

Politiets bruk av provokasjon som etterforskningsmetode

*En fremstilling av dagens rettstilstand, med særlig fokus
på det legislative grunnlaget for frifinnelse ved ulovlig
tiltaleprovokasjon og hvorvidt metoden bør lovfestes*

Kandidatnummer: 26

Antall ord: 14963



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.17

INNHALDSFORTEGNELSE

1. Provokasjon som etterforskningsmetode	4
1.1. Tema, problemstilling og aktualitet	4
1.2. Begrepet provokasjon	5
1.2.1. Skillet mellom bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon.....	6
1.2.2. Hvilken form for politiprovokasjon står man ovenfor?	7
2. Rettskildesituasjonen	8
2.1. Nasjonale rettskilder	8
2.1.1. Høyesterettspraksis	8
2.1.2. Forarbeider	8
2.1.3. Riksadvokatens rundskriv	9
2.1.4. Juridisk teori	9
2.1.5. Sammenfatning.....	10
2.2. Internasjonale rettskilder; EMKs betydning for provokasjonsadgangen	10
2.2.1. EMK Art. 8	10
2.2.2. EMK Art. 6	11
2.2.2.1. Vernet mot selvinkriminering	12
3. Grunnleggende hensyn ved bruk av provokasjon som etterforskningsmetode	13
3.1. Kriminalitetsbekjempelse	13
3.1.1 Effektivitetshensynet	14
3.2. Rettssikkerhet	15
3.3. Misbrukshensynet	15
3.4. Tilliten til politiet	16
4. Vilkår for lovlig provokasjon	17
4.1. Materielle vilkår	17
4.1.1. Innledning	17
4.1.2. Mistankekravet	17
4.1.3. Grunnvilkåret	17
4.1.3.1. Initiativ	19
4.1.3.2. Marked	20
4.1.3.3. Endring i tid, sted og utførelse	21
4.1.4. Alvorlighetskravet.....	24
4.2. Prosessuelle vilkår for bruk av provokasjon	25
4.2.1 Sekundært etterforskningsmiddel og forholdsmessighetskravet.....	25
4.2.2. Forenelig med prosessuelle grunnprinsipper og regler	27
4.2.3. Beslutningskompetanse og nødvendig kontroll.....	28
5. Typetilfeller hvor bruk av provokasjon aktualiserer seg	29
5.1. Mer avansert og alvorlig grenseoverskridende organisert kriminalitet?	29
5.2. Utvalgte kriminalitetstyper hvor provokasjon aktualiserer seg, med utgangspunkt i R-1/2017	31

6. Rettsvirkningen av ulovlig tiltaleprovokasjon	32
6.1. Virkningen av brudd på grunnvilkåret	33
6.2. Fremprovosering av et mer alvorlig straffalternativ	34
6.3. Frifinnelse ved brudd på prosessuelle vilkår?	35
6.3.1. Uforsvarlig saksbehandling.....	35
6.3.2. Manglende kompetanse	35
6.3.3. Manglende kontroll	36
6.3.4. Brudd på forholdsmessighetskravet.....	37
6.4. Det legislative grunnlaget for frifinnelse ved ulovlig tiltaleprovokasjon	38
6.4.1. Har frifinnelse gode grunner for seg?	38
6.4.2. Allmenn rettsfølelse og hensynet til fornærmede og pårørende	41
6.4.3. Straffereduksjon som følge av provokasjon?	41
6.4.4. Sammenfatning.....	42
7. Bør reglene om provokasjon lovfestes?	43
7.1. Innledning og historikk	43
7.2. Hensyn som taler for lovfesting	44
7.3. Hensyn som taler mot lovfesting	46
7.4. Forslag om å lovfeste provokasjonsadgangen i NOU 2016:24. Nye straffeprosessloven § 21-5 og forslag til endringer av bestemmelsen	47
7.4.1. Grunnvilkåret	48
7.4.1.1 Skillet mellom bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon.....	49
7.4.2. Årsakskravet.....	49
7.4.3. Mistankekravet	50
7.4.4. Alvorlighetskravet og kriminalitetskravet.....	52
7.4.5. Prosessuelle grunnprinsipper	53
7.4.5.1. Samtykkekompetanse.....	53
7.4.5.2. Plan for provokasjonen.....	54
7.4.5.3. Provokasjonens varighet	55
7.4.5.4. Øvrige prosessuelle vilkår	55
8. Oppsummering og konklusjon	57
LITTERATURLISTE	58

1. Provokasjon som etterforskningsmetode

1.1. Tema, problemstilling og aktualitet

Straffeprosessens primærformål er å legge til rette for at kriminelle handlinger avdekkes og å reagere strafferettslig mot gjerningspersoner.¹ For å iredteføre lovovertrædelser må politiet derfor etterforske lovbruddet med adekvate midler.

Etterforskningens formål er å skaffe ”nødvendige opplysninger for å avgjøre[.]tiltale[.]avverge eller stanse straffbare handlinger[.]fullbyrde straff og andre reaksjoner”, jf. straffeprosessloven § 226(1)a-d. De generelle mål for etterforskningen er høy kvalitet, høy oppklaringsprosent, kort saksbehandlingstid og adekvat reaksjon.²

Provokasjon er en ekstraordinær og utradisjonell etterforskningsmetode, i likhet med blant annet telefonavlytting og romavlytting. Provokasjonsadgangen er ikke lovregulert i verken straffeprosessloven eller annen lovgivning.

Provokativ etterforskning innebærer at politiet kontakter en person og utnytter en villfarelse hos denne til å blande seg styrende inn i et hendelsesforløp som medfører at personen begår en straffbar handling eller en mer straffverdig handling.³ Denne formen for provokasjon kalles ofte tiltaleprovokasjon, og oppgaven begrenses til denne provokasjonstypen.⁴

Lovfesting av metoden har blitt foreslått og vurdert en rekke ganger, blant annet i forarbeidene til dagens straffeprosesslov 1981. Justisdepartementet kom imidlertid til at provokativ etterforskning ikke var så inngripende at lovregulering var nødvendig, og at spørsmålet eventuelt ville bli vurdert på nytt dersom situasjonen skulle endre seg.⁵

¹ NOU 2016:24 s. 119

² Riksadvokatens rundskriv nr. 1/2017 s. 1

³ NOU 2004:6 s. 83 jf. s. 233

⁴ Se punkt 1.2. for begrepsavklaring og bakgrunnen for avgrensningen

⁵ Ot.prp.nr.35 (1978-1979) s. 179. Se punkt 7.1. om tidligere diskusjoner vedrørende lovfesting

Kriminalitetsutviklingen i Norge har de senere årene forandret seg, blant annet gjennom mer offerløs kriminalitet hvor forholdene ikke anmeldes.⁶ Videre går utviklingen i retning mer grenseoverskridende, komplisert og alvorlig kriminalitet, blant annet hva gjelder kriminalitet tilknyttet narkotika og overgrep mot barn.⁷ Komplisert kriminalitet fordrer at etterforskningen organiseres og gjennomføres på en tilsvarende avansert måte, for at lovbruddene kan oppdages og irettesføres. Politiprovokasjon blir dermed en stadig mer aktuell etterforskningsmetode.

Samtidig går rettsutviklingen mot stadig mer kodifisering av ulovfestet rett, noe som øker borgernes rettssikkerhet og hensynet til forutberegnelighet. I forslaget til ny straffeprosesslov, NOU 2016:24, foreslås det derfor nok en gang at provokasjon som etterforskningsmetode bør lovfestes. Spørsmålet om lovfesting vurderes nærmere under punkt 7.

1.2. Begrepet provokasjon

Norsk rett skiller mellom provokasjon som etterforskningsmetode og provokasjon som straffrihetsgrunn. Sistnevnte kan foreligge hvor fornærmede i en voldssak har fremprovosert volden gjennom forutgående skjellsord. Oppgaven omhandler provokasjon som etterforskningsmetode, og avgrenses derfor mot provokasjon som straffrihetsgrunn.

Provokativ etterforskning, også kalt politiprovokasjon, har tre ulike kjennetegn.

Politiprovokasjon innebærer for det første at politiet er i direkte kontakt med noen som mistenkes for å ha begått et straffbart forhold eller for å være involvert i en straffbar virksomhet.⁸ Denne kontakten skiller provokasjon fra øvrige utradisjonelle etterforskningsmetoder som f.eks. spaning, hvor politiet har en mer skjult tilknytning til mistenkte. Eksempelvis er kontrollert levering⁹ ikke provokasjon, ettersom politiet ikke har kontakt med transportøren.

Det andre kjennetegnet er at politiet tross den direkte kontakten opptrer skjult og fordekt, slik at mistenkte er i villfarelse om at det er politiet han har kontakt med.

⁶ Se punkt 5.2.

⁷ Se likevel punkt 5.1.

⁸ Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, 2016 s. 153, jf. også mistankekravet i punkt 4.1.2

⁹ Hvor politiet kjenner til en narkotikalevering og lar den gjennomføres

Her har provokasjon likhetstrekk med infiltrasjon, hvor mistenkte er i tilsvarende villfarelse.

Det siste kjennetegnet ved provokativ etterforskning er at politiet psykisk¹⁰ påvirker den mistenkte til å si noe eller gjøre noe. Provokatøren styrer dermed aktivt den mistenktes adferd og forårsaker en endring i gjennomføringen av handlingen, mens politiet i infiltrasjonstilfeller forholder seg passiv.

Dersom vilkårene for provokasjon¹¹ ellers er oppfylt, kan politiet gjennom informasjon fra mistenktes uttalelser eller handlinger ta ut tiltale for det straffbare forholdet.

Begrepet ”provokasjon” har et noe negativt og ulovlig preg, og Høyesterett har vært tilbakeholden med å anvende ”provokasjon” og ”politiprovokasjon” om lovlig provokasjon. I Rt. 1984 s. 1076 (s. 1079) Høyesterett beskriver metoden som ”etterforskning med provokasjonstilsnitt” og presiserer at ordet ”provokasjon” ikke innebærer at metodens rettmessighet allerede er vurdert. Uttrykket ”utradisjonelle etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt” brukes også i Rt. 1992 s. 1088.¹²

Videre kan både polititjenestemenn og sivile som opptrer på politiet vegne være provokatører, og ”politiprovokasjon” samsvarer derfor heller ikke med hvem som anvender metoden.

Begrepene ”provokasjon”, ”politiprovokasjon” og ”tiltaleprovokasjon” er likevel veletablert og anvendt av juridiske forfattere og Høyesterett selv, og anvendes derfor i det følgende.

1.2.1. Skillet mellom bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon

Politiprovokasjonens formål kan være å skaffe bevis som skal brukes under straffeforfølgning, å fremprovosere grunnlag for tiltale i en sak, å forebygge eller avverge straffbare handlinger, eller å bringe tilbake stjalne gjenstander.¹³ Tradisjonelt har juridisk teori og rettspraksis dermed trukket et skille mellom bevisprovokasjon, tiltaleprovokasjon og forebyggende eller avvergende provokasjon. Oppgaven avgrenses mot bevisprovokasjon og

¹⁰ Provokasjon foreligger kun ved psykisk, ikke fysisk, påvirkning jf. bl.a. Rt. 1986 s. 779 og Rt. 1990 s. 531

¹¹ Se punkt 4.

¹² Begrepet ble også benyttet i Ot.prp.nr.35 (1978-1979) s. 179

¹³ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 s. 3

forebyggende provokasjon ettersom flest betenkeligheter hefter ved tiltaleprovokasjon, jf. punkt 3.3. Skillet mellom bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon er likevel viktig, og hovedtrekkene presenteres derfor i punkt 1.2.2.

Bevisprovokasjonens formål er å skaffe bevis for straffbare forhold som pågår eller allerede er begått, eksempelvis gjennom å påvirke objektet til å gi opplysninger om forholdet. Bevisprovokasjonen retter seg mot fortidige forhold, og i motsetning til ved tiltaleprovokasjon er kriminalisering derfor liten.¹⁴

Ved tiltaleprovokasjon¹⁵ er formålet å danne grunnlag for tiltale i saken, ved at politiet griper styrende inn i hendelsesforløpet og påvirker gjennomføringen av den straffbare handlingen. Hvor den straffbare handling det er benyttet provokasjon mot resulterer i tiltale, foreligger tiltaleprovokasjon.¹⁶

Ved tiltaleprovokasjon er politiets inntreden medvirkende årsak til at det straffbare forholdet finner sted, og provokasjonen kan derfor være ulovlig dersom vilkårene for provokasjon ikke er oppfylt, jf. punkt 4 og 6.

1.2.2. Hvilken form for politiprovokasjon står man ovenfor?

I rettspraksis har bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon blitt vurdert etter ulike terskler for når grensen for lovlig provokasjon er overtrådt, og for når informasjon fremskaffet på bakgrunn av de to ulike provokasjonstypene kan brukes i retten. Derfor er det viktig å avklare hvilken provokasjonstype som har dannet grunnlag for den aktuelle informasjonen.

Før provokasjon igangsettes bør det vurderes om provokasjonen antas å resultere i bevisprovokasjon eller tiltaleprovokasjon.¹⁷ Dersom det er uklart om det straffbare forholdet allerede har skjedd, bør vilkårene for både bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon er oppfylt. Da unngår påtalemyndigheten at gjerningsmannen må frifinnes, jf. punkt 6.1.

¹⁴ Se punkt 3.3.

¹⁵ ”Tiltaleprovokasjon” brukes bl.a. i NOU 2004:6 s. 84

¹⁶ Roald Hopsnes, ”Provokasjon som politimetode”, *Jussens Venner* 2003, s. 66

¹⁷ Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, 2010 s. 224

Vanskelige grensetilfeller oppstår hvor provokasjonen underveis endrer seg fra bevisprovokasjon til tiltaleprovokasjon. Slike endringer kan ofte forekomme i praksis.¹⁸ Det avgjørende er om den straffbare handlingen var begått da provokasjonen ble iverksatt. Den enkelte tiltalepost må derfor vurderes mot den foregående provokasjonen. Hvis vurderingen viser at det har skjedd ulovlig bevisprovokasjon, avskjæres det aktuelle beviset på nærmere bestemte vilkår.¹⁹ Har det skjedd ulovlig tiltaleprovokasjon, kan saken som nevnt resultere i frifinnelse.

For eksempel kan en fremprovosert avtale om narkotikasalg danne grunnlag for tiltale om oppbevaring så lenge det ikke reises tiltale for salget, ettersom det fremprovoserte salget innebærer ulovlig tiltaleprovokasjon.²⁰

2. Rettskildesituasjonen

2.1. Nasjonale rettskilder

Ettersom provokasjonsadgangen er ulovfestet, må det ses til andre rettskilder enn lovtekst for å avklare det rettslige grunnlaget for bruk av provokasjon som etterforskningsmetode.

2.1.1. Høyesterettspraksis

Det foreligger rikholdig rettspraksis fra Høyesterett om provokasjonens vilkår, hvilke kriminalitetstyper provokasjon egner seg ovenfor, og hva som blir virkningen av ulovlig tiltaleprovokasjon. Det vises derfor fortløpende til rettspraksis underveis i oppgaven.

2.1.2. Forarbeider

Ettersom provokasjonsadgangen ikke reguleres av lovtekst, er det relevant å se til forarbeidene til straffeprosessloven og de forslag om lovfesting som følger av disse. Forarbeider benyttes derfor blant annet som kilder i drøftelsen under punkt 7.

¹⁸ Kjell V. Andorsen ”Provokativ etterforskning”, *Jussens venner* 2001, s. 7

¹⁹ Virkningen av ulovlig bevisprovokasjon behandles ikke i denne oppgaven

²⁰ jf. Rt. 1992 s. 1088 og NOU 2004:6 s. 84-85. Virkningen foreslås nå lovfestet, se punkt 7.4.1.

2.1.3. Riksadvokatens rundskriv

Riksadvokaten har samlet mange vilkår for lovlig provokasjon i rundskrivet R-2/2000, som i stor grad bygger på Høyesteretts praksis.

Rundskriv har imidlertid bare virkning internt. Dette innebærer at kun politi og påtalemyndighet må forholde seg til riksadvokatens rundskriv, som følge av påtalemyndighetens hierarkiske oppbygning hvor riksadvokaten utgjør den høyere påtalemyndighet.

