makt. I praksis vil ofte brudd på strl. § 171 bli vurdert av Spesialenheten for politisaker (heretter Spesialenheten) etter en anmeldelse.¹⁰² Siden Spesialenheten er en egen myndighet med kompetanse til å etterforske politiet, påtaleavgjøre og føre straffesaker mot ansatte i politiet og påtalemyndigheten, er de slik sett uavhengig av politiet som en egen etat.¹⁰³ En anmeldelse fra eksempelvis provokasjonsobjektet til Spesialenheten vil dermed kunne gi en etterfølgende kontroll ved hvorvidt politiet har fulgt regelverket og handlet i tråd med gjeldende rutiner.

En lovfesting av provokasjon vil trolig i et bredere samfunnsmessig perspektiv sørge for bedre kontroll i form av at det blir mer tilgjengelig og mer forståelig, noe som bedrer samfunnets overordnede kontroll. Lovfesting kan også sikre større og grundigere saksbehandling, og dermed også sørge for mer kontroll med metoden. Provokasjonsobjektet vil ha et sterkt behov for en grundig saksbehandling og god prosess da retten til kontradiksjon i disse tilfellene er så begrenset, som følge av hemmeligholdene ved metodene. Dersom vi lovfester metoden med tydelige angitte vilkår, så blir det lettere for domstolene, og for så vidt for politi- og påtalemyndigheten selv, å kontrollere metoden, nettopp fordi skrankene blir tydeligere.

En bedring av kontrollen skjer ikke automatisk gjennom at metoden blir lovfestet slik som metoden er regulert i dag. Kontrollhensynet kommer derfor ikke styrket ut av en lovfesting

¹⁰¹ Årsrapport for KK-utvalget 2022, s. 16.

¹⁰² Spesialenheten, <https://www.spesialenheten.no/informasjon-om-anmeldelse-og-klage/>.

¹⁰³ Ibid.

uten å ta hensyn til også andre hensyn. Dette kommer tydeligere frem ved utformingen av lovbestemmelsen under punkt 4.3.

Uavhengig av om metoden lovfestes, så foreligger det andre midler som kan sørge for kontroll av metoden. Det oppstår ikke en uavhengig kontroll i det metoden blir lovfestet. Det å legge provokasjon til et utvalg som skal kontrollere metoden, er et valg lovgiver må ta. Provokasjon kan for eksempel legges til et uavhengig kontrollorgan slik som Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, også kalt KK-utvalget. Det kreves ikke at metoden lovfestes for at et slikt uavhengig organ skal kontrollere metoden. Man kan for eksempel se for seg at KK-utvalget får hjemmel¹⁰⁴ til å kontrollere tilfellene der provokasjon benyttes.

KK-utvalget har som ansvarsområde å kontrollere politiets bruk av kommunikasjonskontroll, annen kontroll, romavlytting og dataavlesning.¹⁰⁵ Utvalget foretar grundige vurderinger av metodebruken, påser at bruken av metodene begrenses i størst mulig grad, og kontrollerer at politiet ikke benytter seg av slike metoder i etterforskning av andre saker enn for de tilfellene som metoden er gitt tillatelse for.¹⁰⁶ I KK-utvalgets årsrapport for 2022, ble det trukket frem at når det gjelder provokasjon og andre former for skjulte og ulovfestede metoder, så kan disse bli såpass intensive og langvarige at det ut fra legalitetsprinsippet kan være tale om et inngrep i den private sfære.¹⁰⁷

Dersom KK-utvalget ble gitt mandat til å kontrollere provokasjon, så ville utvalget kunne foreta en grundig vurdering av sakene i ettertid og fremme kritikk i de tilfeller hvor utvalget kan konstatere brudd på regelverket.¹⁰⁸ I tillegg ville utvalget kunne gjennomgå og behandle klager som kommer inn fra enkeltpersoner eller grupper som hevder å være utsatt for provokasjon.¹⁰⁹

Dersom retten har vurdert provokasjonshandlingen som ulovlig og den tiltale blir frifunnet, så kan det sies at det har lite ekstra nytteverdi at også KK-utvalget skal vurdere det samme og komme frem til samme resultat. På sett og vis kan man si at læring og korreksjon vedrørende

¹⁰⁴ Se strpl. § 216 h som hjemler KK-utvalgets kontrolloppgaver.

¹⁰⁵ Årsrapport for KK-utvalget 2022, s. 15.

¹⁰⁶ Ibid. s. 8.

¹⁰⁷ Ibid. s. 16.

¹⁰⁸ Ibid. s. 9.

¹⁰⁹ KK-utvalget, <https://www.kk-utvalget.no/mandat>

metodebruken allerede er oppnådd gjennom frifinnelse. Skulle retten har vurdert fremgangsmåten til å være i samsvar med vilkårene, og legger dette til grunn for en domfellelse, kan det sies at det på samme måte har liten verdi at utvalget også her kommer til det samme. Med hensyn til bruken av kontrollmekanismer, så må det foretas en kost-nytt vurdering i forhold til om det faktisk kommer mer rettssikkerhet i den andre enden ved bruk av slik etterfølgende kontroll. Det kan dermed stilles spørsmål ved verdien av en etterfølgende kontroll for provokasjon, all den tid dette er vurdert av retten.

Her er det grunn til å trekke en parallell til romavlytting og kommunikasjonskontroll. Begge disse er metoder hvor både politiet og påtalemyndigheten har et inngående kontrollregime, slik som provokasjon. Her har man likevel ved romavlytting og kommunikasjonskontroll valgt å gi et uavhengig utvalg en særlig rolle i å følge opp metodebruken.

Ved politiets bruk av kommunikasjonskontroll, vil retten kun vurdere om vilkårene for oppstart av kommunikasjonskontroll er oppfylt. Det som føres av bevis senere er kun selve lyden, og den dømmende rett gjør aldri vurderinger av lovligheten av det innhentede materialet.¹¹⁰ Rundt kommunikasjonskontroll så er det et strengt regime som KK-utvalget ser på. De ser på alle begjæringer til retten og kan si noe om kvaliteten på disse, eventuelt om det foreligger mangler. I tillegg ser de blant annet på bruken av politiets systemer, adgangskontroller og kompetanse, de ettergår at politidistriktet sitter på oppdatert, korrekte instruksjoner og rutiner som ivaretar regelverket.¹¹¹ Alt dette er forhold som verken er en del av påtalemyndighetens vurderinger og kontroll i forbindelse med tiltalespørsmålet, eller ved domstolskontroll. På denne bakgrunn er det godt begrunnet å ha en ekstern og uavhengig kontroll med disse forholdene.

