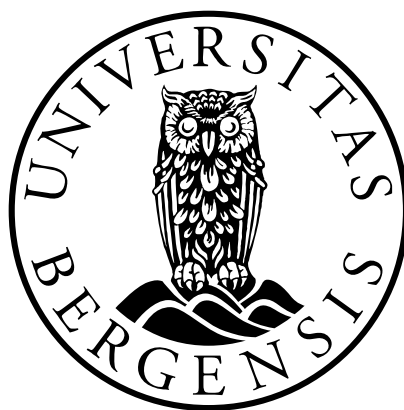


Privat provokasjon i straffesaker

Hvilke rettslige konsekvenser kan ulovlig handlingsprovokasjon fra private føre til for en tiltalt i en straffesak?

Kandidatnummer: 84

Antall ord: 14965



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

Innholdsfortegnelse

1. Innledning.....	1
1.1 Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2 Aktualitet	2
1.3 Avklaring av sentrale begrep	2
1.3.1 Begrepet «provokasjon»	2
1.3.2 Provokatøren: Privat provokasjon – politiprovokasjon	3
1.3.3 Ulike provokasjonstyper; handlingsprovokasjon og bevisprovokasjon	3
1.4 Avgrensninger	5
1.5 Den videre fremstillingen	6
2. Metode og rettskildebildet	7
2.1 Metodiske poengteringer	7
2.2 Rettskildebildet	7
2.2.1 Utgangspunkter.....	7
2.2.2 Rettspraksis.....	7
2.2.3 Juridisk teori	8
2.2.4 Reelle hensyn.....	8
2.2.5 EMK og praksis fra EMD.....	9
3. Politiagenter - grensen mellom provokasjon fra private og politiprovokasjon.....	10
3.1 Generelt.....	10
3.2 Private som politiagenter	10
3.3 Nærmere om gresedragningen mellom en privat provokatør og en politiagent	11
3.3.1 Utgangspunkt.....	11
3.3.2 Tidsmomentet	11
3.3.3 Krav til politiets nærmere involvering.....	12
3.4 Sammenfatning	14
4. Provokasjon som grunnlag for frifinnelse	16
4.1 Generelt.....	16
4.2 Likestilling mellom ulovlig provokasjon fra private og ulovlig politiprovokasjon?	16

4.2.1	Generelt om politiprovokasjon og dens rettslige skranker	16
4.2.2	Hensyn som begrunner skrankene for politiets bruk av provokasjon	17
4.2.3	Vil de samme hensynene gjøre seg gjeldene ved bruk av privat provokasjon?	18
4.3	Privat provokasjon som grunnlag for frifinnelse	20
4.3.1	Utgangspunkter	20
4.3.2	Innholdet i grunnvilkåret	21
4.3.2.1	Generelt	21
4.3.2.2	Årsakskrav	21
4.3.2.3	Nærmere om den konkrete påvirkningen; initiativtakeren	22
4.3.3	Helhetsvurdering av forholdet	24
4.3.3.1	Utgangspunkter	24
4.3.3.2	Grad av tilskyndelse	24
4.3.3.3	Type rettsgode	25
4.3.3.4	Tiltaltes handlemåte	26
4.3.3.5	Andre momenter?	27
4.4	Sammenfatning av rettstilstanden	28
5.	Privat provokasjon som grunnlag for bevisavskjæring	29
5.1	Generelt	29
5.2	Fri bevisførsel	30
5.3	Unntak fra den frie bevisførsel: Læren om avskjæring av bevis som er fremskaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte	30
5.3.1	Generelt	30
5.3.2	Når er bevis fremskaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte?	31
5.3.3	I hvilken utstrekning skal ulovlig eller utilbørlige ervervede bevis avskjæres?	32
5.4	Anses bevis fremskaffet via privat handlingsprovokasjon for å være ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte?	33
5.4.1	Generelt	33
5.4.2	Er privat provokasjon en «utilbørlig» måte å erverve bevis på?	33
5.5	Bevisavskjæring av bevis som er ervervet via en privat handlingsprovokasjon?	34
5.5.1	Utgangspunkter	34
5.5.2	Bevisavskjæring til vern om den krenkedes interesser	35
5.5.3	Bevisavskjæring ut ifra en interesseavveining	37
5.5.3.1	Utgangspunkter	37
5.5.3.2	Sakens viktighet	37
5.5.3.3	Betydningen av usikker bevisverdi	38

5.5.3.4 Disiplinærhensynet	39
5.3.3.5 Hensynet til den almindelige rettsfølelse og en lovformelig prosess	40
5.3.3.6 Bevisavskjæring?	41
5.6 Sammenfatning	41
6. Kildehenvisning	42

1. Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

I denne oppgaven vil jeg redegjøre for privatpersoners anvendelse av provokasjon for å avdekke og stanse kriminell virksomhet.