Den interne virkningen taler for at rundskrivene har liten rettskildemessig vekt, og Rt. 1998 s. 407 (s. 411) jf. Rt. 1984 s. 1076 (s. 1081) og Rt. 1992 s. 1088 (s. 1092) fastslår at retningslinjene utelukkende utgjør en instruks fra overordnet påtalemyndighet til tjenestemennene, at domstolene ikke er bundet av instruksens retningslinjer og at ”eventuell overtredelse av slike retningslinjer ikke i seg selv innebærer at de tiltalte skal frifinnes”.

Etter Rt. 1984 s. 1076 (s. 1081) må retten prøve prinsippene fra R-2/2000 ”mot de alminnelige rettsprinsipper som gjelder på dette felt”. Domstolene kan følgelig kritisere metodebruken og underkjenne provokasjonen ved strid med alminnelige straffeprosessuelle prinsipper, selv om provokasjonen oppfylder rundskrivets vilkår som sådan.

Tross den interne virkningen, oppstiller R-2/2000 vilkårene for provokasjon på en ryddig og tydelig måte. Videre har Høyesterett i stor grad bygget på rundskrivets vurderinger og vilkår i rettsavgjørelser fattet i etterkant av utgivelsen. Det vises derfor til rundskrivet hvor dette er naturlig.

2.1.4. Juridisk teori

Også juridisk teori gir veiledning om provokasjonens grenser. Juridiske forfattere viser ofte til Høyesteretts praksis, og rettskildemessig kan det være naturlig å gå direkte til denne rettskilden. Likevel belyser Andorsens²¹ og Hopsnes²² artikler flere betenkeligheter tilknyttet politiprovokasjon, og artiklene brukes derfor som kilder i oppgaven.

²¹ Andorsen, s. 1-27

²² Hopsnes, s. 62-130

2.1.5. Sammenfatning

Av punkt 2.1.1. til 2.1.4 fremgår at man de lege lata må lete i en rekke ulike rettskilder av varierende rettskildemessig vekt for å utpense vilkår for bruk av provokasjon som etterforskningsmetode. Et spørsmål som reiser seg er derfor om vilkårene for provokasjon de lege ferenda bør lovfestes, se punkt 7.

2.2. Internasjonale rettskilder; EMKs betydning for provokasjonsadgangen

Internasjonal rett har stadig større innvirkning på norsk rett.

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) gjelder etter menneskerettsloven § 2 som norsk lov. Norge skal "secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms" som følger av konvensjonen, jf. EMK Art. 1. Borgene skal dermed vernes mot uberettigede inngrep og overgrep, herunder fra politiet.

Spørsmålet er om provokativ etterforskning er i tråd med statens forpliktelser etter EMK Art. 8 om retten til "private life" og EMK Art. 6 om retten til "fair[...]hearing"

2.2.1. EMK Art. 8

Politiprovokasjon kan oppleves som inngripende, krenkende og forstyrrende for privatlivets fred. Hensynet til handlingsfriheten og personvernet blir stadig viktigere, og staten skal i så liten grad som mulig blande seg i borgernes dagligliv, ved mindre gode grunner taler for det.

Etter Art. 8 jf. Art. 1 skal staten sikre enhver "right to respect for his private and family life, his home and his correspondence". Ordlyden tilsier at alle har rett til vern om privatlivet og inngrep som kan forstyrre eller krenke privatlivets fred.

Statlige inngrep kan likevel skje om det er "in accordance with[...]law", "necessary in a democratic society" og formålmessig, jf. Art. 8(2). Ordet "law" omfatter "not only statute, but also unwritten law".²³ Ulovfestet politiprovokasjon omfattes følgelig av Art. 8. Vernet av privatlivet er følgelig ikke absolutt, og politiprovokasjon kan finne sted på nærmere bestemte vilkår, jf. punkt 4.

²³ *Sunday Times mot Storbritannia*, 6538/74 avsn. 47

Så langt har EMD kun fått spørsmål om provokasjon strider med Art. 8 i Teixeirasaken.²⁴ EMD konkluderte imidlertid med at provokasjonen stred med Art. 6, og retten tok derfor ikke stilling til om provokasjonen også brøt med retten til ”private life” etter Art. 8.²⁵

I Rt. 2000 s. 1345 vurderte Høyesterett om et provokasjonstilfelle sted med Art. 8. Politiet hadde besvart to anrop på siktedes mobiltelefon mens den lå på politistasjonen. Forsvareren mente at innhenting av opplysninger fra samtalene krevde hjemmel i lov etter Art. 8(2) og at informasjonen derfor ikke kunne brukes i retten. Høyesterett kom til at politiet ”innenfor visse grenser kan opptre fordekt og med skjult identitet under etterforskning[.]”, og at telefonkontakten ikke medførte inngrep i privatlivet etter Art. 8. Det var derfor heller ikke nødvendig å hjemle telefonkontakten i lov.²⁶

Spørsmålet om politiprovokasjon strider med Art. 8 beror følgelig på en konkret vurdering. Relevante momenter vil blant annet være intensiteten og varigheten av politiets innblanding – desto mer langvarig provokasjon, desto lettere vil grensene for det vernet Art. 8 oppstiller være overtrådt. Videre kan inngrep som foretas uten mistanke om et straffbart forhold krenke Art. 8, ettersom inngrep i privatlivet ikke skal foretas ved mindre det er nødvendig.

2.2.2. EMK Art. 6

Etter Art. 6 jf. Art. 1 skal staten sikre enhver en ”fair[.]hearing”.

I ”fair[.]hearing” ligger et krav om rettferdig rettergang og straffeforfølgning med grunnleggende rettssikkerhetsgarantier, herunder at saken samsvarer med prosessuelle regler. Det avgjørende er om saken i sin helhet er ”fair”, noe som beror på en konkret helhetsvurdering. Tiltaleprovokasjon av inngripende eller krenkende art inngår klart i en slik vurdering, jf. de betenkeligheter som knytter seg til metoden etter punkt 3.3.

Om politiprovokasjonen kan stride med Art. 6 om ”fair[.]hearing” ble vurdert i Teixeira-saken. I saken kontaktet politiet narkotikalangeren V.S. for å kjøpe hasj. Formålet var å

²⁴ *Teixeira de Castro mot Portugal*, 25829/94

²⁵ Nærmere om dommen under 2.2.2.

²⁶ Problemstillingen drøftes nærmere i punkt 7.2.

pågripe leverandører og bakmenn, men V.S. klarte ikke å skaffe en leverandør på det aktuelle tidspunktet. Politiet tok derfor på nytt kontakt med V.S, denne gang under påskudd av å kjøpe heroin. V.S. opplyste at Teixeira de Castro var en aktuell leverandør. Leverandøren hadde ikke vært i politiets søkelys tidligere, men V.S' informasjon gjorde at han ble pågrepet ved overlevering av heroinet.

EMD kom i avsnitt 28 til at provokasjonen krenket retten til "fair[..]hearing" etter Art. 6, og at politiet "exercised an influence such as to incite the commission of the offence". I avsnitt 39 fastslo EMD at det med tanke på "the offence[..]is nothing to suggest that without their intervention it would had been comitted".

EMD konstaterte dermed årsakssammenheng mellom politiets inntreden og den straffbare handlingen. EMD tolker etter dette grunnvilkåret for provokasjonen tilsvarende som Høyesterett, ved at det ikke tillates at politiet fremprovoserer lovbrudd som ikke ellers hadde funnet sted, jf. også punkt 4.1.3.

Etter dommen kan dermed provokativ etterforskning stride med retten til "fair[..]hearing" i Art. 6.

2.2.2.1. Vernet mot selvinkriminering

Vernet mot selvinkriminering forankres i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter Art. 14 nr. 3 bokstav g. Etter bestemmelsen har enhver hvor det foreligger "criminal charge against him" rett til å ikke "be compelled to testify against himself or[..]confess guilt".

EMD tolker kravet om "charge" autonomt, og det er derfor uten betydning om nasjonale myndigheter anser vedkommende som siktet. I norsk rett gjelder derfor rettigheten også ovenfor mistenkte.

Vernet innfortolkes også i retten til "fair[..]hearing" etter EMK Art. 6²⁷, og er inkorporert i straffeprosessloven § 232(1) hvorefter mistenkte skal gjøres kjent med at han "ikke har plikt til å forklare seg".

²⁷ *Saunders mot Storbritannia*, 19187/91 avsnitt 68

EMD har uttalt at ”self-incrimination is[...]understood[...]with respecting the will of the defendant to remain silent[...]and not be compelled to provide a statement”.²⁸ Kjernen i selvinkrimineringsvernet er dermed at mistenkte personer ikke har forklaringsplikt, og at ingen skal tvinges til å bistå til egen straffellelse.

Provokativ etterforskning kan resultere i at objektet for provokasjonen inkriminerer seg selv gjennom ord eller handling på grunn av villfarelse om politiets inntreden i hendelsesforløpet, jf. punkt 1.2. Følgelig aktualiserer provokasjon spørsmålet om etterforskningsmetoden er i tråd med vernet mot selvinkriminering etter SP Art. 14 nr. 3 bokstav g jf. Art. 6.

Problemstillingen ble behandlet i Rt. 1999 s. 1269 (s. 1271), hvor en verksbetjent var mistenkt for å ha bistått en fangerømning. En politimann med skjult mikrofon og falsk identitet forledet verksbetjenten til å innrømme forholdet. Høyesterett kom til at ”det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at[...]mistenkt[...]har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffellelse”. Provokasjonen stred derfor med vernet mot selvinkriminering etter SP Art. 14 nr. 3 g jf. EMK Art. 6 og straffeprosessloven § 232, og beviset kunne ikke føres.

3. Grunnleggende hensyn ved bruk av provokasjon som etterforskningsmetode

Ettersom provokasjonsadgangen er ulovfestet, gir reelle hensyn viktig veiledning for adgangen til å benytte metoden. I det følgende redegjøres for de mest grunnleggende hensynene som gjør seg gjeldende.

3.1. Kriminalitetsbekjempelse

Etter straffeprosessloven §§ 224 og 226 skal politiet etterforske lovbrudd²⁹, og NOU 2016:24 s. 121 presiserer at ”kjennskap til[...]hvordan ulike typer kriminalitet lar seg bevise, er avgjørende for[...]tilstrekkelige og hensiktsmessige etterforskningsmetoder”.

²⁸ *Jalloh mot Tysland*, 54810/00 avsnitt 110

²⁹ jf. punkt 1.1.

Hovedhensynet som legitimerer provokativ etterforskning er dermed hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse.

Økt kompleksitet i straffesaker fordrer at etterforskningsmetodene som tas i bruk effektivt må bekjempe kriminaliteten og dens skadevirkninger. Utviklingen har medført lovendringer som hjemler mer inngripende tvangsmidler, blant annet økt kommunikasjonskontroll, i tilfeller av alvorlig kriminalitet.³⁰ Dette viser en utvidelse i adgangen til å anvende inngripende metoder ovenfor komplisert kriminalitet.

Videre er det er preventivt fordelaktig at rettsapparatet håndterer, oppklarer og sanksjoner også mer komplekse lovbrudd.³¹ Oppklaring av kompliserte saker, for eksempel gjennom provokasjon, kan også skape tillitt til politiet som etat.

3.1.1 Effektivitetshensynet

Kriminalitetsbekjempelse avhenger i stor grad av effektiv etterforskning.

Etter straffeprosessloven § 226 siste ledd skal etterforskningen gjennomføres ”så raskt som mulig” slik at ”ingen unødig utsettes for[..]ulempe”. Også grunntanken om ”mest mulig politi for pengene”³² gjør at etterforskningen raskest mulig bør tilpasses kriminalitetstypen, jf. punkt 4.2.1.

Riksadvokaten fokuserer på effektiv etterforskning i R-1/2017 punkt IV nr. 1, og understreker at effektivitet er nødvendig for å forebygge lovbrudd, øke rettsikkerheten og bedre kriminalitetsbekjempelsen. Også straffeprosessutvalgets mandat understreker at ”effektiv og rettssikker straffesaksbehandling forutsetter at gjennomføringen tar kort tid”.³³ Effektiv etterforskning anses følgelig å øke rettssikkerheten, og for mistenkte kan rask avklaring minske belastningen av å være involvert i straffesaken.

Effektivitetshensynet må likevel modereres i provokasjonstilfellene, ved at politiet ikke må ta snarveier i saken for å oppnå målet om effektiv etterforskning, ettersom dette kan føre til ulovlig tiltaleprovokasjon og frifinnelse.

³⁰ NOU 2016:24 s. 121

³¹ NOU 2016:24 s. 726

³² https://www.politi.no/vedlegg/rapport/Vedlegg_3809.pdf, s. 15

³³ <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Utvalg-skal-utforme-ny-straffeprosesslov/id764164/>

Til sist kan politiets satsningsområder og prioritering av enkelte kriminalitetstyper forlenge etterforskningstiden i disse sakene, uten at dette er negativt for kriminalitetsbekjempelsen. Det er for eksempel ønskelig med bred og grundig etterforskning av barnepornografisaker for å kartlegge nettverket som deler bilder, selv om dette er tidkrevende. Effektiv etterforskning er følgelig ikke ensbetydende med hurtig etterforskning, ettersom hovedhensynet i straffeprosessen er å fatte materielt riktige avgjørelser.

3.2. Rettssikkerhet

Hensynet til rettssikkerhet innebærer at enhver skal kunne forutberegne sin rettsstilling og ivareta egne rettslige interesser, og beskyttes mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetene. Hensynet til materielt riktige dommer og det materielle sannhets prinsipp faller dermed også innunder rettssikkerhetshensynet.

Etter politiloven § 1(2) er en av politiets formål å ”fremme og befeste borgernes rettssikkerhet[.]”, og etterforskningen skal gjennomføres slik at ”ingen unødige utsettes for mistanke”, jf. straffeprosessloven § 226 siste ledd. Videre har den nye straffeprosessloven som overordnet målsetting gi ”rettssikker og tillitvekkende behandling av straffesaker”.³⁴ Dette er grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende på ethvert trinn av rettergangen – også under etterforskningen.

Hensynet til å oppklare og iredteføre lovbrudd rettferdiggjør dermed ikke ethvert inngrep ovenfor borgerne. Rettssikkerheten må spesielt ivaretas ved alvorlige lovovertridelser, ettersom ønsket om oppklaring i slike saker kan gjøre politiet mer tilbøyelig til å strekke provokasjonens grenser for langt.

3.3. Misbrukshensynet

Faren for misbruk av politiprovokasjon som metode har to sider.

For det første tilsier kriminaliseringshensynet at politiet ikke skal skape kriminalitet, ettersom politiets oppgaver er å forebygge kriminalitet heller enn å skape den, jf. politiloven § 2 nr. 2.

³⁴ <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Utvalg-skal-utforme-ny-straffeprosesslov/id764164/>

Likevel kan politiet ved å fremprovosere handlingen på et tidligere tidspunkt forhindre den samfunnsskadelige virkningen av lovbruddet, for eksempel ved at smuglersprit aldri kommer ut på markedet.³⁵ Dette viser at det eksisterer et behov for å benytte metoden, men at metoden ikke må misbrukes.

For det andre innebærer misbrukshensynet at politiet som regel ikke tillates å innrette provokasjonen mot en spesifikk person.

Misbruksfaren er større hvor politiet peker ut en mistenkt og fremprovoserer en straffbar handling i kontakt med denne, sett opp mot tilfellene hvor politiet foretar provokasjonen gjennom tredjeperson, ettersom det foreligger mindre kriminaliserings- og misbruksfare i sistnevnte tilfelle.³⁶

Misbrukshensynet tilsier derfor at provokasjonen må utføres med varsomhet, og i tråd med vilkårene for provokasjon.³⁷

3.4. Tilliten til politiet

Tillitt til politiet er essensielt for et velfungerende samfunn, blant annet for å sikre at borgerne ikke tar loven i egne hender. Av hensyn til denne tillitten må det gjøres ”vesentlige begrensninger” i provokasjonsadgangen, jf. Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080).