Selv om domstolskontroll ved politiets bruk av provokasjon er bredere enn ved kommunikasjonskontroll, så er det helt avgjørende å se på rollefordelingen til domstolene og et slik uavhengig utvalg, som KK-utvalget. Domstolene tar stilling til konkrete saker, og det gjør for så vidt KK-utvalget også. Domstolene har imidlertid som oppgave å komme til et resultat i den konkrete sak, og domstolene tar således bare stilling til om bruken av provokasjon var riktig i det konkrete tilfellet. KK-utvalget vil imidlertid ha et bredere mandat,

¹¹⁰ Presthus, politiinspektør v/PHS.

¹¹¹ Ibid.

se saker i sammenheng og utvikling i hvordan provokasjon brukes. Utvalget har dette som sin primære funksjon. Dermed kan det sies at en etterfølgende kontroll, slik som den KK-utvalget gjennomfører, ville ha bidratt til mer inngående og grundigere vurderinger, uavhengig av domstolskontrollen.

En lovfesting av provokasjon ville i seg selv fra et samfunnsmessig perspektiv bidratt til bedre kontroll da lovreglene ville blitt mer tilgjengelig og forutberegnelige. Dette kan sies å gjøre det lettere for både politi- og påtalemyndigheten og domstolene å kontrollere metoden, fordi skrankene er tydeligere. Det er gode grunner for å tillegge et utvalg, slik som eksempelvis KK-utvalget mandat til å vurdere politiets bruk av provokasjon. Dette innebærer imidlertid ikke at metoden trenger å lovfestes. Selv om det foreligger en grundig og inngående kontroll for metodebruken i dag, ligger det en utfordring i det at kontrollen holdes innenfor politiet og påtalemyndigheten, og gjennom domstolen dersom det blir tatt ut tiltale. Et uavhengig kontrollorgan slik som KK-utvalget ville gjennomgått sakene både fra klager fra enkeltpersoner, men også på eget initiativ i saker de mener kan gi grunnlag for kritikk også der påtalemyndigheten ikke reiser tiltale.¹¹² Dette ville bedre ivareta hensynet til kontroll.

3.4 Hvordan vil lovfesting ivareta behovet for fleksibilitet?

Et sentralt argument mot en lovfesting av metoden har vært at fleksibiliteten med dagens ulovfestede ordning, reduseres dersom metoden får hjemmel i lov. Dette påpekte Johansen i sin artikkel fra 2013. Hun mente at dersom metoden skulle lovreguleres så ligger det en fare for at reguleringen blir for detaljert og dermed kan medføre at rettstilstanden låses.¹¹³

Slik metoden anvendes i dag, gjennom rettspraksis og rundskrivet til Riksadvokaten, er det pekt på at det er grunn til å innta en dynamisk tilnærming til hvilke saker politiet kan bruke provokasjon som etterforskningsmetode. Den dynamiske tilnærmingen vises gjennom at det i Riksadvokatens rundskriv er oppstilt et tilleggsvilkår for å anvende metoden at det dreier seg om alvorlig kriminalitet, som på grunn av dets omfang eller karakter, er grunn til å betrakte

¹¹² KK-utvalget, <https://www.kk-utvalget.no/mandat>

¹¹³ Johansen (2013) s. 232.

som et alvorlig samfunnsområde.¹¹⁴ Provokasjon er ikke bare begrenset til narkotikasaker, men kan også benyttes i saker med seksuelle overgrep mot barn og alvorlig vinningskriminalitet. Dermed ligger det en fleksibilitet i måten provokasjon kan benyttes i dag.

De seneste årene har politiet anvendt provokasjon blant annet i saker hvor det er tale om medvirkning til seksuelle overgrep mot barn og vinningskriminalitet.¹¹⁵ Dette har sammenheng med at kriminalitetsbildet har endret seg de siste årene. De kriminelle opptrer på andre plattformer, og de straffbare handlinger, særlig innenfor narkotikakriminalitet, har ofre som ikke ønsker å oppklare saken gjennom anmeldelse eller annen informasjon. Dermed inntreffer det et behov fra politiets side for å ta i bruk andre mer utradisjonelle metoder.¹¹⁶ Den dynamiske tilnærmingen til hvilke saker provokasjon kan anvendes på, gjennom kravet til alvorlig kriminalitet, viser fleksibiliteten til dagens ulovfestede løsning.

Når lovgiver gir lovgivning så hender det at virkeligheten løper fra lovbestemmelsen. Dette innebærer at det på grunn av samfunnsutviklingen eller andre forhold oppstår et annet behov enn det man tenkte da hjemmelen ble gitt. Behovet for fleksibilitet er nettopp noe lovgiver må ta hensyn til ved utarbeidelse av lovregler. Det må tas hensyn til at lovhomeelen enten er fleksibel nok til å fange opp fremtidens utvikling, eller så må bestemmelsen revideres jevnlig.

En lovfesting av metoden trenger ikke innebærer at fleksibilitet blir redusert. Her kan det være gode grunner for å gi en lovbestemmelsen som er teknologisk nøytral. Dette kan åpne for et større anvendelsesområde for metoden, etter hvert som nye kriminalitetsformer dukker opp. En teknologi nøytral bestemmelse kan sørge for en fremtidsrettet lovbestemmelse, som fanger opp fremtidens utvikling.¹¹⁷ Dette vil ikke bare bidra til en fleksibilitet i hvordan metoden kan anvendes i fremtiden, men også forutberegnelighet ved metoden. Teknologien utvikler seg i et raskere tempo enn lovverket, på grunn av de omfattende prosessene man må gjennom både ved å gi lovgivning, men også endre lovgivning. Lovgivningsutviklingen bør derfor ikke skje for fort på grunn av hensynet til forutberegnelighet og demokratiske årsaker.¹¹⁸

¹¹⁴ RA-2018-2 s. 4.