Privatpersoners rolle i straffesaker har tradisjonelt vært begrenset til å anmelde straffbare forhold til politiet. Bakgrunnen for dette er at norsk strafferett og straffeprosess bygger på det offentlig forfølgings- og statsanklageprinsippet, som innebærer at straffeforfølgning anses for å være et offentlig og statlig anliggende.¹ Dette henger sammen med at de valg og beslutninger som foretas som ledd i en straffeforfølgning ofte vil kunne få negative og inngripende virkninger overfor den som rammes av straffeforfølgningen. Det er således viktig at avdekkingen av kriminell virksomhet og de beslutninger som tas i denne sammenheng, er i tråd med de rettsikkerhetsgarantier vårt rettssystem bygger på. Dette vil være et betydelig ansvar som ikke kan anses som et rent privat anliggende, men som i stedet er underlagt politi – og påtalemyndighetens ansvarsområde, jf. politiloven (pl.) § 2 nr. 3, jf. straffeprosessloven (strpl.) §225, jf. § 224. Til tross for dette forekommer det likevel at privatpersoner på eget initiativ håndhever loven, gjerne i form av å anvende provokasjon for å avdekke og stanse kriminalitet.²

Et eksempel på dette i nyere tid er den omstridte interesseorganisasjonen Barnas Trygghet som har fått mye medieomtale de siste årene. Via fiktive profiler på ulike chatteforum på internett utgir medlemmene seg for å være 13-14 år gamle jenter med den hensikt å avsløre og konfrontere mennesker som søker seksuell kontakt med mindreårige.³ Som et resultat av denne provokasjonen fremskaffer de bevismateriale som de senere overleverer til politiet og som politiet eventuelt kan benytte i en retts sak mot vedkommende.⁴

Slik form for privat rettshåndhevelse reiser ulike rettslige spørsmål i praksis. Ettersom straffeforfølgning som nevnt ovenfor, er en oppgave som er underlagt politiets ansvarsområde, kan det blant annet stilles spørsmål ved om privat provokasjon i seg selv er ulovlig, og eventuelt straffbart. Et annet sentralt spørsmål er om det foreligger rettslige skranker for privatpersoners bruk av provokasjon som vil kunne få betydning for

¹ Kjelby (2017) s. 19

² Frøberg (2016) s. 118

³ Dette blir omtalt som «grooming» og er straffbart etter strl. § 306.

⁴ URL: <https://barnastrygghet.no/support-us/>

rettsstillingen til den som rammes av den provokative handlingen. I denne fremstillingen er det sistnevnte spørsmål jeg har valgt å fokusere på. Problemstillingen som reises er *hvilke rettslige konsekvenser ulovlig handlingsprovokasjon fra private kan føre til for en tiltalt i en straffesak.*

1.2 Aktualitet

Vi lever i en rettsstat der de offentlige organer som er pålagt å håndheve loven må følge en rekke regler og prinsipper som er styrende for deres myndighetsutøvelse. Dette henger sammen med at de som håndhever loven står i en særlig maktstilling i samfunnet. For å sikre tillitt til landets rettssystem og forhindre maktmisbruk overfor borgerne er det således viktig at denne myndigheten utøves innenfor klare fastsatte rammer. Med andre ord kan man si at det foreligger en særskilt skranke for det offentliges handlefrihet ut ifra deres maktposisjon i samfunnet.⁵

Privatpersoner som sådan står derimot i en vesentlig mindre maktposisjon i samfunnet. Det er således ikke i like stor grad behov for å legge føringer og begrensninger på privatpersoners handlemåte. Dette gjør at jeg synes det er interessant å se nærmere på hvilke eventuelle rettslige konsekvenser det vil ha for den tiltalte i en straffesak at vedkommende har blitt utsatt for provokasjon fra private. *Hvilke rettslige skranker må overtres av private for at provokasjonen skal få innvirkning på den tiltaltes rettsstilling?*

1.3 Avklaring av sentrale begrep

1.3.1 Begrepet «provokasjon»

Begrepet «provokasjon» kommer av det latinske ordet «provocare», som betyr å oppmuntre eller fremkalle.⁶ Med andre ord menes en handling eller ytring som påvirker noen til å si eller gjøre noe. Det sentrale er således om provokasjonen skaper en motreaksjon hos den som blir utsatt for en provokativ handling.

I denne fremstillingen vil provokasjonsbegrepet utelukkende bli anvendt i de tilfeller hvor provokasjon har blitt *anvendt som metode for å påvirke noen til å si eller gjøre noe for å kunne avdekke og stanse kriminell virksomhet.* Begrepets betydning slik det følger av strl. § 271 (2) bokstav b faller således utenfor begrepets betydning i denne oppgaven.

⁵ Hopsnes & Solberg (2005) s. 95

⁶ Gisle & Andenæs (2002) s. 232

1.3.2 Provokatøren: Privat provokasjon – politiprovokasjon

Hvem som utfører eller instruerer den provokative handlingen eller ytringen, blir gjerne omtalt som handlingens provokatør. I denne fremstillingen vil det være sentralt å skille mellom provokasjon som er foretatt av private og provokasjon som er foretatt av politiet.

Politiprovokasjon

Provokasjon har lenge vært anerkjent som etterforskningsmetode i politiet for å sikre bevis til bruk i straffeforfølgning.⁷ I denne forbindelse opptrer politiet som provokatør i fordekt opptreden, enten ved bruk av sivile tjenestemenn eller privatpersoner som samarbeider med politiet i form av å opptre som såkalte «politiagenter».