For borgerne kan en etterforskningsmetode som aktivt fremprovoserer straffbare handlinger virke lite legitim. Videre forventer samfunnet at politiet handler på en tillitsvekkende og etterprøvbar måte. Samtidig stilles det stadig høyere krav til politiet, gjennom forventninger til høy oppklaringsprosent ved iretteføring av lovbrudd. Dette taler for at samfunnet anerkjenner at etterforskningen benytter nødvendige midler, som provokasjon, så lenge metoden har en oversiktlig og forståelig regulering.

Blant de overnevnte hensyn taler spesielt hensynet til rettssikkerhet og forutberegnelighet, misbrukshensynet og tillitten til politiet for at provokasjon som etterforskningsmetode bør lovfestes. Se nærmere i punkt 7.2.

³⁵ Se punkt 6.4.1.

³⁶ jf. Rt. 1984 s. 1076, Rt. 2000 s. 1482 og NOU 2004:6 s. 86

³⁷ Se punkt 4.

4. Vilkår for lovlig provokasjon

4.1. Materielle vilkår

4.1.1. Innledning

Provokativ etterforskning kan være inngripende og langvarig, og det er derfor en risiko for å krenke rettighetene til dem som utsettes for provokasjonen. Det er derfor essensielt at grunnleggende vilkår for bruk av provokasjon er oppfylt.

Høyesterett anser det umulig ”å trekke opp generelle retningslinjer” for lovlig politiprovokasjon, jf. Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080), og mener at provokasjonstilfellene har så forskjellig karakter at det ”ikke kan oppstilles felles retningslinjer for når slike provokasjonshandlinger kan aksepteres som lovlige etterforskningskritt”, jf. Rt. 1999 s. 1269 (s. 1271)

Gjennom rettspraksis og instruksjer gitt gjennom rundskriv R-2/2000 kan hovedvilkårene for provokasjon likevel utledes, jf. punkt 4.1.3. flg.

4.1.2. Mistankekravet

Det innledende vilkåret for etterforskning er lovfestet. Etter straffeprosessloven § 224(1) og påtaleinstruksen § 7-4(1) kan etterforskning bare iverksettes når det er ”rimelig grunn” til å undersøke om et straffbart forhold foreligger. Tilsvarende mistankekrav gjelder for provokativ etterforskning.

De øvrige vilkår for provokasjon er ulovfestet.

4.1.3. Grunnvilkåret

Grunnvilkåret for lovlig tiltaleprovokasjon er at politiet ikke fremkaller en handling som ellers ikke hadde blitt begått, og påtalemyndigheten kan derfor ikke tiltale en person for en straffbar handling han uten politiets inntreden ikke ville begått.

Vilkåret fremgår av Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080), hvor Høyesterett fastslår ”alminnelig enighet om[...]at det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke

ville ha blitt begått” og at ”etterforskning med provokasjonstilsnitt bare (er) berettiget når[..]den straffbare handling ville ha blitt begått også uavhengig av dets (politiets) rolle i begivenhetsforløpet”.³⁸ Lovlig provokasjon er derfor betinget av at gjerningsmannen har fullbyrdelsesforsett uavhengig av politiets inntreden. Vilkåret har sammenheng med kriminaliseringsfaren og misbruksfaren, nevnt under 3.3.

Dersom politiet har påvirket gjerningspersonen på en måte som har strafferettslig relevans, ved at det kan påvises årsakssammenheng mellom politiets inngripen og det straffbare forholdet som er begått, foreligger ulovlig provokasjon.³⁹ Vurderingen ligner forsettsvurderingen i strafferetten, ved at det må avklares om generelle erfaringssetninger tilsier at mistenkte ble psykisk påvirket av politiets inntreden gjennom en subjektiv motivasjon til å begå handlingen.⁴⁰ Påtalemyndigheten har bevisbyrden for at årsakskravet ikke er oppfylt, jf. Rt. 1984 s. 1076 (s. 1082).

I Rt. 1984 s. 1076 (s. 1083) oppstilles et tilleggsvilkår om adekvans ved at årsakssammenheng ikke foreligger hvor påvirkningen er ”for fjern(t) og indirekte”. Kravet innebærer at politiets provokasjon ikke rekker lenger enn det som politiet med rimelighet kan regne med at mistenkte vil foreta seg, ettersom provokasjonen ikke kan sies å være motiverende for uforutberegnelige handlinger. Som eksempel kan tenkes et tilfelle hvor provokasjonen skal skaffe bevis i en narkotikasak. Dersom mistenkte på vei til leveringsstedet raner en bank og dreper en bankansatt, er dette ikke en forutberegnelig handling som konsekvens av provokasjonen. Selv om provokasjonen kan ha vært ulovlig hva gjelder narkotikadelen av saken, får mistenkte ikke medhold i frifinnelse for ranet og drapet, siden politiets provokasjon ikke var motiverende for disse handlingene.

Se mer om adekvanskravet i 4.1.3.3.

EMD opererer med samme krav som Høyesterett⁴¹, jf. Ramanauskas-avgjørelsen⁴² (avsnitt 55) hvoretter politiet ikke skal ”exert such an influence on the subject as to incite the commission of an offence that would otherwise not be committed”.

³⁸ Se også Rt. 1993. 473 (s. 474), Rt. 1998 s. 407 (s. 410), Rt. 2000 s. 1223 (s. 1227), Rt. 2000 s. 1345 (s. 1349) og Linda Gröning, Erling Johannes Husabø, Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, 2016 s. 547

³⁹ NOU 2004:6 s. 247

⁴⁰ Hopsnes, s. 85

⁴¹ Punkt 4.1.3.

4.1.3.1. Initiativ

Ved vurderingen av om provokasjonen er lovlig skal det legges ”betydelig vekt” på hvem som initierer den straffbare handlingen.⁴³ Dette følger også av Teixeira-dommen (avsnitt 38) hvoretter det må foretas en vurdering for å ”determine whether or not the[...]activity went beyond that of undercover agents”.

Initiativmomentet er tett knyttet til misbruksfaren. Hvor politiet initierer kontakt oppstår risiko for å fremkalle en straffbar handling som ikke ellers hadde blitt begått. Videre kan politiets initiativ føre til kriminalisering av en bestemt mistenkt man enda ikke har klart å domfelle på grunn av manglende bevis.⁴⁴ Motsatt vil mistenktes initiativ tale for at den straffbare handling ville blitt gjennomført uavhengig av politiets inntreden. Når mistenkte viser vilje til å begå handlingen er faren for kriminalisering dermed tilsvarende liten.⁴⁵

Hvem som initierte den straffbare handlingen kan bero på formuleringsforskjeller. Dette følger av en sammenligning av Rt. 1993 s. 473 og Rt. 1994 s. 319.

I førstnevnte dom hadde politiets medhjelpere spurt om skyss, fått ja til svar, og deretter aktivt spurt om pris. Kjøringen hadde vært lovlig dersom det ikke ble betalt vederlag, og det straffbare forholdet ble derfor fremprovosert av politimedhjelpernes inntreden og initiativ vedrørende pris. Medhjelperne handlet på politiets vegne og ble identifisert med politiet, og det forelå derfor ulovlig politiprovokasjon.

I sistnevnte dom spurte B og C om skyss, hvoretter tiltalte svarte at turen kostet 50kr. Tiltalte forårsaket dermed selv den straffbare handlingen. Videre var det ”åpenbart at om han ikke hadde tatt turen med de 2 vitnene, ville han tatt den med andre passasjerer”.⁴⁶ Sjøføren hadde dermed allerede vilje til å gjennomføre den straffbare handlingen, og forholdet var ikke et resultat av psykisk påvirkning fra politiet gjennom provokasjon.

⁴² *Ramanauskas mot Litauen*, 74420/01

⁴³ Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080)

⁴⁴ Nærmere i punkt 3.3.

⁴⁵ Hopsnes s. 103, jf. Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080 og 1082) og Rt. 1993 s. 473

⁴⁶ Rt. 1994 s. 319 (s. 322)

Følgelig kan valg av formulering eller hvor lenge provokatøren avventer den andres svar avgjøre hvem som tar initiativ til den straffbare handlingen, og derfor avgjøre om provokasjonen er lovlig. Dette viser viktigheten av å ha en plan for provokasjonen.⁴⁷

4.1.3.2. Marked

Etter R-2/2000 s. kan politiet kun ”tre inn hvor det allerede eksisterer ”et marked” for den aktuelle type straffbar virksomhet”. Kravet om ”marked” innebærer at den straffbare virksomhet beviselig ville funnet sted også om politiet inntreden tenkes borte.⁴⁸

Dette følger blant annet av Rt. 1984 s. 1076 s. 1082 , hvor Høyesterett uttaler at det må ”sannsynliggjøres utover rimelig tvil at selgeren er positivt interessert i å omsette stoffet, og at stoffet – dersom politiet ikke hadde kjøpt – til noenlunde samme tid ville blitt omsatt til andre”. Se også Rt. 1992 s. 1088 (s. 1090) hvor Høyesterett definerte spørsmålet om ”marked” som en vurdering hvoretter det ”ikke må være rimelig tvil om at partiet, helt eller delvis, også uten politiets medvirkning, ville ha blitt innført til Norge.”

Spørsmålet om det forelå et ”marked” ble drøftet i Rt. 1998 s. 407 (s. 411).

Høyesterett konkluderte med at det uten politiets inntreden fremstod ”helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot[...].løsesum” kunne blitt gjennomført, og at det var politiet som brakte inn en mulig kjøper i saken. Til sist ble det påpekt at det ikke syntes ”å ha vært andre aktuelle kjøpere som var villige til å betale det angitte beløp[...].der og da”, siden ”Skrik” var et verdenskjent stjålet maleri. På grunn av mangel på andre kjøpere mente derfor flertallet at politiets inntreden i hendelsesforløpet var avgjørende for muligheten til heleri av maleriet, tross at initiativet til helerihandlingen kom fra tiltalte. Følgelig eksisterte det ikke et ”marked” for omsetning før politiets inntreden. Politiets provokasjon innebar dermed et brudd på grunnvilkåret for provokasjon, og heleren ble frifunnet.

Dommens utfall har vært noe omdiskutert, blant annet fordi det var heleren som tok initiativ til den straffbare handlingen.⁴⁹ Uttalelsen om at det ikke syntes ”å ha vært andre aktuelle kjøpere[...].der og da” tilsier at andre kjøpere kunne tenkes å komme inn på et senere tidspunkt.

⁴⁷ jf. punkt 4.3.2.

⁴⁸ For beviskravet, se punkt 6.

⁴⁹ Se blant annet Hopsnes, s. 106, NOU 2004:6 s. 86 m.m.

Med dette som utgangspunkt, kan politiets inntreden i saken utgjøre en ”endring i tid”, som etter Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080) kan være tillatt, jf. punkt 4.1.3.3.

Mindretallet mente på s. 413 i dommen at faktum at det ikke fantes andre aktuelle kjøpere enn politiet ”der og da” var irrelevant for tiltaltes straffeskyld, og at klanderverdigheten og straffeskylden måtte ilegges betydning for spørsmålet om lovlig provokasjon. Mindretallets synspunkt på det legislative grunnlaget for frifinnelse i dette tilfellet har gode grunner for seg, og drøftes videre i punkt 6.4.1. og 7.4.2.

4.1.3.3. Endring i tid, sted og utførelse

Likevel ”godtas at politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse”, jf. Rt. 1984 s. 1076 s. 1080. Årsaken til at slike endringer ofte tillates er at disse som regel ikke påvirker den straffbare handlingen.

Et godt utgangspunkt for vurderingen er derfor at endring i tid og sted tillates dersom politiets kontakt ikke har ”vært årsak til en endring i objektets handlinger” som ”har gjort handlingen straffbar eller gjort handlingen mer straffverdig”.⁵⁰

For det første godtas at tidspunktet for den straffbare handlingen skyves forover eller bakover i tid. Tidsforskyvning kan være aktuelt hvor politiet trenger mer tid på å forberede seg på aksjonen, f.eks. gjennom briefing av polititjenestemennene, eller dersom etterforskningen ellers ville blitt spolert.

Likevel kan det tenkes tilfeller hvor mistenkte f.eks. bare har en løs plan om å smugle sprit. På forberedelsesstadiet kan han fremdeles ombestemme seg og la være å gjennomføre planen. Hvor politiet trer inn og avtaler levering i nær fremtid, kan forskyvningen i tid være motiverende for smuglingen og medføre at en straffbar handling som ikke ellers hadde blitt begått likevel finner sted. Dette viser at det må foretas en konkret vurdering av i hvor stor grad tidsforskyvningen har hatt betydning for den straffbare handlingen, og samtidig at en plan for provokasjonen⁵¹ kan bidra til provokasjonens lovlighet.

⁵⁰ Hopsnes, s. 97

⁵¹ jf. punkt 4.2.3

I Rt. 1984 s. 1076 (s. 1082) godtok Høyesterett at politiet endret leveringstidspunkt til et tidligere tidspunkt enn avtalt, grunnet risiko for at leverandøren ville forstå at en person i sakskomplekset var varetektsfengslet.

I dommen endret politiet imidlertid også leveringsstedet av 3kg amfetamin fra København til Oslo. Høyesterett kom til at endringen samsvarte med forsvarlig og lovlig provokasjon, blant annet fordi politiet måtte ”regne med at det stod overfor et etablert distribusjonsapparat som drev med overføring av narkotika til Norge, og også det aktuelle partiet var bestemt for Norge”.⁵²

Skadevirkningshensynet gjorde derfor at det i denne saken var forsvarlig å endre leveringsstedet, selv om en slik endring ikke nødvendigvis er forsvarlig i en annen sak. Det må derfor foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Endringen av leveringssted gjorde også at en kurer ble trukket inn i sakskomplekset. Spørsmålet var om det var årsakssammenheng mellom politiets inntreden i hendelsesforløpet og kurerens bidrag til lovbruddet. Høyesterett kom til at politiets inntreden var ”for fjern(t) og indirekte” til at det forelå årsakssammenheng mellom kurerens straffbare handling og endring av leveringssted, blant annet fordi kurerens virksomhet var etablert, og i tillegg fordi det i denne saken var forsvarlig å endre leveringsstedet til Norge, jf. over.⁵³

Likevel kan politiets endring av sted i andre tilfeller være avgjørende for om den straffbare handlingen finner sted, og provokasjonens lovlighet må også her vurderes konkret.

Heller ikke i Rt. 2000 s. 1482 medførte politiets inntreden så store endringer at provokasjonen var ulovlig. I saken stoppet politiet en trailer med 199kg hasjisj. Politiet tilbød sjåføren C å være med på et provokasjonsopplegg for å avsløre mottakeren D.

D ble mistenksom da C ikke dukket opp til avtalt tid, og leveringen til D ble ikke gjennomført. C tok derfor kontakt med F, bakmannen i Nederland, som fant en ny mottaker av partiet, A.

A ble pågrepet på mottakstidspunktet, og påstod at provokasjonen var ulovlig siden D trakk seg fra leveringen etter politiets inngripen, og at A derfor kom inn som mottaker som en direkte følge av dette. Høyesterett viste til at politiets påvirkning kan være ”for fjern(t) og

⁵² Rt. 1984 s. 1076 (s. 1083)

⁵³ Rt. 1984 s. 1076 (s. 1083)

indirekte” til å ha fremkalt forholdet, og at politiets inntreden her ikke var ”foranledning til at A valgte å overta narkotikaen”. Selv om As inntreden gjorde at han ble tatt i stedet for opprinnelig mottaker D, hadde ikke politiet informasjon om hvem den nye mottaker var, siden det var F som dro A inn i sakskomplekset. Politiet hadde dermed ikke plukket ut A og kriminalisert ham, og det forelå derfor ingen misbruksfare. Høyesterett konkluderte derfor med at endringen i mottaker fra D til A ikke gjorde provokasjonen ulovlig ovenfor A.

Dommen viser at årsakssammenheng kun foreligger hvor det er politiets kontakt som har vært motiverende for den straffbare handling. På tidspunktet F gjorde A til mottaker, var både F og A uvitende om politiet involvering i saken. As straffbare handling var derfor ikke motivert av politiets inntreden i sakskomplekset.