¹¹⁵ Se HR-2020-2137-A og Rt. 1998 s. 407.

¹¹⁶ NOU 1997: 15 punkt 4.2.8.5.

¹¹⁷ Digitaliseringsdirektoratet – generelle anbefalinger for å lage digitaliseringsvennlig regelverk punkt 6.

¹¹⁸ Ibid.

Når etterforskningsledere i sin rolle som rettsanvenderen står overfor en situasjon hvor det er snakk om å gå til provokasjon, må vedkommende kunne stå fritt til å anvende den teknologien som er nødvendig i den konkrete sak.¹¹⁹ Provokasjon som etterforskningsmetode er ikke begrenset til å kun skje i fysiske rammer, men kan i enkelte tilfeller kreve å skje gjennom teknologiske hjelpemidler. Et eksempel her er en person som har stjålet et parti av datamaskiner og legger de ut for salg på Finn.no. Her kan politiet ta i bruk bevisprovokasjon, ved at de tar kontakt med selger på internett, utgir seg for å være en potensiell kjøper, og på denne måten sikre bevis for at vedkommende er i besittelse av tyvgods. Dersom provokasjon lovfestes med en teknologinøytral bestemmelse, vil man kunne bevare hensynet til fleksibilitet, forutberegnelighet og minimere behovet for revidering av bestemmelsen.

Fleksibilitet dreier seg vel så mye om endringer i kriminalitetsbildet, og ikke bare plattformene kriminalitet foregår på. Lovfesting av metoden kan innebære en fare for at metoden blir lovfestet med strammere vilkår, som kan medføre at det ikke er anledning til å anvende provokasjon i et tilfelle hvor det faktisk er behov for det i fremtiden. Det vil ikke være unikt å ha runde formuleringer i lovteksten, som kan fange opp fremtidens behov for metodebruken. Det er også et alternativ å gi en lovbestemmelse med en opplisting av straffebud som aktualiserer bruken av provokasjon. Dette er blant annet gjort med teknisk sporing.¹²⁰ Samtidig kan det sies at runde formuleringer i lovteksten nettopp ikke bidrar til å styrke forutberegneligheten. Skulle metoden lovfestes ligger med andre ord en avveining i hensynene som lovgiver må vektlegge; hensynet til fleksibilitet rundt metodebruken, men samtidig skape en lovbestemmelse som sikrer hensynet til forutberegnelighet.

En lovfesting av provokasjon kan sørge for ivaretagelse av den fleksibiliteten som allerede eksisterer med dagens ulovfestede løsning, avhengig av hvordan lovbestemmelsen utformes. En teknologinøytral tilnærming ved utformingen av bestemmelsen, vil kunne minimere behovet for å revidere og samtidig fange opp fremtidens behov som følge av at kriminalitetsbilde er i stadig utvikling. Samtidig er det viktig at lovbestemmelsen balanserer hensynet til ikke bare fleksibilitet, men også forutberegnelighet.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Strpl. §§ 202 b og 202 c.

3.5 Hvordan vil lovfesting ivareta hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse?

I Hopsnes sin artikkel fra 2003 ble hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse og de skadevirkninger som kriminalitet har for samfunnet, trukket frem som en viktig grunn til å anvende provokasjon som etterforskningsmetode.¹²¹ Politiet er gitt i oppgave å beskytte borgerne og samfunnet mot kriminalitet, og som ledd i dette arbeidet ligger det et mål om å avdekke og stanse straffbare forhold.¹²² Behovet for en effektiv kriminalitetsbekjempelse omhandler ikke bare politiets mål og prioritering knyttet til bekjempelse av kriminalitet, men også hvilke metoder politiet tar i bruk som er effektiv.

De retningslinjer som var gitt for politiets bruk av provokasjon i narkotikasaker av Riksadvokaten i 1980 var unntatt offentligheten fordi man ikke ønsket å avsløre mer enn høyst nødvendig om deler av politiets arbeidsmetoder. Dette har sin forklaring i behovet for å gjøre metodene mest mulig effektive.¹²³ Kan en lovfesting av metoden fortsatt sørge for at ikke alle detaljer om hvordan politiet jobber kommer ut i offentlighetens lys?

Provokasjon er som nevnt en etterforskningsmetode som er effektiv av den grunn at objektet, gjennom skjult etterforskning, ikke er klar over hva vedkommende blir utsatt for. Dermed ligger det en forutsetning til grunn at allmennheten ikke blir gjort kjent med alle sider av hvordan politiet går frem ved bruk av provokasjon. Dette har også sammenheng med det kriminalitetsbildet vi har. For over 20 år siden pekte Justisdepartementet på at kriminalitetsbildet hadde endret seg i den forstand at det forelå færre anmeldelser, få bidrag fra vitner og ofre i narkotikakriminalitet.¹²⁴ Dette var en utvikling som medførte at politiet så seg nødt til å ta i bruk en mer aktiv form for etterforskning, slik som bruk provokasjon.

Hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse kommer også til uttrykk i strpl. § 226 fjerde ledd. Bestemmelsen stiller krav til at «etterforskningen skal gjennomføres så raskt som mulig og slik at ingen unødig utsettes for mistanke eller ulempe».

¹²¹ Hopsnes (2003) s. 67.

¹²² Politil. § 2 nr. 3.

¹²³ Lenth v/Riksadvokaten (2023).

¹²⁴ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) s. 7.

Det ble trukket frem i punkt 3.1 at hensynet til forutberegnelighet ikke kan veie like tungt i relasjon til den enkelte borger. Dette har sin bakgrunn i behovet for hemmelighold rundt enkelte deler av metode. Med lovfesting av provokasjon ligger det altså en fare for en for detaljert regulering, som kan medføre at de miljøer som ofte begår kriminelle handlinger vil kunne utføre kontrollrutiner.¹²⁵

Dersom metoden blir lovfestet er det nødvendig at lovgiver tar hensyn til behovet for hemmelighold rundt deler av metoden, slik at enkelthetene og detaljene ikke blir gjort kjent for allmennheten. Dette har ikke bare sin bakgrunn i at de kriminelle miljøene ikke skal kunne gjennomføre kontrollrutiner, men er også viktig av hensyn til en effektiv kriminalitetsbekjempelse. Metoden ville mistet sin effektivitet dersom lovfestingen hadde medført en tilgjengeliggjøring av de ikke-offentlige retningslinjene som politiet i dag holder hemmelige. Da ville faren for uheldige kontrollrutiner blant allmennheten økt, men enda viktigere så ville mest trolig de kriminelle miljøene kunne tilpasse seg metoden.