Privat provokasjon

Med privat eller sivil provokasjon⁸ menes derimot at den provokative handlingen blir utført av privatpersoner på eget initiativ, uten at de blir styrt eller instruert av politiet.⁹ Kontakten med politiet skjer først etter at den provokative handlingen er utført, gjerne i form av å overlevere bevismateriale som er fremskaffet via provokasjonen.

I den videre fremstillingen er det provokasjon fra private som vil stå i hovedfokus. I kapittel 3 vil det imidlertid bli foretatt en nærmere redegjørelse av hvor man trekker grensen mellom private provokatører og private provokatører som samarbeider med politiet i form av å opptre som «politiagenter».

1.3.3 Ulike provokasjonstyper; handlingsprovokasjon og bevisprovokasjon

Det skilles mellom ulike provokasjonstyper ut ifra hvilket formål provokasjonen kan sies å ha. Et særlig sentralt skille går mellom handlingsprovokasjon og bevisprovokasjon.¹⁰ Begge provokasjonstypene benyttes som metode for å fremskaffe bevis til bruk i en eventuell straffeforfølgning, hvor formålet med provokasjonen er å avklare mulig straffeskyld, jf. stprl. § 226.¹¹ Metodene skiller seg imidlertid fra hverandre. Derfor ser jeg det som nødvendig å foreta en nærmere redegjørelse av grensedragningen mellom disse to formene for provokasjon.

I korte trekk innebærer handlingsprovokasjon å anvende provokasjon for å påvirke en mistenkt til å begå en straffbar handling eller å videreføre en allerede pågående

⁷ NOU 2004: 6 s. 53

⁸ I praksis blir begge uttryksformene brukt, se bl.a. Rt. 2011 s. 1455 og Hopsnes (2003) s. 69.

⁹ Hopsnes (2003) fotnote 27.

¹⁰ Auglend & Mæland (2016) s. 437

¹¹ Riksadvokatens Rundskriv nr.2/2000 (heretter RA-2000-02) del III punkt 1.

forbrytelse. Med bevisprovokasjon menes derimot å benytte provokasjon for å fremskaffe bevis for en straffbar handling som allerede er begått.¹² Et viktig moment ved grensedragningen er således *tidsperspektivet*. Mens handlingsprovokasjon enten utøves før en straffbar handling er begått eller i forbindelse med en pågående straffbar handling, benyttes bevisprovokasjon i situasjoner der det allerede har funnet sted en straffbar handling. Et annet sentralt moment ved grensedragningen er *provokatørens handlemåte*. Ved en handlingsprovokasjon forsøker provokatøren å styre en fremtidig eller pågående straffbare handlinger, mens man ved en bevisprovokasjon ikke forsøker å styre utførelsen, men kun har som formål å fremskaffe bevis for en straffbar handling som allerede er begått.

Ettersom sistnevnte således ikke fremskaper kriminalitet, men kun underbygger en allerede inntruffet hendelse, vil det derfor være knyttet mindre betenkeligheter ved en bevisprovokasjon enn ved en handlingsprovokasjon.¹³ Den som allerede har begått en straffbar handling vil ikke ha samme krav på vern om sin private sfære.¹⁴ Dette tyder på at disse to provokasjonsmetodene er så vidt forskjellige at de bør holdes adskilt fra hverandre. Dette har også Høyesterett gitt uttrykk for i Rt. 1999 s. 1269 (s. 1271).

Til tross for disse forskjellene er det imidlertid viktig å påpeke at det foreligger en nær sammenheng mellom disse to formene for provokasjon. I mange tilfeller vil man i forbindelse med en bevisprovokasjon samtidig fremprovosere en ny straffbar handling. Et typisk eksempel er hvor det foreligger mistanke om at noen er i besittelse av narkotika. Det kan da fremprovoseres et slag av narkotika for å bevise besittelsen av stoffet. Bevisene som avslører selve besittelsen av stoffet vil da være fremskaffet via en bevisprovokasjon (under forutsetning av at det kan bevises at vedkommende allerede var i besittelse av det narkotiske stoffet forut for salget). Bevisene om selve salget, som i seg selv er straffbart, faller derimot utenfor definisjonen av bevisprovokasjon og i stedet innenfor reglene om handlingsprovokasjon.¹⁵ Dette viser til at en og samme provokasjonshandling kan utgjøre både en bevisprovokasjon og en handlingsprovokasjon.

¹² Gröning, Husabø & Jacobsen (2016) s. 546

¹³ Hopsnes (2003) s. 86

¹⁴ Ibid. s. 87

¹⁵ NOU 2004: 6 s. 84

1.4 Avgrensninger

I den videre fremstillingen vil fokuset bli rettet mot de rettslige konsekvensene ulovlig *handlingsprovokasjon* fra private vil kunne føre til for den tiltalte i en straffesak. I det følgende vil derfor begrepet provokasjon kun bli benyttet i betydningen handlingsprovokasjon, men mindre noe annet blir presisert.