Tilsvarende utgangspunkt er lagt til grunn i Rt. 2007 s. 268. I saken medførte politiets inntreden endringer i mottakerleddet av et narkotikaparti. Politiet pågrep kurerer B, som i samarbeid med politiet kontaktet sin utenlandske oppdragsgiver for å avdekke mottakerleddet. Oppdragsgiver kontaktet deretter A, som var ”mer eller mindre umiddelbart klar til å bistå” med mottaket.⁵⁴ Politiet hadde ingen kontakt med oppdragsgiver, og det var derfor oppdragsgiver som involverte A i saken. Høyesterett konkluderte derfor med at politiet ikke påvirket A til å begå det straffbare forholdet, og provokasjonen var dermed lovlig.

Et grensetilfelle oppstår hvor en selger som har tilbudt politiet å kjøpe narkotika blir mistenksom, og derfor ikke lengre vil levere. Dersom politiet gjennom etterfølgende overtalelse overbeviser selger, oppstår spørsmålet om det har skjedd en tillatelig endring i gjennomføringsmåten etter Rt. 1984 s. 1076, eller om politiet har påvirket selger til å gjennomføre et straffbart narkotikasalg gjennom ulovlig provokasjon.

At selgeren initierte handelen kan tale for at provokasjonen er lovlig, tross at det var politiets etterfølgende overtalelse etter at selger ble mistenksom som gjorde at den straffbare handlingen til slutt fant sted. I tilsvarende tilfeller bør spørsmålet løses gjennom en vurdering av om provokasjonens grenser er overtrådt ut ifra hvor klart det opprinnelige tilbudet fra selger var og hvor stor grad av overbevisning politiet måtte bruke.

⁵⁴ Rt. 2007 s. 268 (avsnitt 22)

4.1.4. Alvorlighetskravet

Videre er provokasjon betinget av at mistanken omhandler en alvorlig lovovertrjedelse.⁵⁵

Handlingens alvorlighet og straffverdighet indikeres blant annet av strafferammen. Kravet til sakens alvorlighet er dermed tett knyttet til kriminalitetskravet ved at enkelte inngrep er betinget av at lovbruddet har en viss strafferamme før det er forholdsmessig å iverksette inngrepene. Dette følger av Rt. 1993 s. 473, hvor man i vurderingen av om kriminaliteten berettiger utradisjonelle etterforskningsmetoder ”bør[.]se på strafferammen”.

Strafferammen er likevel ikke avgjørende for om kriminaliteten berettiger bruk av provokasjon. Spredning av barnepornografi er høyprioritert kriminalitet⁵⁶ hvor strafferammen likevel er noe lav.⁵⁷ Videre kan kriminalitet være alvorlig hvor denne er organisert eller samfunnsskadelig, jf. Rt. 1998 s. 407 og R-2/2000 s. 5, hvor riksadvokaten fastslår at provokasjon kan benyttes hvor kriminaliteten er ”et alvorlig samfunnsønde på grunn av omfang eller karakter”.⁵⁸

Også vinningskriminalitet kan være alvorlig, beroende på en vurdering av kriminalitetens omfang, organisering og verdi.⁵⁹ ”Skrik”-tyveriet i Rt. 1998 s. 407 (s. 409) er et tilfelle av alvorlig kriminalitet som aktualiserte ekstraordinære etterforskningsmetoder. Bildet hadde ”særdeles høy både økonomisk og ideell verdi”, og strafferammen var 6 års fengsel. Videre fremstod ordinære etterforskningsmetoder som utilstrekkelige for å løse saken, jf. de prosessuelle vilkår.

Det må derfor foretas en helhetsvurdering av om lovbruddets alvorlighetsgrad aktualiserer bruk av provokasjon.

Alvorlighetskravet har sammenheng med proporsjonalitetskravet i straffeprosessen. Det må være rimelig forhold mellom målet om å iredteføre straffbare forhold , og middelet i form av

⁵⁵ jf. Rt. 1984 s. 1076 (s. 1081) og Andorsen s. 12

⁵⁶ Se punkt 5.2.1.

⁵⁷ Etter strl. §§ 310 jf. 311 er strafferammen for henholdsvis besittelse og fremstilling av barnepornografi 3 år

⁵⁸ Se også Ot.prp.nr.35 (1978-1979) s. 179 om at ”ekstraordinære etterforskningsmetoder” kun kan brukes i ”visse alvorlige saker”

⁵⁹ R-2/2000 s. 4, Rt. 1998 s. 407

etterforskningsmetoden man anvender. Provokasjon kan være inngripende, og metoden bør derfor forbeholdes alvorlige lovbrudd.

Alvorlighetsvilkåret reduserer risikoen for kriminalisering og misbruk, ettersom kravet oppstiller en skranke mot å hekte personer for simple, dagligdagse overtredelser.

Hvor langt provokasjonen lovlig kan trekkes, beror dermed på en avveining av behovet for effektiv kriminalitetsbekjempelse, sett opp mot hvor betenkelig metoden er i det aktuelle tilfellet. I dette ligger blant annet en vurdering av hvor inngripende provokasjonen er og hvor sterk kriminaliserings- og misbruksfare som gjør seg gjeldende.⁶⁰

Spørsmålet om provokasjonen er ulovlig vurderes særskilt for den enkelte gjerningsmann, jf. Rt. 1984 s. 1076 hvor Høyesterett vurderte As straffeskyld særskilt ettersom det var usikkert når han ble involvert i saken.

4.2. Prosessuelle vilkår for bruk av provokasjon

Foruten de overnevnte materielle vilkår, er lovlig provokasjon betinget av at også de prosessuelle vilkår er oppfylt.

4.2.1 Sekundært etterforskningsmiddel og forholdsmessighetskravet⁶¹

Politiprovokasjon er en utradisjonell etterforskningsmetode ettersom politiet unnlater å stanse et straffbart forhold de har kjennskap til, og i stedet påvirker det videre hendelsesforløpet for å straffeforfølge forholdet.

En rettsstat som Norge styres av prinsipper om forholdsmessighet, forutsigbarhet, forutberegnelighet og rettssikkerhet. Politiets provokasjonsadgang bør derfor begrenses til tilfeller hvor metoden synes tvingende nødvendig og det er forholdsmessighet mellom mål og middel, jf. over. Dette innebærer at provokasjonsbruken skal opphøre når den ikke lengre er

⁶⁰ Hopsnes s. 117

⁶¹ Ettersom provokasjon skal være et sekundært etterforskningsmiddel, hadde det vært av betydning for oppgaven å få innsyn i hvor hyppig metoden brukes. Jeg har kontaktet Vest Politidistrikt og Kripos uten å få tilgang til informasjon, og det synes å være mye hemmelighold rundt metoden

påkrevd. I dette ligger også et subsidiaritetskrav, ved at provokasjon kun skal benyttes hvor ordinære og tradisjonelle etterforskningsmetoder ikke kan opplyse saken på like god måte.

Dette fremgår av Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080), hvoretter metoden kun bør aksepteres ”når vanlige etterforskningsmetoder må anses utilstrekkelige”, og Rt. 2000 s. 1345 (s. 1347) hvoretter politiet må ”ha adgang til i en viss utstrekning å benytte utradisjonelle eller ekstraordinære etterforskningsmetoder i bekjempelsen av alvorlig og samfunnstruende kriminalitet[...]hvor man gjerne kommer til kort med de tradisjonelle metoder”.

Det kreves imidlertid ikke at tradisjonelle etterforskningsmetoder må være anvendt og testet før provokasjon kan iverksettes, så lenge de andre etterforskningsmetodene er vurdert og funnet utilstrekkelig. I kompliserte saker kan det allerede innledningsvis være tydelig at alminnelig etterforskning vil være nytteløs, og utradisjonelle etterforskningsmetoder kan derfor anvendes så snart dette er fastslått.

Også dette følger av Rt. 1984 s. 1076 (s. 1082) hvor Høyesterett kom til at påtalemyndigheten hadde ”forsvarlig grunnlag for å anta at andre etterforskningskritt ikke ville lede til et tilfredsstillende resultat”, og at narkotikasmuglingens omfang sannsynliggjorde at nye narkotikapartier ville ankomme Norge om man ikke fant bakmennene. Det var derfor ikke et krav at andre metoder måtte være utprøvd før provokasjon ble iverksatt.

Videre vil et vilkår om faktisk utprøving av alternative etterforskningsmetoder være lite prosessøkonomisk sett opp mot politiets allerede pressede ressurser. Dessuten kan politiet risikere at et tenkt narkotikaparti som følge av utprøvingen selges fritt, slik at spredningsfaren og andre samfunnsskadelige konsekvenser av kriminaliteten aktualiser seg.

Det må derfor foretas en forholdsmessighetsvurdering som ligner på vurderingen etter politiloven § 6, hvoretter politiet kan ”ta i bruk sterkere midler” hvor ”svakere midler må antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige”.

Kravet til provokasjonens forholdsmessighet er imidlertid strengere enn den generelle bestemmelsen i for politiets virksomhet i politiloven § 6. Etter R-2/2000 s. 4 varierer forholdsmessigheten etter hvilket ”samfunnsområde den aktuelle kriminalitet representerer”, jf. også Rt. 1993 s. 473 hvor Høyesterett kom til at et eventuelt brudd på samferdselsloven ikke var så alvorlig at provokasjon var berettiget.

Det strenge forholdsmessighetskravet må ses i sammenheng med misbruksfaren og hensynet til rettssikkerhet, og har en side til personvernens hensynet ved at inngrep i privatlivet kun skal foretas hvor dette er nødvendig.

4.2.2. Forenelig med prosessuelle grunnprinsipper og regler

I Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080) fastslår Høyesterett at skrankene for provokasjon beror på ”alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie”, og at prinsippene er noe påtalemyndigheten må ”legge til grunn for sin etterforskningsvirksomhet”.

Et annet vilkår for lovlig provokasjon er derfor at provokasjonen er i samsvar med prosessuelle grunnprinsipper og regler.

Hensynet til forsvarlighet kommer her inn med stor styrke. Hensynet til effektivitet må veies opp mot hensynet til å bruke tilstrekkelig tid og ressurser på saksen til å sikre en forsvarlig, tillitvekkende og rettssikker saksbehandling. På denne måten kan påtalemyndigheten danne grunnlaget for at retten kan fatte materielt riktige dommer. Hensynet til forsvarlighet er dermed grunnleggende viktig, og grove forsvarlighetsfeil er en ulovfestet frifinnelsesgrunn.⁶²

Videre må politiet forholde seg objektivt, uavhengig og upartisk på ethvert trinn av prosessen, jf. blant annet straffeprosessloven §§ 226(3) og 55(4) og Grunnloven § 95.

Ved anvendelse av provokasjon plikter politiet også å respektere øvrige straffeprosessuelle grunnprinsipper som uskyldpresumsjonen, retten til kontradiksjon og vernet mot selvinkriminering.⁶³

⁶² jf. Rt. 1998 s. 407 og Rt. 2000 s. 1223, se punkt 6.3.1.

⁶³ Se bl.a. Rt. 1999 s. 1269

4.2.3. Beslutningskompetanse og nødvendig kontroll

Videre må provokasjonen være underlagt tilstrekkelig planlegging, kontroll og notoritet.⁶⁴

Beslutning om bruk av provokasjon skal for det første fattes på kompetent nivå.

Forespørsel om provokasjon rettes som hovedregel fra politimester eller visepolitimester til statsadvokaten, som deretter beslutter om provokasjonen kan iverksettes.⁶⁵ Statsadvokaten har dermed oversikt over hvilke provokasjonsaksjoner som pågår til enhver tid, og denne kommandolinjen kan fremme forsvarlige avgjørelser og kontroll med at provokasjon som metode ikke misbrukes.⁶⁶ Om beslutningskompetansen hadde blitt lagt på lavere nivå, hos politijurister eller politimestre, kunne metodebruken blitt mer tilfeldig og skapt mindre forutberegnelighet og rettssikkerhet for borgerne.⁶⁷

I tillegg styrkes kontrollen av provokasjonsbruken ved at det allerede ved forespørsel om igangsetting skal foreligge plan for utførelsen.⁶⁸ Dette gjør at påtalemyndigheten kan kontrollere utviklingen i saken og dokumentere provokasjonsbruken for å unngå tilfeller som Rt. 1998 s. 407 (s. 412), hvor provokasjonen var ulovlig pga. dårlig kontroll, manglende dokumentasjon og manglende plan for provokasjonen.

Provokasjonen må videre foregå på en skånsom og sikker måte. Dette innebærer at verken provokatøren, den provokasjonen rettes mot, eller andre involverte må utsettes for risiko. Videre må også sikkerheten ellers ivaretas under provokasjonsanvendelsen.⁶⁹ Det må for eksempel utvises forsiktighet med bruk av sivile provokatører, spesielt dersom de tilhører et miljø hvor tysting innebærer stor risiko. Dette oppstilles også som vilkår i Teixeira-dommen (avsnitt 38) hvoretter ”the use of undercover agents must be restricted and safeguards put in place”.

Virkningene av ulovlig tiltaleprovokasjon følger av punkt 6 flg.

⁶⁴ NOU 2016:24 s. 345

⁶⁵ R-2/2000 s. 5

⁶⁶ Se likevel punkt 7.4.5.1. om å legge beslutningskompetansen til retten

⁶⁷ Se imidlertid punkt 6.3. om brudd på vilkåret

⁶⁸ R-2/2000 s. 6

⁶⁹ R-2/2000 s. 6, Gröning, Husabø, Jacobsen s. 549

5. Typetilfeller hvor bruk av provokasjon aktualiserer seg

5.1. Mer avansert og alvorlig grenseoverskridende organisert kriminalitet?

Endringer i kriminalitetsbildet begrunner ofte endringer i straffeprosessloven og økt bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder – herunder provokasjon.

I Norge har det skjedd en økning i avansert og alvorlig kriminalitet, samtidig som at grenseoverskridende kriminalitet og bruk av teknologi blir mer vanlig.⁷⁰ Den alvorlige kriminaliteten består ofte av nettverk med store ressurser som raskt tilpasser seg samfunnsendringer, ny lovgivning og mottiltak fra myndighetene.⁷¹ Dette gjør sakene vanskelige å etterforske, og provokasjon kan være et egnet etterforskningsmiddel f.eks. for å sikre bevis før gjerningsmannen rømmer landet og alternativet blir utlevering og andre kostnadskrevenne og tidkrevende tiltak.⁷²

Straffeprosessutvalget mente likevel at mandatets påstand om ”økt profesjonalisering, organisering og internasjonalisering” som resulterer i ”stadig mer komplekse saker med en stadig mer omfattende bevisførsel”⁷³ må undersøkes nærmere. Gert Johan Kjelby og Lisbeth Fullu Skyberg ble derfor spurt om å vurdere premissets holdbarhet.⁷⁴

Mediedekningen av store, alvorlige straffesaker danner inntrykk av at kompliserte saker dominerer rettsapparatet. Likevel genererer store saker ofte klikk og inntekter for mediene, og mediedekningen kan derfor tegne et unyansert bilde. Videre gjøres de aller fleste straffbare forhold fremdeles opp som forelegg.

I kriminalitetsstatistikken er det vanskelig å dokumentere utviklingen i organisert kriminalitet. For eksempel kan kriminaliteten være organisert selv om gjerningspersonen ikke tiltales etter dagens straffelov § 79c.

⁷⁰ NOU 2013:9 s. 67, R-1/2017 s. 9

⁷¹ NOU 2013:9 s. 72

⁷² Også Ot.prp.nr.62 (2002-2003) s. 52 fremhever at utradisjonelle etterforskningsmetoder kan være ”hensiktsmessig[.]mot organisert kriminalitet”.

⁷³ NOU 2016:24 s. 738

⁷⁴ Se NOU 2016:24 s. 716 flg.

Etter NOU 2016:24 s. 727 omfatter ”store og omfangsrrike straffesaker” saker med ”mer enn 10 rettsdager”. Kjelby og Skybergs undersøkelser viste at slike saker kun utgjør 0.4% av tingrettssakene og 1.7% av alle lagmannsrettssaker. Videre var gjennomsnittlig tidsbruk for de komplekse og alvorlige sakene i tingrettene ca. 109 rettstimer⁷⁵, og i lagmannsrettene ca. 111 rettstimer⁷⁶. Dette taler for at kriminalitetsutviklingen ikke er i like stor endring som antatt.