Dersom lovgiver skulle gått inn og lovregulert metoden, så er det ikke dermed sagt at alle retningslinjer rundt metodebruken skal være offentlige. Dette ville i så fall svekket den effektivitet som provokasjon har. En mulig lovbestemmelse kan gi Riksadvokaten hjemmel til å gi retningslinjer som kan holdes skjult. Dersom metoden hadde vært lovfestet ville disse hemmeligholdte retningslinjene gjennomgått en demokratisk prosess som ville sikre hensynet til demokratisk legitimitet.

Siden hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse støter mot hensynet til demokratisk legitimitet og kontroll for samfunnets del, slik metoden er regulert i dag, er det behov for en avveining av hensynene. Som borgere har man rett på innsyn i hva staten gjør av inngrep. Samtidig så er dette en metode som ivaretar sin effektivitet ved at den blir gjort i det skjulte og uten visshet om at metoden iverksettes fra provokasjonsobjektet. Når det da ligger et behov for å beholde disse enkelthetene hemmelige, så vil den demokratiske legitimiteten kunne bli bedre ivaretatt dersom metoden lovfestet slik at detaljene og enkelthetene også får gjennomgå den demokratiske maskinen og slik sett sikre hensynet til demokratisk legitimitet.

¹²⁵ Johansen (2013) s. 232.

3.6 Hvordan påvirker de lovtekniske utfordringene en lovfesting av metoden?

Riksadvokat Dorenfeldt uttalte i 1978 at en av innvendingen mot å lovfeste provokasjon som etterforskningsmetode blant annet var vanskelighetene med å formulere en tilfredsstillende bestemmelse om grensene for provokasjon. Han presiserte at det å gi narkotikasaker en særregel ville by på utfordringer. Han var altså av den oppfatning at lovgivning ikke var veien å gå, og mente at man i så fall måtte se tiden an. Reguleringen av metoden burde ifølge Dorenfeldt overlates til Riksadvokaten, og domstolene fikk trekke opp de nærmere grensene for hva som kan aksepteres.¹²⁶ Dorenfeldts uttalelser er også blitt trukket frem i forbindelse med spørsmålet om å lovregulere provokasjon som etterforskningsmetode.¹²⁷ Dette viser at det har vært en oppfatning av at en lovregulering av provokasjon kan by på lovtekniske utfordringer.

Lovtekniske utfordringer sikter i denne sammenheng både til de juridiske og språklige utfordringene som kan oppstå i forbindelse med utformingen av en lovbestemmelse. De lovtekniske utfordringene kan ha innvirkning på tolkningen, utførelsen og håndhevelsen av den konkrete lovbestemmelse. I den sammenheng er det naturlig å se hen til noen vanlige lovtekniske utfordringer, hvordan disse håndteres med dagens ulovfestede ordning, og hvordan en potensiell lovfesting kan ivareta disse.

Lovbestemmelsens uklarhet eller tvetydighet kan representere en lovteknisk utfordring. Slik metoden er regulert i dag er det Riksadvokatens rundskriv og rettspraksis som oppstiller vilkårene og begrensningene for metodebruken. Rundskrivet Ra nr.2/2018 inneholder mye informasjon vedrørende hva provokasjon er, grensen til andre skjulte etterforskningsmetoder, vilkårene for bruken og bidrag fra rettspraksis som viser hvordan vilkårene skal forstås.

Den gang Dorenfeldt uttalte seg om de lovtekniske utfordringene knyttet til en lovbestemmelse, fantes det begrenset rettspraksis på området. Slik utviklingen har vært de siste 40 årene har det kommet mye rettspraksis rundt rammene for provokasjon. Tilbake på 1970-tallet var det et ønske fra daværende riksadvokat Dorenfeldt at domstolene skulle trekke

¹²⁶ Dorenfeldt (1978) s. 302.

¹²⁷ Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) s. 179.

opp de nærmere grenser for lovlig provokasjon. Domstolene har gjort nettopp dette, og det eksisterer mye rettspraksis på område. I tillegg har Riksadvokatens rundskriv blitt revidert i tråd med rettspraksis, og der er dermed grunn til å si at de lovtekniske utfordringene knyttet til formulering av en lovbestemmelse er langt mindre i dag.

Dersom man ser man hensynet til de lovtekniske utfordringer i lys av behovet for fleksibilitet omkring metode, er det også grunn til å tro at de lovtekniske utfordringene vil være mindre dersom lovgiver klarer å gi en teknologinøytral og fremtidsrettet bestemmelse.¹²⁸

De utfordringer som Dorenfeldt pekte på med å gi narkotikasaker en særregel, er i dag ikke relevant. Det er både i Ra nr.2/2018 og i rettspraksis lagt til grunn at provokasjon ikke bare kan anvendes i narkotikasaker. Provokasjon anvendes i dag både i forbindelse med seksuelle overgrep mot barn¹²⁹ og vinningskriminalitet.¹³⁰

Når det gjelder de juridiske og språklige utfordringene som kan knyttes til utformingen av en lovbestemmelse, så er det for det første viktig med en lovbestemmelse som er presis nok til å fange opp fremtidens behov for metodebruken,¹³¹ men samtidig en bestemmelse som ivaretar hensynet til forutberegnelighet. Her har Riksadvokatens rundskriv og rettspraksis langt på vei formulert de sentrale vilkårene for at provokasjon kan anvendes. En lovfesting av metoden kan ivareta gjeldende rett ved at de mest sentrale vilkårene blir inntatt i en lovbestemmelse. På den måten vil det bli en ivaretagelse av gjeldende rett, samtidig som man sikrer forutberegnelighet ved at metoden er lovfestet.