Det avgrenses videre mot å behandle provokasjon som en særskilt etterforskningsmetode i politiet. For å belyse problemstillingen på mest mulig måte vil jeg imidlertid foreta visse sammenligninger opp mot politiets adgang til å anvende provokasjon.¹⁶

Når det gjelder den rettslige betydningen provokasjon vil kunne føre til for den tiltalte, ble det i Rt. 1984 s. 1076 (s. 1079) påpekt at anvendelse av ulovlig provokasjon kan utgjøre ulike rettslige konsekvenser for den som rammes av provokasjonen.¹⁷ Det ble først og fremst påpekt at man i slike tilfeller burde avstå fra å reise tiltalte. Dersom saken imidlertid hadde blitt brakt inn for retten, ble det henvist til at det henholdsvis kunne bli spørsmål om bevisene som var ervervet via provokasjonen burde avskjæres, om tiltalte eventuelt skulle frifinnes eller om saken skulle avvises av retten. På grunn av oppgavens ordgrense velger jeg å ha hovedfokus på provokasjon som en mulig *frifinnelsesgrunn*. Jeg velger også å vurdere hvorvidt det er grunnlag for *bevisavskjæring* etter den ulovfestede læren om avskjæring av bevis som er fremskaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte, i de tilfeller hvor det ikke vil være grunnlag for frifinnelse.¹⁸ Oppgaven vil således ta for seg både strafferettslige og prosessuelle rettsvirkninger på iretteføringsstadiet av en straffesak. Videre vil det i fremstillingen kun bli fokusert på de rettslige konsekvensene provokasjon vil kunne utgjøre i en *straffesak*. Det avgrenses således mot å behandle provokasjon i sivile saker. I henhold spørsmål om eventuell bevisavskjæring, vil imidlertid tvistelovens regler etter tvisteloven (tvL) § 22-7 samt tilhørende rettspraksis bli omtalt, da reglene om ulovlig ervervede bevis langt på vei er de samme både i sivilprosessen og straffeprosessen.¹⁹

¹⁶ Se nærmere punkt 2.1

¹⁷ Dommen viser til mulige rettslige konsekvenser ulovlig bruk av politiprovokasjon kan føre til. Uttalelsene vil imidlertid også være av betydning for privat provokasjon, da det er begrenset hvilke rettslige konsekvenser det kan være tale om.

¹⁸ Andre kategorier av eventuelle bevisforbud faller utenfor. Se nærmere Torgersen (2009) s. 27

¹⁹ Se nærmere punkt 2.2.2

1.5 Den videre fremstillingen

I neste kapittel vil jeg vise til noen metodiske poengteringer som vil få betydning for oppgavens videre fremstilling, samt presentere det aktuelle rettskildematerialet. Deretter vil jeg i kapittel 3 foreta en nærmere analyse av grensedragningen mellom private som opptrer på eget initiativ og private som samarbeider med politiet.

I kapittel 4 og 5 vil jeg gå nærmere inn på den konkrete vurdering av hvilke rettsvirkninger privat provokasjon vil kunne føre til for den tiltalte. I kapittel 4 vil jeg foreta en analyse av hvorvidt provokasjon fra private vil kunne utgjøre en frifinnelsesgrunn for den tiltalte i saken. Deretter vil jeg i kapittel 5 foreta en vurdering av hvorvidt bevisene som er fremskaffet via provokasjonen skal avskjæres i de tilfeller hvor det ikke er grunnlag for å konstatere frifinnelse.

2. Metode og rettskildebildet

2.1 Metodiske poengteringer

Avhandlingen vil i hovedsak være av rettsdogmatisk art, da problemstillingen vil bli besvart ved å kartlegge og analysere gjeldene rett på området. I kapittel 5 vil det imidlertid bli foretatt en noe mer rettspolitisk analyse vedrørende hvorvidt privat handlingsprovokasjon faller inn under den ulovfestede læren om avskjæring av bevis.

Videre vil oppgaven bære preg av visse sammenligninger mellom provokasjon fra private og provokasjon fra politiet. Bakgrunnen for dette er at provokasjon, som nevnt i punkt 1.3.2, anvendes som en særskilt etterforskningsmetode i politiet. Metoden bygger på ulovfestet rett, men hvor nærmere retningslinjer for bruken er utviklet og regulert gjennom rettspraksis.²⁰ For å danne et helhetlig bilde av rettstilstanden vedrørende privat provokasjon, anser jeg det dermed hensiktsmessig å foreta visse sammenligninger vedrørende likheter og forskjeller i forhold til adgangen til å anvende provokasjon. Rettskildebildet vil således til en viss grad omfatte rettskilder om regulerer politiets adgang til å anvende provokasjon. Disse rettskildene vil imidlertid ikke bli nærmere presentert i punkt 2.2, fordi dette punktet skal belyse rettskildeomfanget vedrørende *privat provokasjon*.

2.2 Rettskildebildet

2.2.1 Utgangspunkter

Hvorvidt tiltaltes rettsstilling vil bli berørt av en eventuell provokasjon fra private, avhenger av at det foreligger rettslige skranker for privatpersoners adgang til å anvende provokasjon.

Rettskildeomfanget vedrørende privat provokasjon er noe begrenset. Privat provokasjon og dens rettslige betydning er verken regulert i straffeloven eller straffeprosessloven. Vi får dermed lite konkret veiledning i lov og forarbeider. I mangel av formell regulering på det strafferettslige området må bakgrunnen for reglene søkes i annen lovgivning og andre rettskilder.