Videre ligger antall ”store og omfangsrrike” straffesaker stabilt på ca. 30-38 saker i året, jf. NOU 2016:24 s. 732. Dette tilsier at rettssystemet ikke behandler saker om organisert eller alvorlig kriminalitet oftere enn før. Dernest viste undersøkelsene at kun et svært begrenset antall saker kan karakteriseres ”komplekse med[.]omfattende bevisførsel”.⁷⁷ Arbeidsgruppens funn kontraherer følgelig noe med mandatets premisser om kriminalitetsendringen.

Likevel vil behandlingstiden i domstolene ikke nødvendigvis speile etterforskningstiden og de etterforskningsmetoder det aktuelle lovbruddet aktualiserer. Provokasjon kan være foretrukket etterforskningsmetode i saker hvor alminnelig etterforskning ikke er egnet til å skaffe bevis for hvem som er involvert i lovbruddet, for eksempel fordi kriminaliteten skjules gjennom krypterte nettverk. Grundig og langvarig etterforskning, eksempelvis gjennom provokasjon, kan dermed danne solide beviser for bruk i retten, noe som gjør at saken kan behandles raskere i domstolene. Hvor mange rettstimer som brukes for å behandles saken i retten, er derfor ikke eneste indikator på hvorvidt kriminalitetsutviklingen er i endring.

Samtidig slår NOU 2016:24 s. 120-125 fast at utviklingstrekk ved kriminaliteten viser økt grenseoverskridende kriminalitet. Utviklingen understrekes av at riksadvokaten nå spesielt fokuserer på at organisert og alvorlig kriminalitet må møtes med adekvate kriminalitetsbekjempende midler.⁷⁸ Endringene i straffeprosessloven, lov 17. juni 2016 nr. 54, utvider politiets adgang til å bruke utradisjonelle etterforskningsmetoder ved alvorlige lovbrudd som øker i omfang, herunder menneskehandel og overgrep mot barn.

⁷⁵ Gjennomsnittet av 125 rettstimer i 2005, 108 i 2009 og 95 rettstimer i 2010 er 109.333 rettstimer

⁷⁶ Gjennomsnittet av hhv. 122, 108 og 104 rettstimer fordelt over samme år

⁷⁷ NOU 2016:24 s. 738

⁷⁸ R-1/2017 s. 2

Det kan derfor legges til grunn at bruken av provokasjon som etterforskningsmetode kan bli stadig mer aktuell som følge av den kriminalitetsutviklingen som allerede har skjedd og som kan forventes i fremtiden.

5.2. Utvalgte kriminalitetstyper hvor provokasjon aktualiserer seg, med utgangspunkt i R-1/2017

Riksadvokatens prioriteringsrundskriv R-1/2017 fastslår hvilke kriminalitetstyper politiet skal prioritere, blant annet på bakgrunn av kriminalitetens alvorlighetsgrad. For en rekke av disse kriminalitetstypene er provokasjon en egnet etterforskningsmetode.

Etter R-1/2017 s. 7 skal blant annet misbruk og overgrep mot barn på nettet og alvorlig internasjonal og organisert kriminalitet som menneskehandel, alvorlige narkotikaforbrytelser og alvorlig økonomisk kriminalitet spesielt prioriteres.

Felles for tilfellene hvor provokasjon er et egnet etterforskningsmiddel, er at det ofte er tale om offerløs kriminalitet hvor det er mangel på anmeldelser. Følgelig må politiet etterforske forholdene og ta ut tiltale ex officio.

Barn som utsettes for overgrep kan ofte ikke rapportere dette, f.eks. på grunn av lav alder, manglende kunnskap om at overgrepene blir filmet m.v. Også menneskehandel er en kriminalitetstype med mangel på anmeldelser, gjerne fordi ofrene er redde for å sendes tilbake til hjemlandet. I narkotikasaker vil ”offeret” ofte være kjøperen av narkotika, og anmeldelse vil sjelden foreligge ettersom erverv av narkotika er straffbart etter straffeloven § 231(1). Narkotikamiljøet er også preget av streng indrejustis, hvor medlemmer av miljøet i liten grad gir opplysninger til politiet.

Dermed vil antall etterforskede og oppklarte straffesaker som omhandler organisert og alvorlig kriminalitet ofte indikere politiets innsats mot disse kriminalitetstypene, heller enn i hvor stor grad slik kriminalitet faktisk forekommer.⁷⁹

⁷⁹ R-1/2017 s. 9

Et annet kjennetegn ved grenseoverskridende kriminalitet er at det er vanskelig å iredteføre bakmennene. Antall personer som deler overgrepsmateriale av barn er betydelig⁸⁰, og krypterte nettverk og stadig mer avanserte bildedelingsmetoder gjør det vanskelig å etterforske sakene. Omfanget er stort og voksende, og oppdagelsesrisikoen tilsvarende lav.⁸¹ Politiets innsats mot alvorlig IKT-kriminalitet skal intensiveres⁸², og provokasjon vil her være et velegnet etterforskningsmiddel.

Også ved narkotikakriminalitet er det vanskelig å finne bakmennene og klarlegge tilførselslinjene. Ved pågrepelse av kurerer og langere kan politiet ha god nytte av å igangsette et provokasjonsopplegg sammen med disse for å felle bakmenn og andre i sentrale posisjoner, heller enn å bare fengsle langerne.

Provokasjon kan til sist være en velegnet metode hvor det er tale om samfunnsskadelig kriminalitet, og prioritering av narkotikakriminalitet følger av sakenes ”samfunnsfarlige karakter”, jf. Rt. 1984 s. 1076. Narkotikakriminalitet får store ringvirkninger i samfunnet, blant annet gjennom spredning av stoffene og skadepotensialet dette medfører, samt kriminalitet knyttet til inndriving av gjeld. Det er derfor ønskelig å oppklare kompliserte narkotikasaker, hvor det gjerne er snakk om store kvantum, så effektivt som mulig slik at skadevirkningene dempes.

6. Rettsvirkningen av ulovlig tiltaleprovokasjon

Hvor tiltaleprovokasjonen er ulovlig, oppstår spørsmålet om hvilken virkning dette får for gjerningspersonen. Avhandlingen avgrenses her mot eventuelt straffansvar for provokatøren.

Det alminnelige beviskravet i straffeprosessen, hvor all rimelig og forstandig tvil skal komme tiltalte til gode, gjelder også for spørsmålet om frifinnelse ved ulovlig tiltaleprovokasjon⁸³, og påtalemyndigheten har bevisbyrden.⁸⁴ Ved spørsmål om frifinnelse er det dermed

⁸⁰ R-1/2017 s. 7

⁸¹ NOU 2013:9 s. 71

⁸² R-1/2017 s. 10

⁸³ Rt. 2008 s. 1659 (avsnitt 17-18)

⁸⁴ Rt. 2000 s. 1223 (s. 1226)

påtalemyndigheten som må bevise utover enhver rimelig tvil at det foreligger lovlig provokasjon.

Ulike hensyn gjør seg gjeldende ved overtredelse av henholdsvis grunnvilkåret og de øvrige materielle vilkår og ved overtredelse av de prosessuelle vilkårene. Virkningen av overtredelse av de ulike vilkår vurderes derfor for seg.

6.1. Virkningen av brudd på grunnvilkåret

Dagens straffeprosesslov regulerer ikke virkningen av ulovlig tiltaleprovokasjon, og rettsvirkningen må derfor søkes i andre rettskilder.

Dersom ulovlig tiltaleprovokasjon foreligger skal påtalemyndigheten selv påse at tiltale ikke reises.⁸⁵ Hvis tiltale likevel reises er dette imidlertid ikke en feil ved tiltalebeslutningen som leder til avvisning etter straffeprosessloven § 252. Saken må derfor prøves på vanlig vis, og tiltalte må frifinnes.

Utviklingen i rettspraksis har gått fra at man ved ulovlig tiltaleprovokasjon skal foreta en konkret vurdering av om saken skal ende med frifinnelse, til dagens absolutte regel om frifinnelse.⁸⁶ Dette kommer tydelig frem gjennom utviklingen fra Rt. 1997 s. 1659 (s. 1660) hvor Høyesterett uttaler at brudd på grunnvilkåret ”etter en konkret vurdering[...]gi grunnlag for frifinnelse”, til senere dommer, herunder Rt. 1998 s. 407 (s. 410) hvor Høyesterett konkluderer med at tiltalte ved ulovlig tiltaleprovokasjon ”etter rettspraksis frifinnes”.⁸⁷

Videre har det skjedd en utvidelse i av hva som danner grunnlaget for frifinnelse ved provokasjon, jf. blant annet Rt. 1998 s. 407 hvor Høyesterett i et obiter dictum kom til at gjerningspersonen måtte frifinnes på grunn av uforsvarlig saksbehandling.⁸⁸

⁸⁵ jf. Rt. 1992 s. 1088 og Rt. 1998 s. 407 hvor tiltale likevel ble reist, og tiltalte derfor måtte frifinnes

⁸⁶ Hopsnes s. 116

⁸⁷ Se også Rt. 2000 s. 1223 (s. 1227) og Rt. 2000 s. 1482 (s. 1483) og enstemmige Rt. 2008 s. 1659

⁸⁸ Se punkt 6.3.1.

6.2. Fremprovosering av et mer alvorlig straffalternativ

I enkelte tilfeller vil politiprovokasjonen gjøre at et mer alvorlig straffbart forhold begås. I disse tilfellene blir ikke utfallet automatisk frifinnelse, ettersom gjerningsmannen allerede hadde en indre motivasjon og ikke var psykisk påvirket til å begå grunnhandlingen.

Likevel kan det ikke tillates at politiet fremprovoserer mer alvorlige handlinger hos gjerningsmannen, tross at det ikke foreligger en sterk kriminaliseringsfare, blant annet på grunn av misbrukshensynet.

I Rt. 1984 s. 1076 (s. 1084) behandlet Høyesterett spørsmålet om politiets inntreden hadde medført at gjerningsmannen begikk et mer alvorlig lovbrudd.

Amfetaminkvantumet i saken ble ”etter forslag fra C's forlovede” økt fra 1kg til kg.

Lagmannsretten kom til at politiets aksept av tilbudet var avgjørende for økningen, og at økningen derfor ikke kunne få betydning for gjerningsmannens straffutmåling.

Høyesterett kom derimot til at det var rimelig at politiet aksepterte økningen i kvantum og at politiet heller ikke initierte denne økningen. Konklusjonen ble derfor at gjerningsmannens forsett dekket det økte partiet, og at politiets aksept derfor ikke reduserte gjerningsmannens straffeskyld.

I lignende tilfeller må det derfor blant annet vurderes hvem som tok initiativ til lovbruddets mer alvorlige karakter og i hvor stor grad politiet ellers forårsaket endringen.

Hvor det foreligger årsakssammenheng mellom politiets inntreden og at det begås et mer alvorlig straffbart forhold eller straffalternativ, kan en løsning være å se bort fra den delen av handlingen som er fremprovosert, og kun dømme for de handlinger gjerningsmannen forsett dekker, jf. innledningsvis i dette punktet.⁸⁹

⁸⁹ jf. også Hopsnes s. 118

6.3. Frifinnelse ved brudd på prosessuelle vilkår?

Høyesterett har ved en rekke anledninger vurdert virkningen av at prosessuelle vilkår for provokasjon er brutt. Beviskravet for prosessuelle saksbehandlingsfeil er alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁹⁰

6.3.1. Uforsvarlig saksbehandling

I Rt. 1998 s. 407 (s. 412) kom Høyesterett i et obiter dictum til at tiltalte foruten å bli frifunnet på grunn av brudd på grunnvilkåret, uansett måtte frifinnes på ulovfestet grunnlag fordi det prosessuelle forsvarlighetskravet ikke var oppfylt. Etterforskningen var preget av svakheter ved at det manglet plan for provokasjonen, i tillegg til at aksjonen manglet tilstrekkelig notoritet. Videre gjorde gjennomføringsmåten at A muligens ble ”styrket i sitt forsett på en slik måte at han overskred grensen for straffrie forberedelseshandlinger og også for muligheten for tilbaketreden fra forsøk”.

Også i Rt. 2000 s. 1223 (s. 1231) kom Høyesterett til at etterforskningen ikke kunne tjene som grunnlag for domfellelse på grunn av grove feil. I saken var provokatøren en kvinne fra narkotikamiljøet som hadde fått i oppgave å kjøpe 500g heroin. Høyesterett fastslo at hun var uskikket for provokatørrollen i en politiaksjon ”der det ikke allerede før aksjonen startet var klarlagt[.]at selgeren hadde anskaffet heroinet”. Videre var det heller ikke utarbeidet en tilfredsstillende plan for provokasjonen, og notoriteten knyttet til gjennomføringen var også dårlig.

Etter rettspraksis kan dermed brudd på forsvarlighetskravet føre til frifinnelse av objektet for provokasjonen.

6.3.2. Manglende kompetanse

Virkningen av manglende samtykke til å igangsette provokativ etterforskning ble vurdert i Rt. 2000 s. 1482 (s. 1486). Høyesterett kom til at manglende samtykke fra kompetent påtalemyndighet ikke gjorde ”politiets handlemåte[.]ulovlig.” En slik prosessuell kompetansefeil fører dermed ikke til frifinnelse isolert sett.

⁹⁰ jf. Rt. 2011 s. 1455 (avsnitt 39). Sml. beviskravet for brudd på grunnvilkåret i punkt 6.

Høyesterett konkluderte tilsvarende i Rt. 2007 s. 268 (avsnitt 20). I dommen uttalte retten at rundskrivet måtte forstås som at statsadvokatens samtykke kun må foreligge hvor dette praktisk sett kan innhentes innenfor den tidsramme som er til rådighet, og videre at ”under ingen omstendighet kan brudd på denne interne instruks føre til frifinnelse når den benyttede metode må anses forsvarlig”.

Følgelig ser man også her at det er manglende forsvarlighet som er den klare, ulovfestede frifinnelsesgrunnen.

Det foreligger likevel en viss misbruksfare i tilfeller hvor politiet aktivt velger å ikke innhente samtykke til provokasjon. Videre kan manglende samtykke skape dårlig notoritet og kontroll rundt aksjonen, samtidig som at provokasjonsbruken kan bli noe vilkårlig. Hvor samtykke bevisst er utelatt, kan prevensjonshensyn derfor tilsi at manglende personell kompetanse ilegges relativt stor vekt ved frifinnelsesvurderingen for å understreke at bevisst unngåelse av reglene bør unngås.

6.3.3. Manglende kontroll

I Rt. 2000 s. 1482 (s. 1487) var også virkningene av manglende kontroll et tema. Retten påpekte at kravene til dokumentasjon og kontroll ved provokativ etterforskning springer ut av hensynet til etterforskningsresultatenes pålitelighet, og at dette ikke var omtvistet i saken. Den etablerte kontrollordningen var derfor forsvarlig. Høyesterett konkluderte også med at eventuell manglende kontroll over om narkotikapartiet kunne komme på avveie ikke var en prosessuell feil av betydning i saken.

Heller ikke brudd på det prosessuelle vilkåret om kontroll fører dermed automatisk til frifinnelse, ved mindre den manglende kontrollen utgjør et brudd på forsvarlighetskravet, jf. Rt. 1984 s. 407 og Rt. 2000 s. 1223.

6.3.4. Brudd på forholdsmessighetskravet

I Rt. 1993 s. 473 kom Høyesterett til at det eventuelle lovbruddet i saken ikke var alvorlig nok til at terskelen for å anvende provokasjon var oppfylt, og at provokasjonen stred med forholdsmessighetsprinsippet og alvorlighetskravet. Saken endte imidlertid ikke med frifinnelse på dette grunnlag, men fordi forholdet ikke falt innunder bestemmelsen det var tatt ut tiltale for.

I tilfeller hvor provokasjon iverksettes og det ikke er tale om en alvorlig lovovertrødelse, kan det argumenteres for at gjerningsmannen bør frifinnes på grunn av misbruksfaren og fordi provokasjon skal være et sekundært etterforskningsmiddel. Likevel må vurderingen foretas på bakgrunn av hvilket lovbrudd det er tale om, lovbruddets alvorlighetsgrad, i hvor stor grad provokasjonen krenker mistenktes rettigheter og en helhetsvurdering av om provokasjonen går utenfor de grenser som følger av rettspraksis, jf. punkt 4.