Selv om en regulering av provokasjon potensielt kan by på noen juridiske eller språklige utfordringer, er ikke dette spesielt bare for provokasjon. Lovutviklingsprosesser må alltid håndtere en rekke utfordringer og balansere mot hverandre. Det er nettopp derfor man ved lovgivning har en god demokratisk prosess før lover vedtas.¹³² Dette står i motsetning til når rettspraksis etablerer rammene for rettstilstanden på mer eller mindre selvstendig grunnlag. Da er ikke den demokratiske kontrollen like til stede, noe som kan gi et mer unyansert resultat.

¹²⁸ Se punkt 3.4.

¹²⁹ HR-2020-2137-A.

¹³⁰ Rt. 1998 s. 407.

¹³¹ Se punkt 3.4.

¹³² Se punkt 3.2.

En lovfesting innebærer et potensiale til å styrke forutberegneligheten. Når det gjelder dagens ordning, så dreier det seg i all hovedsak om én regel som er anvendt på flere forskjellige typer straffbare handlinger. Med en lovfesting av metoden er det ingenting som hindrer lovgiver i å gi hjemmel til provokasjon i flere, mer detaljerte bestemmelser. Da vil man kunne ha ulike terskler og rammer basert på hvilken type straffbare handlinger provokasjon skal brukes ovenfor. Dermed vil bestemmelsene kunne tilfredsstille de ulike behov vi har for å ivareta bestemte hensyn i hvert enkelt tilfelle.

4 Rettspolitiske refleksjoner

4.1 Innledning

I denne delen av oppgaven vil det bli utformet et forslag til en lovbestemmelse for provokasjon. Det ligger utenfor oppgaven å ta stilling til om provokasjon *bør* lovfestes, men basert på gjennomgangen av de relevante hensynene fra kapittel 3, kan det like fullt være nyttig å se for seg hvorvidt en lovfesting kan ivareta disse hensynene. Det vil i dette kapitlet sees nærmere på hvordan de ulike grunnprinsippene og forholdet mellom de påvirker en mulig lovregulering

Det ligger noen utfordringer knyttet til en lovfesting, slik som hensynet til en fleksibel metode, hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse og behovet for hemmelighold rundt deler av metoden. Forslaget som blir gitt i punkt 4.3 vil forsøke å balansere disse.

I punkt 4.2 vil lovforslaget for provokasjonsadgangen fra straffeprosessutvalgets fra NOU 2016: 24 fremlegges. Basert på dette forslaget fra 2016 og analysen fra kapittel 3, vil det deretter i punkt 4.3 presenteres et alternativt forslag for provokasjonsadgangen. Denne delen av oppgaven inneholder rettspolitiske elementer og vil ha et rettsregulatorisk perspektiv.

4.2 Lovforslaget fra NOU 2016: 24. Utvalgets forslag til § 21-5

Straffeprosessutvalget ble i 2014 oppnevnt ved kongelig resolusjon, med mandat til å foreta en grundig vurdering av straffeprosessloven, og basert på dette avgi en utredning med utkast til bestemmelser i loven.¹³³ Det ble på bakgrunn av dette foreslått å lovfeste provokasjon som etterforskningsmetode i den nye straffeprosessloven § 21-5.¹³⁴ Forslaget fra 2016 lyder som følger:¹³⁵

¹³³ Se oversendelsesbrevet til NOU 2016: 24 (gjengitt i starten av utredningen på lovdata).

¹³⁴ NOU 2016: 24 s. 345 og s. 58.

¹³⁵ NOU 2016: 24 s. 58.

§ 21-5. Påvirkning av hendelsesforløp og bevisprovokasjon

- (1) Påvirkning av en straffbar handling kan foretas for å fremskaffe bevis eller kontrollere et hendelsesforløp. Påvirkningen må ikke fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.
- (2) En straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått, kan likevel fremprovoseres for å skaffe bevis for lovbrudd som allerede er begått, eller bringe til rette en gjenstand. Den fremprovoserte handlingen kan ikke påtales.
- (3) Tillatelse kan gis for inntil 4 uker av gangen.

Bestemmelsen må leses i sammenheng med øvrige bestemmelser, blant annet utkastet § 14-1, og § 21-6. Når det gjelder beslutningsmyndighet, kravene til gjennomføring, kontroll og dokumentasjon så følger dette av § 21-6 fra utvalgets lovutkast. Utkastet lyder som følger:¹³⁶

§ 21-6. Beslutningsmyndighet og krav til gjennomføring, kontroll og dokumentasjon.

- (1) Påtalemyndigheten kan beslutte tiltak etter dette kapitlet, unntatt etter § 21-3 om skjult kameraovervåking.
- (2) Det skal utarbeidet en plan for tiltak etter dette kapitlet. Tiltaket må gjennomføres slik at det kan kontrolleres og kan dokumenteres.

Utkastet § 21-5 tar for det første utgangspunkt i å lovfeste de sentrale vilkårene, slik det er utviklet gjennom Riksadvokatens rundskriv¹³⁷ og rettspraksis.¹³⁸ Utover dette er forslaget sparsom med detaljene, og inneholder lite presiseringer. Bestemmelsen inneholder ingen legaldefinisjon av provokasjon som etterforskningsmetode. Det er imidlertid vanlig ved utforming av lovbestemmelser å gi nokså korte og presist ordvalg, fordi at lovspråket må være presist slik at rettsstilstanden blir tydelig kommunisert til domstolene, rettssystemet og samfunnet for øvrig.¹³⁹ Forarbeidene vil da utdype og klargjøre nærmere hva som skal menes med provokasjon.

Forslaget kan likevel sies å bedre ivareta hensynet til forutberegnelighet fordi det er lovfestet. Det har i tillegg gjennomgått en demokratisk prosess, og slik sett ivaretas også hensynet til

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ RA-2000-2.

¹³⁸ NOU 2016: 24 punkt 14.10.7.

¹³⁹ Mæhle og Aarli (2022) s. 69.

demokratisk legitimitet bedre. Dette forslaget ivaretar likevel bare hensynet til forutberegnelighet ved at det er lovfestet, at grunnvilkårene fremgår av forslaget og det er lett tilgjengelig fordi det er i lovtekst. Forslaget som er gitt av Straffeprosessutvalget inneholder ikke noen andre materielle eller personelle endringer med tanke på kontrollhensynet. Utvalget foreslo i 21-6 at det er påtalemyndigheten som beslutter tiltak når det gjelder provokasjon. Dermed ligger kontrollmyndighetene, med dette forslaget, på samme nivå som den gjør i dag.