2.2.2 Rettspraksis

Privat provokasjon og dens rettslige betydning overfor den tiltalte er først og fremst regulert i rettspraksis. Høyesterettsdommen Rt. 2011 s. 1455 (Mo i Rana-saken) står særlig sentralt. Høyesterett fastslo i denne dommen at det også foreligger visse grenser for privat provokasjon

²⁰ Se bl.a. Rt. 1984 s. 1076

og at overskridelse av disse grensene kan medføre *frifinnelse* for den tiltalte i saken. Dommen anses for å være den mest sentrale avgjørelse om privat provokasjon i norsk rett.²¹ Tolkning og analyse av denne dommen vil således stå særlig sentralt i den videre fremstillingen.

Rettspraksis fra lagmannsretten som omhandler privat provokasjon som en mulig frifinnelsesgrunn, særlig Frostating lagmannsrett – LF-2016-106879 vil også bli nevnt, men da i større grad for å underbygge rettsstilstanden som følger av Rt. 2011 s. 1455, ikke som en selvstendig rettskilde. Begge saksforholdene gjaldt spørsmål om det forelå ulovlig provokasjon i forbindelse med «grooming» over internett.²²

Når det gjelder provokasjon som et mulig grunnlag for *bevisavskjæring* vil særlig saksforholdet i Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen) stå sentralt. Saken omhandlet spørsmålet om det skulle foretas avskjæring av bevis i en straffesak som var fremskaffet av en privatperson gjennom hemmelig videoopptak. Videre vil det også være sentralt å se hen til rettspraksis fra sivilsaker som omhandler bevisavskjæring, særlig Rt. 1997 s. 795.

Bakgrunnen for dette er at det ikke foreligger et prinsipielt skille mellom sivile saker og straffesaker vedrørende temaet bevisavskjæring. Høyesterett har uttalt at: «Reglene i straffe – og sivilprosessen er like, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige i en sivil sak og i en straffesak».²³

2.2.3 Juridisk teori

Juridisk teori fremstår isolert sett, ut ifra rettskildelæren, som en rettskilde av relativt lav rang. På bakgrunn av mangel på konkrete fastsatte lovregler, vil imidlertid juridisk teori kunne være både utfyllende og relevant for å belyse og klargjøre rettsstilstanden. I litteraturen er private provokasjonshandlinger og dens rettslige konsekvenser imidlertid lite behandlet. Det som står skrevet baserer seg i stor grad på Høyesteretts resonnement i Rt. 2011 s. 1455.²⁴ Likevel forekommer det visse nyanser i litteraturen som vil kunne støtte opp og underbygge rettsstilstanden på området.

2.2.4 Reelle hensyn

På grunn av det noe snevre rettskildeomfanget vil også reelle hensyn kunne få betydning. Med «reelle hensyn» menes vurderingen av resultatets godhet, dvs. om den rettsregel man kommer

²¹ Frøberg (2016) s. 199

²² Med «grooming» menes en straffbar handling som går ut på at en voksen person avtaler et møte med et barn i den hensikt å begå et seksuelt overgrep.

²³ Jf. Rt. 2009 s. 1526 (avsnitt 28)

²⁴ Se bl.a. Gröning, Husabø og Jacobsen (2016) s. 550 og Frøberg (2016) s. 119-120.

frem til er innholdsmessig og retts teknisk god.²⁵ Vedrørende privat provokasjon vil særlig hensynet til tiltaltes rettsikkerhet og krav på en rettfærdig rettergang stå sentralt.

2.2.5 EMK og praksis fra EMD

Norge er etter sine folkerettslige forpliktelser bundet av de konvensjoner de er tilsluttet. Ved vedtakelsen av menneskerettsloven (mnskrl.) ble Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) inkorporert som norsk rett, jf. mnskrl. § 2. I de tilfeller hvor det foreligger motstrid, skal bestemmelser i konvensjonen gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. mnskrl. § 3.

For denne oppgaven vil særlig EMK art. 6 nr.1 om *retten til rettfærdig rettergang* stå sentralt. Retten til en rettfærdig rettergang er en grunnleggende prosessuell rettighet som skal sikre at enhver får et minimum av rettigheter under sin rettergang, og verne borgerne mot uberettigede inngrep både fra medborgere og fra staten selv.

Det er den Europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) som gjennom behandling av enkeltsaker fastlegger det nærmere innholdet i og rekkevidden av bestemmelsene i konvensjonen.²⁶ Praksis fra EMD vil således være sentral med hensyn til hvor grensen for vår nasjonale rett går, deriblant grensene for privat provokasjon.