Spørsmålet er ikke avklart, og vil ikke drøftes videre her.

Etter dette taler gode grunner for at prosessuelle feil bare får betydning hvor de medfører bevisproblemer eller på andre måter strider med forsvarlighetshensynet⁹¹, ettersom prosessuelle vilkår ofte ikke har hatt betydning for gjerningsmannens forsett og motivasjon.

Rettspraksis viser at prosessuelle feil som hefter ved provokasjonen etter en konkret vurdering medfører frifinnelse for gjerningsmannen dersom feilene har gjort saksbehandlingen og rettergangen uforsvarlig, for eksempel på grunn av manglende rettssikkerhet og notoritet. Dermed er det bare brudd på grunnvilkåret og prosessuelle feil som strider med det grunnleggende forsvarlighetskravet som medfører frifinnelse.

⁹¹ Hopsnes s. 119

6.4. Det legislative grunnlaget for frifinnelse ved ulovlig tiltaleprovokasjon

6.4.1. Har frifinnelse gode grunner for seg?

Begrunnelsen for hvorfor straffbare handlinger som oppfyller de fire straffbarhetsvilkårene likevel ender med frifinnelse, har lenge vært gjenstand for debatt.

Blant argumentene som har blitt ført mot frifinnelse er at gjerningsmannens forsett dekker handlingen, og at han ”har det i seg” å begå lovbruddet. Det straffbare forholdet har funnet sted – om enn foranlediget av psykisk påvirkning fra politiet. Det kan derfor argumenteres for at gjerningsmannen handler like urettmessig uavhengig av om politiet har vært involvert i handlingsrekkefølgen eller ei; Tross villfarelsen om at han solgte narkotika til politiet, og villfarelsen om handlingens manglende skadevirkning, er narkotikasalg rettsstridig uavhengig av hvem kjøperen viser seg å være.⁹²

At argumentet kan ha gode grunner for seg følger av Rt. 1998 s. 407. Personen som satt med ”Skrik” hadde hele tiden som hensikt å tjene penger på maleriet gjennom heleri. Saken endte imidlertid med frifinnelse ettersom politiet skapte anledningen som muliggjorde heleriet – tross at det var heleren som tok initiativet til den straffbare handlingen, jf. punkt 4.1.3.2. I slike tilfeller kan lempet straffeutmåling samsvare mer med utvist skyld heller enn å frifinne gjerningsmannen.⁹³

Det er uomtvistet at den straffbare handlingen, f.eks. narkotikasalg, verken rettferdiggjøres eller unnskyldes gjennom frifinnelsen. Dermed er det andre hensyn som begrunner frifinnelsen.

Politiets oppgaver er å avdekke, forebygge og forhindre kriminalitet, samt å forfølge og iredteføre allerede begått kriminalitet jf. politiloven § 1 jf. § 2 nr. 2 og nr. 3.

I provokasjonstilfeller skjer politiets inngripen før det straffbare forhold er begått, og dermed på et tidspunkt hvor personen mistenkte kan velge å ikke gjennomføre handlingen.

⁹² Se Andorsen s. 23 med henvisning til Rt. 2000 s. 1223 hvor prosessuelle feil medførte frifinnelse. Andorsen finner det vanskelig å forstå ”hvorfor gjerningspersonen skal frifinnes når han på eget initiativ selger narkotika[..]”.

⁹³ Nærmere om spørsmålet under 7.4.2.

Provokasjon kan dermed være kriminalitetsskapende og i strid mot politiets oppgaver, jf. misbrukshensynet.

Bildet må likevel nyanseres noe. Hvor politiet fremprovoserer en narkotikalevering for å danne grunnlag for tiltale mot bakmennene, kan det vanskelig argumenteres for at dette strider mot formålsparagrafen i politiloven § 2 nr. 3 om å ”avdekke og stanse kriminell virksomhet”. Ved tilfeller av alvorlig og komplisert kriminalitet er provokativ etterforskning egnet til å oppnå og fremme politiets formål⁹⁴, og kriminaliseringshensynet kommer derfor ikke inn med like stor styrke i disse tilfellene.

Videre kan det argumenteres for at gjerningsmannen på grunn av politiets påvirkning gjennom ulovlig provokasjon ikke har utvist samme straffeskyld og at provokasjonen fratrar handlingen noe av dens rettsstridige karakter.⁹⁵ Dette har sammenheng med at gjerningsmannen vanligvis må ha anledning og motiv for å begå lovbrudd, og at det hefter mindre straffeskyld ved gjerningspersonen når det er politiet som skaper anledningen til å begå lovbruddet, tross at handlingen fremdeles er rettsstridig – slik at dette er med på å danne grunnlaget for å frifinne ved tiltaleprovokasjon.⁹⁶

Frifinnelse kan dermed delvis begrunnes med at man i mindre grad kan hefte skyld og klander ved en person som har blitt lurt, forledet eller lokket gjennom psykisk påvirkning til å begå en straffbar handling, heller enn en som har planlagt og gjennomført den straffbare handling på eget initiativ og har utvist større grad av forbrytersk vilje, se f.eks. Rt. 1984 s. 1076. Nettopp derfor er det viktig å klarlegge hvem som har tatt initiativ til den straffbare handlingen.

I tilfeller hvor politiet lurer eller forleder gjerningsmannen i en felle, for deretter å reise tiltale mot ham, kan det også skje maktmisbruk fra politiets side. At slik provokasjon ender med frifinnelse utgjør en skranke for politiets maktbruk. Regelen om frifinnelse kan også virke forebyggende ved at politiet blir bevisst på at saken kan falle sammen dersom provokasjonen trekkes for langt. Frifinnelse blir dermed en reaksjon mot politiets ulovlige provokasjon, for å disiplinere politiet til å ikke velge snarveier for å effektivisere etterforskningen.⁹⁷

⁹⁴ Se punkt 5.2.

⁹⁵ Se R-2/2000 s. 4

⁹⁶ Andorsen s. 23

⁹⁷ Se punkt 3.1.1.

Misbrukshensynet vektlegges av Høyesterett i Rt. 1992 s. 1088 (s. 1091), hvor frifinnelse ved brudd på grunnvilkåret begrunnes med at domfellelse er ”støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet[.]”, og at ønsket om å ”motvirke uakseptable etterforskningsmetoder vil være et viktig hensyn” som taler for frifinnelse hvor ulovlig provokasjon foreligger.

At resultatet av ulovlig tiltaleprovokasjon blir frifinnelse, begrunnes dermed også med at det er politiet, som representant for staten, som fremprovoserer handlingen.

Dette kommer tydelig frem gjennom en sammenligning med rettspraksis som omhandler privatprovokasjon.

Rt. 2011 s. 1455 omhandlet grooming, og spørsmålet var om morens privatprovokasjon gjennom aktivitet i samtalen påvirket mannen til å foreta handlinger som ikke ellers ville blitt begått. Høyesterett viste til EMD-praksis hvoretter privatprovokasjon kan stride med retten til ”fair[.]hearing”⁹⁸, men oppstilte en høy terskel for når privatprovokasjon medfører brudd på grunnvilkåret fordi privatprovokasjon aktualiserer andre hensyn enn ved politiprovokasjon. Også i Rt. 1994 s. 319 (s. 321) kom Høyesterett til at ”hvor kontrollen ble organisert av drosjenæringen selv, er hensynene[.]andre enn når det er politiet som forestår denne”.

Årsaken til at terskelen for ulovlig provokasjon er høyere for privatprovokasjon og lavere ved politiprovokasjon, er blant annet at privatpersoner er ikke i samme maktposisjon som politiet. Private har derfor ikke samme forutsetninger for å fremkalle kriminalitet, og privatprovokasjon har derfor mindre betydning for handlingens rettsstridighet eller klanderverdighet. Den allmenne rettsfølelsen krenkes dermed ikke på samme måte hvor det er private som har fremkalt en straffbar handling, i motsetning til hvor det er politiet som har fremkalt handlingen.

Det er derfor i stor grad kriminaliseringshensynet og misbrukshensynet som gjør at politiets ulovlige provokasjon medfører frifinnelse.

⁹⁸ *Shannon mot Storbritannia*, 6563/03

6.4.2. Allmenn rettsfølelse og hensynet til fornærmede og pårørende

Likevel mener mange at lovbrutere som ”har det i seg” å begå kriminalitet bør straffes for lovbruddene. Den allmenne rettsfølelsen kan derfor krenkes gjennom frifinnelse ved ulovlig tiltaleprovokasjon. To kolliderende hensyn gjør seg dermed gjeldende; Selv om allmenn rettsfølelse taler mot at politiet fremprovoserer straffbare handlinger og skaper kriminalitet, kan rettsfølelsen samtidig krenkes hvor straffbare handlinger ender med frifinnelse.

Spesielt kan det for fornærmede og pårørende synes urimelig at ulovlig tiltaleprovokasjon medfører frifinnelse. For eksempel kan pårørende som har mistet barn til narkotika stille spørsmål ved hvordan langere kan gå fri ved ulovlig tiltaleprovokasjon, når provokasjonsbruken i seg selv begrunnes med behovet for utradisjonelle etterforskningsmetoder for å infiltrere miljøet.⁹⁹ Nettopp slike situasjoner gjør det nødvendig med klare retningslinjer som angir grensene for lovlig provokasjon, slik at lovbrutere som burde vært straffet ikke går fri på grunn av ulovlig provokasjon som kunne vært unngått.

Hopsnes s. 117 argumenterer for at hensynet til fornærmede ikke er avgjørende for spørsmålet om frifinnelse, ettersom fokuset i strafferetten ”ikke ligger på fornærmede, men statens behov for regulering”. Argumentet synes noe snevert og lite treffende, ettersom et hovedhensyn ved irettføring av lovbrudd er å gi fornærmede og pårørende oppreisning for lidt tap. Videre kan ulovlig tiltaleprovokasjon med frifinnelse som konsekvens svekke tillitten til politiet, noe som bør unngås i en rettsstat.

6.4.3. Straffereduksjon som følge av provokasjon?

Argumentene som taler mot frifinnelse gjør det nødvendig å vurdere om ulovlig tiltaleprovokasjon bør få et annet utfall.

I Danmark resulterer ulovlig tiltaleprovokasjon bare i frifinnelse dersom særlige omstendigheter foreligger. Foruten disse tilfellene medfører provokasjonen straffereduksjon, jf. den danske høyesterettsdommen UfR-2002-340-H (s. 348).

Straffereduksjon kan være et egnet utfall av ulovlig tiltaleprovokasjon. Løsningen tar hensyn til borgernes allmenne rettsfølelse ved at den skyldige straffes for lovovertrædelsen, samtidig

⁹⁹ jf. punkt 5.2.

som virkningen understreker at det ikke tillates at politiprovokasjon resulterer i en straffbar handling som ikke ellers hadde blitt begått.¹⁰⁰

Likevel kan straffereduksjon ved ulovlig provokasjon være et noe diskutabelt utfall ettersom hensynene som ligger til grunn for dagens regel om frifinnelse blant annet skal forhindre misbruk av metoden.¹⁰¹ Straffereduksjon kan dermed gi utilstrekkelig preventiv effekt mot misbruk av metoden, noe som taler for at kun frifinnelse tilfredsstillende samfunnets interesse i å unngå at politiet skaper kriminalitet.¹⁰²

6.4.4. Sammenfatning

Etter drøftelsen ovenfor har frifinnelse svært gode grunner for seg, ettersom misbrukshensynet og hensynet til at politiet ikke skal skape kriminalitet taler sterkt i retning av at ulovlig provokasjon må føre til frifinnelse. Argumentene som taler mot frifinnelse vil kunne svekkes gjennom lovregulering¹⁰³, ettersom vilkårene for lovlig provokasjon dermed kommer tydeligere frem. Dermed det blir det enklere for både fornærmede og andre å forstå hvorfor virkningen av ulovlig provokasjon blir frifinnelse.

¹⁰⁰ Se punkt 6.4.2.

¹⁰¹ Se punkt 6.4.

¹⁰² Hopsnes s. 117

¹⁰³ Se punkt 7

7. Bør reglene om provokasjon lovfestes?

7.1. Innledning og historikk

Lovfesting av provokasjon som etterforskningsmetode har blitt vurdert en rekke ganger, blant annet i forarbeidene til dagens straffeprosesslov 1981. Justisdepartementet kom den gang til at metoden ikke burde lovfestes.¹⁰⁴

Spørsmålet kom igjen opp i Ot.prp.nr 64 (1998-1999) s. 123, men konklusjonen ble også da at lovfesting ikke var nødvendig fordi rettspraksis utpensler vilkårene på en god nok måte til at borgernes rettssikkerhet ivaretas.

I 2004 ble lovfesting på nytt foreslått gjennom to konkrete lovforslag.¹⁰⁵ Justisdepartementet konkluderte imidlertid med at det måtte gjennomføres grundigere utredningsarbeid før lovfesting kunne skje.¹⁰⁶

En av begrunnelsene for manglende lovfesting av provokasjon har vært frykt for å blottlegge politiets metoder. Det har blant annet blitt argumentert for at tilgjengeligheten i en lovbestemmelse kan hindre diskret etterforskning, noe som kan påvirke kriminalitetsbekjempelsen i negativ retning.¹⁰⁷ Argumentet har mistet mye av sin kraft ettersom provokasjonsadgangen enkelt kan formuleres uten at politiets fremgangsmåte og teknikker blir blottlagt, jf. den danske lovbestemmelsen om provokasjon.¹⁰⁸

Som tidligere fastslått, går endringene i kriminalitetsbildet i retning mer organisert og alvorlig kriminalitet som fordrer effektive etterforskningsmetoder. Det vil i det følgende drøftes om rettsutviklingen tilsier at provokasjon som etterforskningsmetode nå bør lovfestes. Først presenteres hensyn som taler for lovfesting av provokasjon, før hensyn mot lovfesting følger like etter. Dansk rett har likhetstrekk med norsk rettstradisjon, og erfaringer fra dansk lovfesting av metoden trekkes derfor inn. Videre redegjøres det for straffeprosessutvalgets

¹⁰⁴ Se punkt 1.1.

¹⁰⁵ NOU 2004:6 s. 247 jf. 279-280

¹⁰⁶ Innst. O. nr. 113 (2004-2005) s. 141

¹⁰⁷ NOU 2004:6 s. 198

¹⁰⁸ Se punkt 7.4.1.

NOU 2016:24 om å lovfeste metoden, med innspill til hvordan lovforslaget kan konkretiseres og presiseres ytterligere.

7.2. Hensyn som taler for lovfesting

Rettskildene som angir vilkårene for provokasjon er svært spredte¹⁰⁹ og metodens vilkår og grenser kan dermed være lite håndgripelig og tilgjengelig for andre enn jurister. Lovfesting av metoden kan øke borgernes rettsikkerhet og forutberegnelighet, ettersom lovfesting fremmer forståelsen av metoden og dens grenser både for advokaten og objektet for provokasjonen. Kodifisering kan også være egnet til å øke tillitten til politiet ved at det blir lettere å se at metodebruken er berettiget. Videre er det tillitsskapende at politiet må forholde seg til faste materielle og prosessuelle skranker.

Etter legalitetsprinsippet krever myndighetenes inngrep overfor den enkelte ”grunnlag i lov”, jf. Grunnloven § 113.

I Rt. 1984 s. 1076 (s. 1079) konkluderte Høyesterett med at provokativ etterforskning ikke er så inngripende at den krever hjemmel i lov, og at provokasjonstilfellene faller utenfor legalitetsprinsippet område. Provokasjon, spesielt av langvarig og inngående karakter, kan likevel representere et betydelig inngrep ovenfor objektet for provokasjonen.

Utviklingen den senere tid, hvor det tidligere ulovfestede legalitetsprinsippet nå er inntatt i Grunnloven, tilsier at prinsippet har økt betydning på alle rettsområder, og at hensynet til individet og privatlivet nyter spesielt sterkt vern.¹¹⁰ Ettersom provokasjon utøves på vegne av myndighetene gjennom politiet, taler dermed dagens forståelse av legalitetsprinsippet for lovfesting av metoden.