En måte forutberegnelighetshensynet og kontrollhensynet kunne vært bedre ivaretatt er om dette forslaget også ville vært medfulgt med at et uavhengig organ hadde vært gitt kontrollmyndighet for provokasjon. I punkt 3.3 ble det pekt på at kontrollhensynet kan ivaretas uavhengig av en lovfesting, gjennom eksempelvis et kontrollorgan slik som KK-utvalget som gjennomfører en etterfølgende kontroll.¹⁴⁰

I lovforslaget oppstilles det ingen krav til hvor alvorlig lovovertrjedelse det må være snakk om for at provokasjon kan benyttes. Dette vil være et brudd med gjeldende rett, da både Riksadvokatens rundskriv¹⁴¹ og rettspraksis¹⁴² oppstiller krav til at det må dreie seg om alvorlig kriminalitet for at politiet kan benytte seg av provokasjon som etterforskningsmetode. Når bestemmelsen ikke angir hvor alvorlig en handling må være for at politiet kan ta i bruk provokasjon som etterforskningsmetode, så ivaretas ikke hensyn til forutberegnelighet verken for den enkelte borger, samfunnets for øvrig eller for politiets del, som skal anvende disse reglene.

Det kan likevel sies at det på overflaten trolig er mer forutsigbart, fordi man ifølge ordlyden kan bruke provokasjon så lenge det er snakk om «straffbar handling».¹⁴³ Her vil likevel strpl. § 170 a fungere som en skranke med tanke på hvor alvorlig den straffbare handlingen er.

Når det gjelder strafferammen, så inneholder forslaget fra 2016 ingen strafferammekrav. Selv om ikke alle tvangsmidler i straffeprosessloven inneholder en strafferamme,¹⁴⁴ så ville et

¹⁴⁰ Se punkt 3.3.

¹⁴¹ RA-2018-2 punkt 2.2.

¹⁴² Se blant annet Rt. 1998 s. 407 på s. 409, Rt. 1984 s. 1076 på s. 1080, Rt. 1993 s. 473 på s. 475.

¹⁴³ Se utvalgets forslag § 21-5.

¹⁴⁴ Se blant annet strpl. § 203 om beslag.

strafferammekrav kunne indikere hvor alvorlig en straffbar handling må være for at provokasjon kan anvendes.

Dersom vi ser til bestemmelsen om pågripelse i strpl. § 171 første ledd så oppstiller denne en generell strafferamme på «fengsel i 6 måneder» for at pågripelse kan iverksettes. For teknisk sporing er det i strpl. § 202 b første ledd et todelt strafferammekrav, det må foreligge mistanke om enten en handling som kan medføre «fengsel i 5 år eller mer» eller en handling som rammes av angitte straffebestemmelser. I forslaget fra Straffeprosessutvalget så ligger det ingen krav til hvor alvorlig handlingen må være for at politiet skal kunne ta i bruk provokasjon. I forarbeidene er det kun vist til at utkastet § 14-1 første ledd om mistanke-, kriminalitets- og forholdsmessighetskrav, som stiller krav om at det må foreligge «skjellig grunn til å mistenke at det er begått en straffbar handling(...)».¹⁴⁵ Selv om bestemmelses andre ledd stiller krav til at inngrepet må være «nødvendig og forholdsmessig» så oppstiller ikke bestemmelsen noe skranke for hvilke straffbare handlinger provokasjon kan benyttes overfor.

4.3 Forlag til lovbestemmelse for provokasjon

Etter en analyse av de argumenter som har vært trukket frem i spørsmålet om lovfesting av provokasjon, og en gjennomgang av lovforslaget fra 2016, kan et forslag til en bestemmelse for provokasjon som etterforskningsmetode se slik ut:

Tiltaleprovokasjon og bevisprovokasjon.

- (1) Når det foreligger skjellig grunn til mistanke om en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 1 år, kan politiet gis tillatelse til å påvirke den straffbare handlingen for å fremskaffe bevis eller kontrollere et hendelsesforløp. Påvirkningen må ikke fremprovosere en handling som ellers ikke ville blitt begått.
- (2) En straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått, kan likevel fremprovoseres for å skaffe bevis for lovbrudd som allerede er begått, eller bringe til rette en gjenstand. Det må dreie seg om en eller flere handlinger som etter loven

¹⁴⁵ NOU 2016: 24 s. 46 og s. 345.

kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder. Den fremprovoserte handlingen kan ikke påtales.

- (3) Riksadvokaten gir instruks om gjennomføring av provokasjon. Slike instruksjoner kan unntas offentligheten i den utstrekning det er nødvendig for å sikre en effektiv kriminalitetsbekjempelse.
- (4) Tillatelse gis av påtalemyndighet på statsadvokatnivå. Tillatelse kan gis for inntil 4 uker av gangen.

Forslagets første ledd angir når tiltaleprovokasjon kan benyttes, mens andre ledd angir vilkårene for at man kan gå til bruk av bevisprovokasjon. Det er naturlig at denne bestemmelsen blir inntatt i straffeprosesslovens fjerde del om tvangsmidler.

Når det gjelder lovforslagets første ledd så kodifiserer dette i stor grad gjeldende rett og rettspraksis hva gjelder grunnvilkåret. Både i rettspraksis og Riksadvokatens rundskriv er det et grunnvilkår at politiet ikke må «fremkalle en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått»,¹⁴⁶ og det er dermed hensiktsmessig å lovfeste dette i forslaget.

Videre er det i første ledd inntatt et mistankekravet for provokasjon. Det kreves «skjellig grunn til mistanke» for at provokasjon skal tillates. I forslaget fra 2016 er ikke mistankekravet direkte hjemlet i utkastet § 21-5. Ved å innta mistankekravet blir det et inngangsvilkår for å tillate bruk av metoden. Et slikt vilkår er viktig både av hensyn til forutberegnelighet, men også for å forhindre vilkårlig maktmisbruk. Her er det også grunn til å nevne at dagens strpl. § 170 a også vil fange opp de tilfellene hvor det vil være uforholdsmessig å benytte metoden.