I den allerede omtalte Høyesterettsdommen Rt. 2011 s. 1455 (Mo i Rana-saken) ble det ved vurderingen av hvorvidt privat provokasjon bør medføre frifinnelse, tatt utgangspunkt i EMDs avvisningsavgjørelse Shannon mot Storbritannia.²⁷ I denne avvisningsavgjørelsen blir det henvist til at privat provokasjon kan stride med retten til en rettfærdig rettergang og medføre at bevisene som er innhentet via provokasjonen avskjæres. Uttalelser fra EMD setter imidlertid kun ytterrammene for rettsstilstanden i form av å vurdere hvorvidt saken som helhet er å anses som rettmessig og hvilke rettsvirkninger eventuelle brudd skal føre til. Konvensjonen setter således kun et minstekrav til eventuelle rettslige skranker og rettsvirkninger, ikke et forbud mot å fastsette strengere regler og sanksjoner. Hvorvidt det skal foreligge mer vidtrekkende regler og virkninger ved eventuelle overtredelser er overlatt til den enkelte nasjonale domstol å avgjøre.²⁸ I oppgaven velger jeg å avgrense mot å anvende EMK art. 6 nr. 1 som et selvstendig rettsgrunnlag, men hvor vil benytte praksis fra EMD som en rettskilde for å tolke og kartlegge den norske rettsstilstanden.

²⁵ Eckhoff (2001) s. 371

²⁶ Rui (2017) s. 127

²⁷ EMD 06.04.04, Appl.no. 67537/01

²⁸ Hopsnes (2003) s. 121

3. Politiagenter - grensen mellom provokasjon fra private og politiprovokasjon

3.1 Generelt

Politiprovokasjon er en politimetode som i hovedsak regulerer polititjenestemenns arbeid vedrørende å stanse og avdekke kriminalitet. Hvilke tiltak andre sivile personer iverksetter for å avdekke kriminalitet, faller i utgangspunktet utenfor begrepet politiprovokasjon.²⁹ Som nevnt i punkt 1.3.2 vil imidlertid politiet i gitte situasjoner benytte seg av privatpersoner til å bistå seg i gjennomføringen av en provokasjon. Jeg finner det dermed nødvendig å foreta en nærmere redegjørelse av hvor man trekker grensen mellom privat provokasjon og politiprovokasjon. Det sentrale vil i denne forbindelse være å vurdere når private opptrer på eget initiativ og når private opptrer som såkalte «politiagenter» i form av å bistå politiet i gjennomføringen av en provokasjon. Denne grensedragningen vil være viktig da privatpersoners opptreden i sistnevnte tilfelle skal identifiseres med politiets opptreden. Dette medfører at de samme retningslinjene og skrankene som gjelder for politiets bruk av provokasjon også skal gjøre seg gjeldene overfor private.³⁰ Dette vil igjen kunne få betydning for rettsstillingen til tiltalte som blir utsatt for provokasjonen. Ulovlig provokasjon fra politiets side vil bli ansett som et mer alvorlig inngrep enn provokasjon fra private. Dette på grunn av politiets særlige maktstilling i samfunnet. For øvrig vil denne problematikken bli drøftet mer inngående i kapittel 4 i forbindelse med spørsmål om ulovlig provokasjon skal utgjøre en frifinnelsesgrunn.

Nedenfor vil jeg i punkt 3.2 foreta en kort redegjørelse for hva det generelt innebære å være en politiagent. Deretter vil jeg i punkt 3.3 foreta en nærmere redegjørelse for grensedragningen mellom en privat provokatør og en politiagent som utfører provokasjon i samarbeid med politiet.

3.2 Private som politiagenter

Som en del av politiets kriminalitetsbekjempelse får politiet tilgang til opplysninger ut ifra varierte metoder. Det kan blant annet være opplysninger fra privatpersoner, som de frivillig overleverer til politiet. I slike tilfeller opptrer privatpersoner som politiets *kilder eller*

²⁹ Hopsnes (2003i) s. 156

³⁰ Ibid.

informanter.³¹ En mer aktiv bruk av privatpersoner vil være at privatpersoner på oppdrag fra politiet infiltrerer et kriminelt miljø eller gjennomfører en provokasjon på vegne av politiet. I slike tilfeller betegnes den private aktør som en *sivil medhjelper* eller en *politiagent*.³²

I rettspraksis³³, samt juridisk teori³⁴ har det i de tilfeller hvor privatpersoner opptrer som politiagenter, blitt lagt til grunn at politiet må identifiseres med sine agenter. På den måten anses provokasjonen å være begått av politiet selv, slik at den private provokasjonshandlingen faller inn under de samme retningslinjene som gjelder for politiet. *Det sentrale spørsmålet blir således når privatpersoner anses for å opptre på vegne av politiet.* Dette vil bli vurdert nedenfor i punkt 3.3.

3.3 Nærmere om grensedragningen mellom en privat provokatør og en politiagent

3.3.1 Utgangspunkt

Rettspraksis på området viser til at det ved vurderingen av hvorvidt en privatperson opptrer på vegne av politiet, skal det legges vekt på om den private aktør har handlet ut ifra *instruks* fra politiet.³⁵ I dette kravet ligger både et tidsmoment, og et nærmere krav til politiets konkrete handlemåte. Nedenfor, i punkt 3.3.2 og 3.3.3 vil jeg foreta en nærmere redegjørelse for hva disse to kravene innebærer.