Å lovfeste vilkårene for bruk av provokasjon kan gjøre metoden lettere anvendelig fordi dens rettslige innhold blir klarere. Lovfesting av provokasjonsadgangen gjør også at misbrukshensynet kommer enda tydeligere frem, og advokatens indre kontroll over metoden kan øke tilsvarende. Dermed kan lovfesting redusere risikoen for både feilaktig bruk og misbruk av metoden.

¹⁰⁹ Se punkt 2.

¹¹⁰ NOU 2016:24 s. 343 poengterer at legalitetsprinsippet er en rettslig skranke og et rettspolitisk ideal

Også maktfordelingshensyn kan tale for lovfesting av dagens ulovfestede regel.

Retningslinjene for bruk av provokasjon er gitt av Høyesterett, spisset av Riksadvokaten som leder av påtalemyndigheten, og deretter videreutviklet gjennom rettspraksis uten de alminnelige lovgivningsprosessuelle garantier som følger hvor borgerne vedtar sine egne regler gjennom folkevalgte. Ved å lovfeste metoden ivaretas hensynet til maktfordeling på en bedre måte, og provokasjonen får en legitim begrunnelse og forankring som samfunnet lettere kan anerkjenne.

Også utviklingen i menneskerettighetene går i retning av å kodifisere utradisjonelle etterforskningsmetoder¹¹¹, og det kan stilles spørsmål ved om dagens rettskildesituasjon hva gjelder provokasjon samsvarer med lovskravet i EMK Art. 8(2).

Som tidligere fastslått omfatter "law[..]not only statute, but also unwritten law"¹¹². Likevel må den aktuelle "law" oppfylle visse kvalitetskrav.

Ulovfestet rett kan ikke "be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct".¹¹³ Den ulovfestede provokasjonsregelen må derfor være så klar og tilgjengelig at hensynet til borgernes forutberegnelighet ivaretas. Å lovfeste metoden kan derfor oppfylle lovskravet i EMK Art. 8(2) på bedre måte enn dagens ulovfestede vilkår.

Videre kan EMD se til rettstradisjonen i det enkelte land når det skal vurderes hvilke krav som stilles til hjemmelsgrunnlaget.¹¹⁴ Norsk rett har tradisjonelt oppstilt et strengt legalitetsprinsipp på forvaltningsrettens og strafferettens område, og statlige inngrep ovenfor borgerne krever ofte lovhjemmel. Derfor er det mulig at EMD i fremtiden vil oppstille strengere krav for i hvilke tilfeller ulovfestet rett oppfyller lovskravet på legalitetsprinsippets område. Dermed taler også lovskravet etter EMK Art. 8(2) for å lovregulere provokasjonsvilkårene.

¹¹¹ NOU 2016:24 s. 298

¹¹² *Sunday Times mot Storbritannia*, 6538/74 avsnitt 47

¹¹³ *Sunday Times mot Storbritannia*, 6538/74 avsnitt 49

¹¹⁴ NOU 2004:6 s. 175

7.3. Hensyn som taler mot lovfesting

Til tross for at gode argumenter taler for å lovfeste provokasjonsvilkårene, gikk provokasjonsbruken i Danmark ned etter lovfesting av metoden, blant annet fordi rapporteringsplikten gjorde det vanskeligere å beskytte kilder og deres informasjon.¹¹⁵ Dagens kriminalitetsutvikling tilsier at provokasjon vil bli stadig oftere anvendt, og dersom lovfesting gjør at provokasjonsbruken synker kan det bli vanskeligere å avdekke alvorlig kriminalitet. Dette kan spesielt tenkes å bli et problem i narkotikasaker, hvor kildevern er helt essensielt av sikkerhetshensyn. Potensiell nedgang i provokasjonsanvendelsen taler derfor mot lovfesting av metoden.

Enkelte av de opprinnelige vilkår for provokasjon ble imidlertid lempet ved lovendring i 2003¹¹⁶. Mistankekravet gikk fra å være ”særlig bestyrket”, som ligger tett opp til kravet for domfellelse, til ”begrundet mistanke”. Videre ble subsidiaritetskravet om at provokasjonen måtte være det eneste egnede etterforskningsskritt i saken endret til at provokasjonen må ”antages at være af afgørende betydning for etterforskningen”, jf. retsplejeloven § 754a stk. 1 nr. 2. Det er nærliggende å anta at disse lempede vilkår gjør at provokasjonsbruken i Danmark nå har tatt seg noe opp, slik at de betenkeligheter som kan knyttes til lovfesting i mindre grad gjør seg gjeldende.¹¹⁷

Et siste hensyn som taler mot lovfesting av provokasjon som etterforskningsmetode, er at lovfesting kan minske politiets fleksibilitet i kriminalitetsbekjempelsen. Faste og statiske regler kan redusere politiets mulighet til å anvende metoden som ønsket i det aktuelle tilfellet, noe som kan gjøre politiets bekjempelse av kriminalitet mindre effektiv.

Likevel kan denne tenkte virkningen unngås gjennom å utforme lovteksten på en måte som er egnet til å følge den rettsutvikling man i dag og i fremtiden står ovenfor, blant annet gjennom dynamiske bestemmelser.¹¹⁸ Videre er behovet for å ta i bruk provokasjon langt større enn eventuelle problemer knyttet til å utforme en dynamisk lovbestemmelse for fremtiden, og argumentet får dermed tilsvarende mindre vekt.

¹¹⁵ NOU 1997:15 s. 21

¹¹⁶ Lov 10. juni 2003 nr. 436 om ændring af straffeloven og retsplejeloven (bekæmpelse af rockerkriminalitet og anden organiseret kriminalitet), i kraft 12. juni 2003

¹¹⁷ Jeg har imidlertid ikke funnet kilder vedrørende utviklingen etter 2003. Det legges likevel til grunn at lovendringen har gjort at provokasjonsbruken har økt noe i omfang

¹¹⁸ Den nye straffeprosessloven skal møte utfordringene som følger av kriminalitetsutviklingen, se <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Utvalg-skal-utforme-ny-straffeprosesslov/id764164/>

7.4. Forslag om å lovfeste provokasjonsadgangen i NOU 2016:24. Nye straffeprosessloven § 21-5 og forslag til endringer av bestemmelsen

Ved kongelig resolusjon 20.06.14 ble straffeprosessutvalget oppnevnt for å utforme en ny straffeprosesslov.¹¹⁹

Etter mandatet som ligger til grunn for utvalgets forslag, skal ny straffeprosesslov utarbeides med ”målsetting om en effektiv, rettssikker og tillitvekkende behandling av straffesaker” som ”bør reflektere en balansert avveining mellom effektivitet og rettssikkerhet”.¹²⁰

På bakgrunn av mandatet foreslås det å lovfeste adgangen til å benytte provokasjon som etterforskningsmetode i nye straffeprosessloven § 21-5, jf. NOU 2016:24 s. 58 jf. s. 345.

Straffeprosessutvalget skal ”kodifisere ulovfestet rett og begrense lovbestemmelsene til en angivelse av metodenes innhold og sentrale grunnvilkår”.¹²¹ Følgelig har det vært utvalgets intensjon å unngå gjennomregulering av metoden i lovgivningen, i tråd med norsk lovgivningsteknikk.

Den foreslåtte provokasjonsbestemmelsen i straffeprosessloven § 21-5 må derfor ses i sammenheng med forslagetts øvrige bestemmelser. Forslagetts §§ 13-5, 14-1 til 14-3 og 21-6 utfyller forståelsen og rekkevidden av § 21-5, og presenteres derfor fortløpende.

I det følgende er underpunkt 7.4.1.-7.4.5. strukturert etter hvilket provokasjonsvilkår lovreguleringen ivaretar. Underveis vurderes om provokasjonens vilkår er tilstrekkelig representert i lovforslaget, og det gis forslag til hvordan bestemmelsen kan presiseres ytterligere. Dette gjøres på bakgrunn av dansk rett og hvilke grunnleggende hensyn som bør komme til uttrykk i lovforslaget.

¹¹⁹ <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Utvalg-skal-utforme-ny-straffeprosesslov/id764164/>

¹²⁰ <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Utvalg-skal-utforme-ny-straffeprosesslov/id764164/>

¹²¹ NOU 2016:24 s. 343

7.4.1. Grunnvilkåret

Forslaget til straffeprosessloven § 21-5(1) har overskriften ”påvirkning av hendelsesforløp og bevisprovokasjon”, og befinner seg i foreslåtte kapittel 21 om observerende, kontrollerende og påvirkende tiltak.

Etter bestemmelsen kan påvirkning skje ”for å fremskaffe bevis eller kontrollere et hendelsesforløp”, og grunnvilkåret om at politiet ikke må ”fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått” er foreslått lovfestet. Følgelig kodifiseres dagens regel om at provokasjon kun kan skje i tråd med grunnvilkåret.

I Danmark er provokasjonsadgangen detaljert regulert i retsplejeloven § 754a-c. Etter Retsplejeloven § 754a foreligger provokasjon hvor noen tilskyndes til å utføre eller fortsette en lovovertrødelse. I forslaget § 21-5 er det ikke inntatt en definisjon av provokasjon som etterforskningsmetode. Norsk lovgivningsteknikk preges av korte lovbestemmelser hvor bestemmelsens nærmere innhold søkes i andre rettskilder. Det anses derfor tilstrekkelig å definere provokasjon i forarbeidene.

Straffeprosessutvalget har imidlertid ikke foreslått å lovfeste virkningen av ulovlig provokasjon. En lovbestemmelse om grensene for provokasjon bør utformes på en måte som forhindrer overskridelse av vilkårene. Det kan ha en forebyggende effekt å lovfeste at brudd på grunnvilkåret medfører frifinnelse, ved at politiet blir mer bevisst på at provokasjonen ikke må strekkes for langt.¹²² Dette minsker faren for misbruk, i tillegg til at hver enkelt polititjenestemann får en oppfordring om indre kontroll over provokasjonsbruken.

Å lovfeste virkningene av ulovlig tiltaleprovokasjon gjør det også lettere for fornærmede og pårørende å forstå hvordan en straffbar handling kan ende med frifinnelse.¹²³ Lovfesting kan dermed også fremme tillitten til politiet, samtidig som rettssituasjonen blir mer forutberegnelig.

¹²² Se punkt 7.2.

¹²³ Punkt 6.4.2.

7.4.1.1 Skillet mellom bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon

Etter forslaget § 21-5(2) kan ”straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått[...]likevel fremprovoseres for å skaffe bevis for lovbrudd som allerede er begått[.]”

Forslaget innebærer en kodifisering av adgangen til bevisprovokasjon og bringer klarhet i forskjellene mellom bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon. Også dette kan være tillitsskapende ettersom det kan være vanskelig for borgerne å skille de ulike provokasjonstypene fra hverandre, og tilsvarende vanskelig å forstå hvordan kun den ene formen for provokasjon medfører frifinnelse.

Av § 21-5(2) siste punktum fremgår at ”den fremprovoserte handlingen kan ikke påtales”. Politiet kan altså fremprovosere en straffbar handling for å skaffe bevis for foregående forhold, såfremt den fremprovoserte handlingen ikke påtales. Lovforslaget samsvarer med vurderingen etter punkt 1.2.2., og kan forhindre misbruk av metoden.

En svakhet ved lovforslaget er at øvrige vilkår for bevisprovokasjon ikke fremgår, og det kan derfor se ut til at alle midler tillates. Dette samsvarer ikke med bl.a. Rt. 1999 s. 1269, hvor beviset måtte avskjæres av hensyn til selvinkrimineringsvernet. Lovfesting av bevisprovokasjonens vilkår drøftes ikke videre her, ettersom oppgaven er avgrenset til tiltaleprovokasjon.

7.4.2. Årsakskravet

Etter retsplejeloven § 754a stk. 2 foreligger det kun ulovlig tiltaleprovokasjon hvor politiet påvirker vesentlige omstendigheter ved lovovertrædelsen.

Tilsvarende regel er ikke foreslått i § 21-5. Implisitt i grunnvilkåret ligger imidlertid årsakskravet om at politiet ikke må ha psykisk påvirket gjerningsmannen til å begå det straffbare forholdet.¹²⁴ Årsakskravet lar seg vanskelig definere på en presis måte, og det må anses tilstrekkelig at vilkåret fastlegges nærmere gjennom rettspraksis og øvrige rettskilder, i tråd med norsk lovgivningsteknikk.

Hvor det er årsakssammenheng mellom politiets inntreden og en fremprovosert endring i overtrædelsens omfang eller grovhet, kan løsningen være å se bort fra den delen av handlingen som er fremprovosert, og kun dømme for de handlinger gjerningsmannen uansett ville

¹²⁴ Punkt 4.1.3.

begått.¹²⁵ Danske retsplejeloven § 754b lovfester en slik regel, men en tilsvarende løsning er ikke foreslått lovfestet i NOU 2016:24. Gjennom en drøftelse av om grunnvilkåret i § 21-5(1) er brutt kan man imidlertid komme frem til en løsning på problemstillingen. I tråd med norsk lovgivningsteknikk skal typetilfeller ikke lovfestes hvor dette kan unngås. Det er derfor heller ikke nødvendig å lovfeste den regel som følger av retsplejeloven § 754b.

7.4.3. Mistankekravet

Danske retsplejeloven § 754a stk. 1 1-3 oppstiller et mistankekrav som ikke foreslås i straffeprosessloven § 21-5.

Likevel gjelder straffeprosesslovens kapittel 13 for provokasjonstilfellene. Etter § 13-5(1) skal etterforskningen være så objektiv og ”hensynsfull som mulig[...]. slik at ingen unødig utsettes for mistanke eller ulempe”. Bestemmelsen oppstiller implisitt et mistankekrav og et krav om forsvarlig saksbehandling.

Å lovfeste mistankekravet direkte i § 21-5 kan likevel være ønskelig av en rekke hensyn.

Mistankekravet er et av de innledende vilkår som må foreligge for at provokasjon som metode kan anvendes.

Mistankekravet fordrer objektivitet hos politiet, og lovfesting av vilkåret kan forhindre misbruk av metoden og at politiet initierer unødvendige kriminelle handlinger, jf. kriminaliseringshensynet. Dette motvirker vilkårlig anvendelse av metoden, og gir oppfordring om å sikre forholdsmessighet i anvendelsen ved at mistanken må rette seg mot et alvorlig lovbrudd. Mistankekravet fremmer dermed også borgernes rettssikkerhet.

De betenkeligheter som knytter seg til provokasjonens inngående preg lempes også noe ved at et mistankekrav gjør det tydelig at personer ikke utsettes for provokasjon ved mindre mistanke foreligger. Dette gjør metodens omfang mer forståelig for borgerne, noe som kan være tillitsskapende.

Også bevisføringshensyn taler for å lovfeste mistankekravet. Hvis politiet ikke kan bevise at det forelå mistanke mot personen på provokasjonstidspunktet, kan det bli tilsvarende

¹²⁵ Punkt 6.2.

vanskelig å bevise at handlingen ville bli begått uavhengig av politiets inntreden.¹²⁶ Ved å ivareta mistankekravet kan derfor grunnvilkåret lettere bevises oppfylt.

Å lovfeste mistankekravet kan derfor gjøre bestemmelsen lettere å anvende, fordi man gjennom bare ett ord får frem nesten alle hensyn som ligger til grunn for lovlig provokasjon. Kravet bør derfor lovfestes direkte i § 21-5, og i tråd med de erfaringer man gjorde seg i Danmark, hvor mistankekravet i 2003 ble lempet¹²⁷, bør det norske mistankekravet settes til alminnelig sannsynlighetsovervekt.

I motsetning til etter dansk rett¹²⁸, er det ikke et vilkår for provokasjon at den antas å være av ”vesentlig betydning for etterforskningen”, jf. en antitetisk tolkning av straffeprosessloven § 14-2(3) hvor § 21-5 ikke er ramset opp. Følgelig foreslås at provokasjon kan iverksettes hvor metoden antas å være av betydning for etterforskningen, uten at betydningen må være vesentlig.