Mistankekravet «skjellig grunn til mistanke» er et vilkår for å kunne gå til pågrep etter strpl. § 171, teknisk sporing etter strpl. § 202 b og for å ta i bruk kommunikasjonsavlytting etter strpl. § 216 a. Vilkåret må forstås som «rimelig grunn»¹⁴⁷ og innebærer at det må fremstå som mer sannsynlig at det foreligger en straffbar handling, enn at det ikke er det.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Se blant annet Rt. 1984 s. 1076 på s. 1080, HR-2020-2137-A avsnitt 29, HR-2011-2105-A avsnitt 35.

¹⁴⁷ NUT 1969: 3 s. 238.

¹⁴⁸ Se Rt. 1993 s. 1302 på s. 1303 om forståelse av kravet «skjellig grunn til mistanke».

For tiltaleprovokasjon etter forslaget første ledd er det oppstilt et strafferammekrav for å anvende provokasjon at det må dreie seg om en straffbar handling som kan medføre straff av «fengsel i 1 år eller mer.» For bevisprovokasjon er strafferammekravet satt til «fengsel i 6 måneder eller mer». En slik innledende skranke for å tillate bruk av henholdsvis tiltaleprovokasjon og bevisprovokasjon, stemmer godt overens med hvordan andre etterforskningsmetoder er regulert i straffeprosessloven i dag.¹⁴⁹

Strafferammekravet for bevisprovokasjon settes lavere enn for tiltaleprovokasjon, fordi det er mindre inngripende å anvende bevisprovokasjon. Rettssikkerhetsbetraktningene kommer ikke inn med like full styrke når det gjelder bevisprovokasjon. Det er en forutsetning ved bevisprovokasjon at det har skjedd en straffbar handling, og det er *den* straffbare handlingen som man ønsker å sikre bevis for. Bestemmelsens andre ledd siste punktum angir uttrykkelig at det ikke kan reises tiltale for den fremprovoserte handlingen. Dette stemmer godt overens med gjeldende rett. Ved å sette strafferammekravet til 6 måneder så sikrer man for det første hensynet til forutberegnelighet ved at det er klart at provokasjon ikke kan benyttes for ethvert tilfelle. Samtidig så ivaretas hensynet til fleksibilitet omkring metode, ved at strafferammen ikke settes for høyt. Provokasjon vil da kunne anvendes for tilfeller hvor det er behov for det i fremtiden også.

Etter mitt syn så vil dette forslaget bedre ivareta forutberegnelighet enn dagens ordning, fordi det er i lovtekst og fordi det angir mer presist vilkårene for provokasjon. Denne effekten kan også oppnås dersom et uavhengig kontrollorgan får myndighet til å kontrollere bruken av provokasjon, som jeg diskuterte nærmere under punkt 3.3. Lovforslaget som er presentert er dermed utformet med det utgangspunktet at et uavhengig kontrollorgan gis anledning til å føre kontroll med provokasjon.

Når det gjelder forslaget tredje ledd, så gis Riksadvokaten anledning til å gi nærmere instruks om gjennomføringen av provokasjon. Det vil være opp til forvaltningen hva som er innholdet i enkelthetene og detaljene rundt gjennomføringen av provokasjon. I punkt 3.5 ble det pekt på at det foreligger et behov for hemmelighold ved deler av metoden, slik at miljøene som ofte begår kriminelle handlinger ikke skal kunne gjennomføre kontrollrutiner. Behovet for hemmelighold ivaretas gjennom dette forslaget ved at lovbestemmelsen andre ledd andre

¹⁴⁹ Se blant annet strpl. § 202 b og strpl. § 216 a som angir strafferammekrav.

punktum presiserer at instruksener som gis av Riksadvokaten kan unntas offentligheten. En slik bestemmelse gis fordi det er hensyn som taler for at all denne informasjonen ikke bør være offentlig og tilgjengelig. Rettstilstanden omkring den ikke-offentlige instruksener som i dag eksisterer blir dermed ikke endret.

I praksis vil instruksbestemmelsen innebære en lovfesting av Riksadvokatens instruksjonsmyndighet. Hemmeligholdelsen av enkelthetene ved provokasjon får gjennomgått en demokratisk prosess, som er med å sikre hensynet til demokratisk legitimitet. Selv om det gis en hjemmel for hemmeligholdelse av rutiner og retningslinjer for politiet, så hindrer ikke dette at man gjennom en rettssak kan spre informasjon omkring gjennomføringen av provokasjon, i en viss grad. Her ligger det en mulighet for lukket rettsmøte eller referatforbud for akkurat de omstendighetene som omhandler hvordan politiet gikk til verks ved bruk av provokasjon.¹⁵⁰ Dette gjelder imidlertid kun i de tilfeller hvor påtalemyndigheten har opplyst om at provokasjon er benyttet i det konkrete tilfellet.

¹⁵⁰ Domstolloven § 125 og § 130 b.

Litteraturliste

Juridisk litteratur

Artikler:

Dorenfeldt (1978)

Dorenfeldt, Lauritz Jenssen, «Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker», *Tidsskrift for Lov og Rett*, vol. 17, 6. utgave, 01. august 1978, s. 291-303,

<https://www.idunn.no/doi/10.18261/ISSN1504-3061-1978-06-02> (lest 16. august 2023)

Fliflet (2017)

Arne, Fliflet, «Politimetoder og rettssikkerhet – nå må lovgiver handle», *Tidsskrift for Lov og Rett*, vol. 56, 6. utgave, 02. august 2017, s. 307-308,

<https://www.idunn.no/doi/10.18261/issn.1504-3061-2017-06-01> (lest 30. november 2023)

Hopsnes (2003)

Hopsnes, Roald, «Provokasjon som politim metode», *Tidsskrift for Jussens Venner*, vol. 38, 2. utgave, 16. april 2003, s. 62-130,

<https://www.idunn.no/doi/10.18261/ISSN1504-3126-2003-02-02> (lest 20. august 2023)

Johansen (2013)

Johansen, Ingvild Vågnes, «Lovfesting av politiprovokasjon – er det viktig og riktig?», *Tidsskrift for kritisk juss*, vol. 39, 3-4. utgave, 15. oktober 2013, s. 229-233,