3.3.2 Tidsmomentet

Tidsmomentet omhandler tidspunktet for når politiet har blitt involvert i en provokasjonshandling. Spørsmålet i det følgende blir derfor *på hvilket tidspunkt det kreves at politiet har blitt involvert.*

For å belyse dette spørsmålet velger jeg å ta utgangspunkt i EMDs avvisningsavgjørelse Shannon mot Storbritannia. I denne saken mottok en britisk journalist tips om at den tiltalte i saken, Shannon, en kjent person innen underholdningsbransjen, drev med narkotikasmugling. På bakgrunn av denne informasjonen arrangerte journalisten et møte med vedkommende under falsk identitet på et hotell for å avsløre han. I denne forbindelse ble det installert lyd – og bildeovervåkning, hvor materialet senere ble overlevert til politiet og ført som bevis i straffesaken mot Shannon. Det springende punkt i saken var hvorvidt bevisene var ulovlig

³¹ NOU 2004: 6 s. 91 og 110.

³² Auglend og Mæland (2016) s. 434

³³ Rt. 2006 s. 120 (38)

³⁴ Se bl.a. Hopsnes (2003i) s. 156 og Øyen (2010i) s. 177

³⁵ Rt. 2011 s. 1455 (avsnitt 40) og EMD 06.04.04, Appl.no. 67537/01 (Shannon mot Storbritannia) s. 11-12.

ervert på grunn av provokasjon. I denne forbindelse ble det blant annet vurdert om journalisten var å anse som en politiagent som handlet på vegne av politiet.

I vurderingen ble det lagt vekt på at politiet ikke hadde noen form for forkunnskaper om handlingen, og at de kun mottok de ervervede bevisene i form av lyd – og bildemateriale fra journalisten. Journalisten hadde således foretatt provokasjonshandlingen på eget initiativ og kunne derfor ikke sies å handle ut ifra politiets instruksjoner eller deres kontroll. Journalisten ble dermed ikke ansett for å være en politiagent.

Dommens resonnering viser til at private som foretar og gjennomfører en provokasjon av eget tiltak *før* politiet varsles, ikke anses for å være en politiagent. Tidspunktet stiller med andre ord krav til kontakt mellom politiet og den private *forut for den provokative handlingen*. Dette er også lagt til grunn i juridisk teori.³⁶

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hvordan situasjonen stiller seg dersom kontakten med politiet blir opprettet mens en provokasjonshandling pågår. Som vi skal se nedenfor i punkt 3.3.3 vil dette avhenge av hvilken involvering politiet har hatt i det videre hendelsesforløpet knyttet til utførelsen av provokasjonen.

3.3.3 Krav til politiets nærmere involvering

Dersom det forutsettes at kontakten mellom den private aktør og politiet er opprettet før den provokative handlingen er utført, vil spørsmålet om den private aktør opptrer som politiagent avhenge av hvilken form for kontakt som foreligger mellom den private aktør og politiet.

I Rt. 2011 s. 1455 (Mo i Rana-saken) ble kontakten med politiet opprettet mens en provokasjonshandling pågikk. Saken omhandlet (blant annet) spørsmål om domfellelse for forsøk på overtredelse av daværende straffeloven av 1902 § 201a (i dag strl. § 306) for å ha avtalt møte med et barn under 16 år, med forsett om å begå seksuelt overgrep (grooming). Tiltalte i saken hadde over nettstedet Nettby kommet i kontakt med en jente under 16 år, hvor han ga uttrykk for at han ville møte henne. Jenta informerte sin mor om forholdet, hvilket medførte at moren etter hvert tok over kontakten med mannen ved å utgi seg for å være jenta gjennom å brukes hennes profil på nettstedet. I denne forbindelse ble gjort avtale om et møte med tanke på seksuell omgang. Det forelå med andre ord handlingsprovokasjon fra morens side.

³⁶ Hopsnes (2003i) s. 156

Samtidig som moren hadde en pågående samtale med den tiltalte, hadde hun imidlertid vært i kontakt med politiet to ganger for å informere om at en eldre mann ønsket å møte hennes datter. Først gjennom en telefonsamtale og deretter gjennom et fysisk møte. Et sentralt spørsmål i saken ble således om disse to forholdene medførte at fornærmedes mor opptrådte som politiagent slik at provokasjonshandlingen skulle bli vurdert som en provokasjon utført av politiet. Dette ble avgjort ved å foreta en nærmere konkrete vurdering av hvilken involvering politiet hadde hatt vedrørende selve utførelsen av den provokative handlingen.

I saken fremgår det at moren, forut for telefonsamtalen med politiet, ikke hadde avtalt et konkret møte med den tiltalte, men at dette var et tema som hadde blitt diskutert. I telefonsamtalen fornærmedes mor hadde med politiet ble det lagt vekt på at politiet ikke hadde gitt noen nærmere instruksjoner om hvordan moren skulle opptre overfor den tiltalte, men at politiet skulle ta nærmere kontakt dagen etter. På dette tidspunktet kunne det således ikke sies at politiet hadde lagt noen form for føringer på morens handlemåte.

Kontakten dagen etter var et fysisk møte mellom politiet og fornærmedes mor hvor de sammen gikk gjennom fornærmedes profil og tok utskrift av samtalen med den tiltalte. Mellom telefonsamtalen og møte hadde imidlertid moren allerede avtalt både tid og møtested med den tiltalte. På bakgrunn av dette la Høyesterett til grunn at moren hadde handlet på eget initiativ uten instruksjoner fra politiet, og at politiet kun hadde fått overlevert informasjon om tid og møtested. Det eneste politiet foretok seg, var å være til stede på det avtalte møtestedet for å kunne pågripe vedkommende. Det var dermed ikke grunnlag for å konstatere at det forelå ulovlig politiprovokasjon.