Terskelen for igangsettelse kan dermed synes noe lav, og reiser spørsmål om potensielt misbruk av metoden. Likevel vil kriminalitetsutviklingen sannsynligvis aktualisere bruk provokasjon ovenfor nye kriminalitetstyper. I kompliserte, alvorlige og gjerne nye saker kan det være vanskelig å på forhånd beregne hvor vesentlig provokasjonen vil være for etterforskningen. Videre vil de øvrige vilkår for provokasjon moderere og begrense misbruksfaren. Etter dette synes det fornuftig at terskelen for igangsettelse av provokasjon settes som foreslått i § 14-2(3).

¹²⁶ NOU 2004:6 s. 87, jf. grunnvilkåret

¹²⁷ Punkt 7.3.

¹²⁸ Etter retsplejeloven § 754a stk. 1 nr. 2 må provokasjonen ”antages at være af afgørende betydning for etterforskningen”

7.4.4. Alvorlighetskravet og kriminalitetskravet

Provokasjon tillates kun ved alvorlige lovbrudd, og lovfesting av alvorlighetsvilkåret kan forebygge misbruk av metoden og i tillegg fremme det grunnleggende kravet om forholdsmessighet i straffeprosessen.

I Danmark kan provokasjon kun anvendes ved straffbare forhold med strafferamme på 6 år.¹²⁹ I 2004 ble det foreslått å sette den norske grensen til 5 år, men forslaget fikk ikke gjennomslag.¹³⁰

I forslaget til ny straffeprosesslov oppstilles et alvorlighetskrav i § 14-2. Etter bestemmelsen kan tvangstiltak etter kapittel 21, herunder provokasjon, kun anvendes hvis det er ”grunn til å tro at noen kommer til å begå” en av flere bestemmelser i straffeloven. Straffeloven § 131 om terrorhandlinger, § 232 om grove narkotikaforbrytelser og § 328 om grovt ran er blant bestemmelsene som trekkes frem.¹³¹ Forslagets § 14-2 indikerer dermed hvilke lovbrudd som oppfyller alvorlighetskravet.

I fremtiden kan imidlertid andre kriminalitetstyper enn de overnevnte aktualisere bruk av provokasjon. Bestemmelsen kan derfor bli enklere å anvende dersom det oppstilles et generelt alvorlighetskrav og kriminalitetskrav i straffeprosessloven § 21-5, heller enn å vise til § 14-2 og de enkeltbestemmelser fra straffeloven den oppstiller. Dette vil også gjøre bestemmelsen mer dynamisk og fremtidsrettet, i tråd med de retningslinjer mandatet oppstiller.¹³² Bestemmelsen vil dermed også favne spredning av barnepornografi og andre høyprioriterte kriminalitetstyper med lav strafferamme.¹³³ Videre vil lovfesting direkte i § 21-5 understreke viktigheten av å beskytte borgerne mot provokasjon som medfører kriminalisering og tilfeldig eller subjektiv forfølgning som strider med forholdsmessighetskravet.

¹²⁹ Retsplejeloven § 754a stk. 1 nr. 3

¹³⁰ NOU 2004:6 s. 239 og 279

¹³¹ Se forslaget § 14-2 for fullstendig oversikt over bestemmelsene som nevnes

¹³² Se siste avsnitt i punkt 7.3. og fotnote 118

¹³³ Punkt 4.1.4.

7.4.5. Prosessuelle grunnprinsipper

7.4.5.1. Samtykkekompetanse

Etter dagens ulovfestede rettstilstand fatter statsadvokaten beslutning om bruk av provokasjon, jf. punkt 4.2.3.

I straffeprosessutvalgets § 14-3(1) foreslås det at retten beslutter tvangstiltak ”med mindre annet er bestemt”. Et unntak følger av § 21-6(1), hvor det fremgår at ”påtalemyndigheten” treffer beslutning om provokasjon. Dagens rettstilstand er dermed foreslått kodifisert.

Utvalgets § 21-6 må ses i sammenheng med § 14-8 annet punktum, hvoretter provokasjonen skal avsluttes innen tidsfristens utløp dersom vilkårene for tiltaket opphører. Dette kan avdempe eventuelle betenkeligheter knyttet til lemping av tidsbegrensningen for provokasjon, som i denne oppgaven foreslås inntatt i § 21-5, se punkt 7.4.5.3.

Videre kan påtalemyndigheten beslutte tvangstiltak dersom ”formålet med tiltaket ellers[...]forspilles”, jf. § 14-3(2). Dette kodifiserer dagens forståelse av samtykkevilkåret, ved at politiet i hastesaker kan gjennomføre provokasjon uten forutgående samtykke¹³⁴, og samsvarer med dansk lovregulering.¹³⁵

I Danmark må provokasjonsbruk som hovedregel besluttes gjennom rettskjennelse.¹³⁶ Provokasjon er en inngripende etterforskningsmetode, og en tilsvarende regel i norsk rett kan ivareta rettssikkerhetshensynet på god måte ettersom retten som dømmende makt utgjør en annen del av maktfordelingen enn statsadvokaten, som tilhører samme hierarki som politiet i den utøvende makt.

Likevel har statsadvokatene inngående kunnskap om grensene for påtalemyndighetens kompetanse. Dette taler for at statsadvokatene kan treffe raskere avgjørelser om rettmessig provokasjon enn retten. Til dette kommer at rettens ressurser allerede er presset. Dette tilsier at beslutningskompetansen fremdeles bør ligge til statsadvokaten.

¹³⁴ Punkt 6.3.2.

¹³⁵ Retsplejeloven § 754c stk. 3

¹³⁶ Retsplejeloven § 754c stk. 1 jf. 3

Det kreves likevel bare et rettsmøte for å fatte beslutning om provokasjon, og å avsette tid til dette burde ikke medføre store problemer. Til sammenligning må spørsmål av fengsling, en annen beslutning av inngripende karakter, forelegges retten etter straffeprosessloven § 183. Saksopphopning i retten synes ikke å være et tungtveiende argument mot denne ordningen. Det er også grunnleggende viktig at effektivitet i domstolene ikke går på bekostning av borgernes rettssikkerhet. Rettens beslutningskompetanse vil videre avhjelpe statsadvokatenes saksmengde, som også er presset.¹³⁷

Det kan også være tillitsskapende at beslutningskompetansen ligger til retten som et uavhengig organ helt adskilt fra påtalehierarkiet, jf. over. Rettslig beslutning om provokasjon gir også økt ekstern kontroll av provokasjonsbruken, noe som er ønskelig av misbrukshensyn.

Etter dette taler mye for å ikke oppstille unntak fra § 14-3 for provokasjon, slik at også provokasjonsbruk bør besluttes av retten.

7.4.5.2. Plan for provokasjonen

NOU 2016:24 s. 306 fastslår at det er en svakhet ved dagens lovgivning at det ikke stilles krav til dokumentasjon av etterforskningen. Utvalget foreslår derfor i straffeprosessloven § 21-6(2) at det ”utarbeides en plan for tiltak” om provokasjon, og at provokasjonen gjennomføres på en måte som kan ”kontrolleres og[.]dokumenteres”. Bestemmelsen ligner på retsplejeloven § 744, hvoretter politiet plikter å skrive rapport om provokasjonstilfellene som inngår i sakens dokumenter.

Straffeprosessutvalget foreslår dermed å lovfeste de prosessuelle vilkår om kontroll, notoritet og legitimitet ved provokasjonsbruk, noe som er egnet til å hindre misbruk av metoden og fremme objektivitet. Videre kan lovfesting gjøre at politiet tidlig i prosessen kan korrigere provokasjon som går i retning ulovlig tiltaleprovokasjon, fordi vilkårene for lovlig provokasjon er lettere tilgjengelig.

¹³⁷ Punkt 7.4.5.3.

7.4.5.3. Provokasjonens varighet

Etter forslaget § 21-5(3) kan provokasjon tillates for ”inntil 4 uker av gangen”.

Provokasjonstillatelsen må derfor fornyes like ofte som fortsatt varetektsfengsling etter dagens straffeprosesslov § 185(1). Intervallet gir økt kontroll over provokasjonsbruken, og kan dermed hindre at metoden anvendes i for utstrakt grad.

Tillatelsens varighet representerer en utvidelse av lovforslaget fra 2004, hvor tillatelse ble foreslått gitt for to uker av gangen.¹³⁸

Likevel kan en lemping av tidsbegrensningen gjøre provokasjonsanvendelsen enklere. Provokasjonstilfellene vil ofte være situasjonsbestemte og kortvarige, men komplekse saker kan gjøre det nødvendig å strekke provokasjonen utover fire uker. Dette ser man også av dagens straffeprosesslov § 185(1) hvor ”etterforskingens art” gir retten mulighet til å sette en lengre frist enn 4 uker hvor ”fornyhet prøving etter fire uker vil være uten betydning”, f.eks. dersom sakens kompleksitet gjør det nødvendig med langvarig etterforskning. Det er på det rene at varetektsfengsling er mer inngripende ovenfor individet enn provokasjon som etterforskningsmetode. Prosessøkonomi og effektivitet, samt hensynet til å ikke belaste statsadvokatene¹³⁹ med forespørsel om utvidelse av de 4 ukene, taler for lovfestet adgang til utvidet provokasjonstid i tilfeller hvor dette er hensiktsmessig pga. sakens kompleksitet eller lignende, likt dagens straffeprosesslov § 185(1).

4.7.5.4. Øvrige prosessuelle vilkår

For å ivareta hensynet til forholdsmessighet og forhindre misbruk av provokasjon som metode, kan det være ønskelig å innta et krav om at provokasjon skal være et sekundært etterforskningsmiddel i § 21-5.¹⁴⁰

Av straffeprosessloven § 14-1(2) følger imidlertid at tvangstiltak, herunder provokasjon, bare kan benyttes når dette er ”nødvendig og forholdsmessig”, blant annet etter en vurdering av inngrepets virkning for den som rammes og sakens karakter. I dette ligger et subsidiaritetskrav.

¹³⁸ NOU 2004:6 s. 247

¹³⁹ Eventuelt retten, jf. punkt 7.4.5.1.

¹⁴⁰ Punkt 4.2.1.

Videre foreslås det i denne oppgaven å lovfeste både alvorlighetskravet og mistankekravet, jf. punkt 7.4.3. og 7.4.4. Subsidiaritetskravet følger dermed av disse to vilkårene, og sett i sammenheng med § 14-1(2) er § 21-5 dermed tilstrekkelig klar til at subsidiaritetskravet ivaretas. Det synes derfor ikke nødvendig å implementere subsidiaritetskravet direkte i § 21-5.

Gode grunner kan derimot tale for å lovfeste at sikkerheten til de involverte må ivaretas gjennom provokasjonen. Dette hensynet gjør seg spesielt gjeldende hvor politiet må benytte sivile provokatører for å infiltrere et miljø, for eksempel i narkotikasaker hvor provokasjon er en velegnet etterforskningsmetode. Manglende sikkerhet har tidligere vært medvirkende årsak til at provokasjonstilfeller kjennes ugyldig¹⁴¹, og lovfesting av vilkåret kan minske risikoen for frifinnelse av prosessuelle årsaker og dermed øke muligheten for å fatte materielt riktige dommer. Videre kan lovfesting her ivareta hensynet til forholdsmessighet mellom mål og middel ved provokasjonsbruk på en god måte.

Det synes ikke nødvendig å lovfeste at metoden må samsvare med øvrige straffeprosessuelle prinsipper¹⁴², ettersom disse prinsippene gjelder overalt i straffeprosessen og ikke spesielt gjør seg gjeldende i provokasjonstilfellene.

¹⁴¹ Punkt 6.3.1.

¹⁴² Punkt 4.2.

8. Oppsummering og konklusjon

Etter dette er det argumentene som taler for lovfesting av provokasjon som etterforskningsmetode som samlet slår inn med størst styrke. Lovfesting vil føre til klarere og mer håndgripelige regler for provokasjonens grenser, noe gjør metoden enklere å anvende for både provokatøren og påtalemyndigheten, samtidig som borgernes rettssikkerhet og forutberegnelighet ivaretas.

Å lovfeste metoden vil videre bringe norsk rett i større samsvar med rettsutviklingen, hvor kodifisering av tidligere ulovfestet rett skjer i stadig større grad. Samtidig vil lovfesting følge utviklingen i menneskerettighetene og EMD, hvor det stilles strenge krav til reglers klarhet og tilgjengelighet.

Lovfesting av vilkår som ivaretar de grunnleggende hensyn¹⁴³ som ligger til grunn for metoden er med på å avdempes betenkeligheter tilknyttet metoden. Ved å lovfeste mistankekravet og alvorlighetskravet vil risikoen for misbruk og at politiet kriminaliserer en bestemt person kunne avdempes, ved at provokatøren blir mer bevisst på at provokasjonens grenser må overholdes. Denne virkningen kan forsterkes ytterligere ved å lovfeste virkningen av ulovlig tiltaleprovokasjon. Videre vil lovfesting gi borgerne økt mulighet til å forstå metoden og dens begrensninger og virkninger, noe som er tillitsskapende til politiet som etat.

Dagens samfunn og den kriminalitetsutvikling man nå ser, taler derfor for at spørsmålet om metoden bør lovfestes kan besvares med et ja.

¹⁴³ Se punkt 3.

LITTERATURLISTE

Lover

- Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs grunnlov (Grunnloven)
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven)
- Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Rettsavgjørelser

- Rt. 1984 s. 1076
- Rt. 1986 s. 779
- Rt. 1990 s. 531
- Rt. 1992 s. 1088
- Rt. 1993 s. 473
- Rt. 1994 s. 319
- Rt. 1997 s. 1659
- Rt. 1998 s. 407
- Rt. 1999 s. 1269
- Rt. 2000 s. 1223
- Rt. 2000 s. 1345
- Rt. 2000 s. 1482
- Rt. 2007 s. 268
- Rt. 2011 s. 1455

Konvensjoner

- Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), vedtatt 4. november 1950, i kraft 3. september 1953
- FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), vedtatt 16. desember 1966, i kraft 23. mars 1976

Rettsavgjørelser fra EMD

- Dom 26.04.79, *The Sunday Times mot Storbritannia*, klagesak nr. 6538/74
- Dom 17.12.96, *Saunders mot Storbritannia*, klagesak nr. 19187/91
- Dom 09.06.98, *Teixeira de Castro mot Portugal*, klagesak nr. 25829/94
- Dom 04.10.05, *Shannon mot Storbritannia*, klagesak nr. 6563/03
- Dom 11.07.06, *Jalloh mot Tysland*, klagesak nr. 54810/00
- Dom 05.02.08, *Ramanauskas mot Litauen*, klagesak nr. 74420/01

Bøker:

- Linda, Gröning, Erling Johannes Husabø, Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* 1. utgave (Bergen 2016)
- Øyen, Ørnulf, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen* 1. utgave (Bergen 2010)
- Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess* 1. utgave (Bergen 2016)

Juridiske artikler

- Andorsen, Kjell V., ”Provokativ etterforskning”, *Jussens venner* 2001, s. 1-27
- Hopsnes, Roald, ”Provokasjon som politimetode”, *Jussens venner* 2003, s. 62-130

Danske rettskilder

- Retsplejeloven, lovbekentgørelse 26.10.2010 nr. 1237, i kraft 01.01.1919
- Lov 10. juni 2003 nr. 436 om ændring af straffeloven og retsplejeloven (bekæmpelse af rockerkriminalitet og anden organiseret kriminalitet), i kraft 12. juni 2003
- UfR-2002-340-H

Forarbeider

- Ot.prp.nr.35 (1978-1979), Om lov om rettergangsmåten i straffesaker
- NOU 1997:15, Etterforskningmetoder for bekjempelse av kriminalitet
- NOU 2004:6, Mellom effektivitet og personvern; Politimetoder i forebyggende øyemed
- NOU 2013:9, Ett politi- rustet til å møte fremtidens utfordringer. Politianalysen.
- NOU 2016:24, Ny straffeprosesslov

Riksadvokatens rundskriv:

- Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000, Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode, 26. april 2000
- Riksadvokatens rundskriv nr. 1/2017, Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2017 – Politiet og statsadvokatene

Nettsider

- Regjeringens pressemelding nr. 38, 20.04.2014, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Utvalg-skal-utforme-ny-straffeprosesslov/id764164/>. Sist sjekket 25.05.17 kl. 19.29
- https://www.politi.no/vedlegg/rapport/Vedlegg_3809.pdf. Sist sjekket 27.05.17 kl. 21.48