<https://www.idunn.no/doi/10.18261/ISSN2387-4546-2013-03-04-07> (lest 10. august 2023)

- Krygier (2016) Krygier, Martin, «The Rule of Law: Pasts, Presents, and Two Possible Futures», *The Annual Review of Law and Social Science*, vol. 12, 15. august 2016, s. 199-229,
<https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev-lawsocsci-102612-134103> (lest 16. november 2023)
- Nordhus (2020) Nordhus, Magnus A., «Straffelovgivningens betydning for politiets kompetanse til å anvende provokasjon», *Tidsskrift for strafferett*, vol. 20, 2. utgave, 30. juni 2020, s. 156-180,
<https://www.idunn.no/doi/10.18261/issn.0809-9537-2020-02-03> (lest 15. september 2023)
- Schjødt (2012) Matre, Hugo og Strømme, Vidar, «Juridisk betenkning», avgitt til Orkla ASA fra advokatfirmaet Schjødt AS med saksansvarlig advokat Olav Kolstad, 5. september 2012,
https://www.regjeringen.no/contentassets/62587fe4aba141cd86ec5abb878070b3/orkla2.pdf?uid=Orkla_ASA_-_vedlegg_2 (lest 17. november 2023)
- Bøker:
- Auglend og Mæland (2019) Auglend, Ragnar L., og Mæland, Henry Johan, *Politirett*, 3. utgave, Gyldendal 2019
- Backer (2013) Backer, Inge Lorange, *Lov og lovgivning: artikler og foredrag*, Universitetsforlaget 2013

Mæhle og Aarli (2022)

Mæhle, Synne S., Aarli, Ragna, *Fra lov til rett*, 3. utgave, Gyldendal 2022

Lovkommentar:

Fredriksen, Steinar

Karnov Lovkommentar til Politiloven 1995 § 6 andre ledd, note 3, lovdata.no (lest 05. november 2023)

Boucht, Johan

Karnov Lovkommentar til Straffeloven 2005 § 171, note 1, lovdata.no (lest 23. november 2023)

Lover, forskrifter og internasjonale konvensjoner

Grunnloven

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Domstolloven

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene

EMK

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjon)

Straffeprosessloven

Lov 22. mai 1985 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker

Politiloven

Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet

Straffeloven

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

| | |
|--|--|
| Påtaleinstruksen | Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten |
| Endringslov til straffeprosessloven m. v | Lov 3. desember 1999 nr. 82 om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v (etterforskningsmetoder m.v.) |

Forarbeider og offentlige utredninger

| | |
|----------------------------|---|
| NUT 1969: 3 | Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven) |
| Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) | Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven) |
| NOU 1997: 15 | Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet: Delutredning II |
| Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) | Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m.v.) |
| Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) | Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel) |
| NOU 2004: 6 | Mellom effektivitet og rettsvern – Politimetoder i forebyggende øyemed |

| | |
|--------------|---|
| NOU 2009: 15 | Skjult informasjon – åpen kontroll. Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker |
| NOU 2016: 24 | Ny straffeprosesslov |

Rundskriv fra Riksadvokaten

| | |
|-----------|---|
| RA-1999-3 | «Etterforskning» |
| RA-2000-2 | «Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode» |
| RA-2018-2 | «Infiltrasjon og provokasjon som etterforskningsmetode – vederlag til politiets kilder» |

Offentlige publikasjon

| | |
|---------------------------------|--|
| Digitaliseringsdirektoratet | «Generelle anbefalinger for å lage digitaliseringsvennlig regelverk», utgitt av Digitaliseringsdirektoratet (Digdir), https://www.digdir.no/datadeling/generelle-anbefalinger-lage-digitaliseringsvennlig-regelverk/2868 (lest 17. november 2023) |
| Politiets trusselvurdering 2023 | «Politiets trusselvurdering 2023», Kripas, 2023, https://www.politiet.no/globalassets/tall-og- |

[fakta/politiets-trusselvurdering-ptv/politiets-trusselvurdering-2023.pdf](#) (lest 20. august)

Regjeringen (2019)

«Slik blir lover til», 14. januar 2019,
<https://www.regjeringen.no/no/om-regjeringa/slik-blir-norge-styrt/slik-blir-lover-til/id2565033/> (lest 17. november 2023)

Spesialenheten

«Informasjon om anmeldelse og klage på politiet», Spesialenheten for politisaker,
<https://www.spesialenheten.no/informasjon-om-anmeldelse-og-klage/> (lest 28. november 2023)

Årsrapport for KK-utvalget 2022

«Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll årsrapport 2022», kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, 2022,
https://d71tvbqpyamo.cloudfront.net/KK-utvalget/KKutvalget_a%CC%8Ar rapport_2022.pdf (lest 14. november 2023)

KK-utvalget

«Mandat», Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, <https://www.kk-utvalget.no/mandat> (lest 13. november 2023)

Rettspraksis

Høyesterett:

Rt. 1984 s. 1076 A

Rt. 1993 s. 473 A

Rt. 1993 s. 1302 U

Rt. 1998 s. 407 A

Rt. 1999 s. 1269 A

Rt. 2000 s. 1345 A

Rt. 2000 s. 1482 A

Rt. 2006 s. 120 A

HR-2011-2105-A

HR-2020-2137-A

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD):

Malone mot Storbritannia

Malone v. The United Kingdom, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2. august 1984. (Application no. 8691/79)

Personlig kommunikasjon

Lenth, Guri

E-post-korrespondanse vedr. spørsmål om retningslinjer som er unntatt offentligheten på 1980-tallet og i dag, førstestatsadvokat Guri

Lenth v/Riksadvokatembetet, mottatt 19.
september 2023 (Gjengitt med samtykke)

Presthus, Line Steen

E-post-korrespondanse vedr. spørsmål om bruken
av provokasjon som etterforskningsmetode i
praksis, Politiinspektør ved PHS (bakgrunn som
politiadvokat ved Felles enheten for etterretning
og etterforskning ved Oslo politidistrikt som
«metodejurist» og fagansvar knyttet til skjulte
etterforskningsmetoder), mottatt 20. november
2023 (Gjengitt med samtykke)