Dommen viser med andre ord til at det stilles krav til at politiet har styrt provokatørens adferd. Et slikt krav følger også av juridisk teori.³⁷ Hvem som tar kontakt med hvem forut for den provoserende handlingen er således mindre betydelig så lenge det er politiet som har lagt føringer på eller oppfordringer til privatpersonens videre opptreden. Dette innebærer at dersom politiet kun får informasjon, slik tilfellet var i Rt. 2011 s. 1455 eller godkjenner en plan som den private selv har utarbeidet³⁸, vil ikke den private anses for å handle på politiets vegne.

For å belyse et tilfelle hvor politiet ble ansett for å være den styrende part, vil jeg trekke inn saksforholdet i Rt. 2006 s. 120. Saken omhandlet grov narkotikakriminalitet. Person A som

³⁷ Hopsnes (2003) s. 91

³⁸ Se Rt. 1994 s. 319 (pirattaxidom II).

satt i varetekt fortalte en annen innsatt, G, at han ønsket å ta livet av C. Bakgrunnen for dette var at saken mot A sto og falt på den forklaring C hadde gitt til politiet. På bakgrunn av denne informasjonen tok G kontakt med politiet og var villig til, ved bruk av skjult lydopptak, å ta opp samtaler med A for å få bekreftet As planer. Vedrørende gjennomføringen, følger det av dommen at det var politiet som hadde instruert G om å være aktiv for å få frem opplysninger. Førstvoterende i saken uttalte dermed at: «G var ikke polititjenestemann, men han tok på seg ei rolle for politiet og må då identifiserast med politiet». Saken skiller seg således fra saksforholdet i Rt. 2011 s. 1455 ettersom personen her fikk klare instruksjoner fra politiet om hvordan vedkommende skulle opptre.

Det avgjørende er altså at politiet har vært den styrende part for gjennomføringen av provokasjonshandlingen. *I hvilken grad* politiet må ha vært den styrende part er imidlertid noe mer uavklart. Hopsnes gir i sin artikkel om politiprovokasjon uttrykk for at dersom det foreligger en avtale mellom politiet og den private aktører om at han skal følge politiets ordre vil det være tilstrekkelig.³⁹

I Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimsheroinsaken) utviklet imidlertid hendelsesforløpets seg annerledes enn hva som hadde blitt avtalt. Likevel konstatere Høyesterett at det forelå et samarbeid mellom politiet og en privatperson. Saken omhandlet en kvinne som over tid hadde gitt informasjon om et narkotikamiljø hun selv var innblandet i. I forbindelse med en narkotikahandel, hadde politiet bedt kvinnen om å fortsette i handelen, men selv forholde seg passiv og ikke ta noe initiativ. Sakens hendelsesforløp utviklet seg imidlertid slik at kvinnen fikk en mer aktiv rolle enn hva som var blitt avtalt, selv om det var knyttet stor usikkerhet rundt hvor aktiv rolle kvinnen hadde hatt. Likevel ble kvinnen ansett for å opptre som politiets medhjelper.

Dommen kan således trekke i retning av at det vil kunne konstateres et samarbeid mellom private og politiet, også i de tilfeller hvor den private aktør går ut over de instruksjoner politiet har gitt eller hvor vedkommende benytter seg av andre metoder enn avtalt. Dette er også blitt påpekt i juridisk teori.⁴⁰

3.4 Sammenfatning

Oppsummert kan man på bakgrunn av de nevnte dommene utlede at en privatperson anses for å være en politiagent når det har blitt opprettet kontakt med politiet forut for den provokative

³⁹ Hopsnes (2003) s. 91

⁴⁰ Hopsnes (2003i) s. 157

handlingen, og hvor politiet har styrt den private aktørs adferd. Dersom dette er tilfellet vil de samme retningslinjene som gjelder for politiets bruk av provokasjon, også gjøre seg gjeldene overfor den private aktør.⁴¹ Dette medfører videre at de rettslige konsekvensene som gjelder ved politiets overskridelser, også vil være de samme for privatpersoner som opptrer som politiagenter. Som vi skal se i kapittel 4 kan det imidlertid reises spørsmål ved om politiets rettslige skranker for bruk av provokasjon og dens rettslige konsekvenser ved overskridelse, også bør gjøre seg gjeldene overfor privatpersoner som opptrer på eget initiativ.

⁴¹ Jf. bl.a. Rt. 2006 s. 120

4. Provokasjon som grunnlag for frifinnelse

4.1 Generelt

I dette kapittelet vil det bli foretatt en vurdering av om det foreligger rettslige skranker for privatpersoners bruk av handlingsprovokasjon, der overtredelse av disse skrankene vil kunne utgjøre en *frifinnelsesgrunn* for den tiltalte.

Når ulovlig handlingsprovokasjon har blitt begått av politiet viser rettspraksis til at «dette er å anse som en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettstridsreservasjonen».⁴² Det vil således være naturlig å starte med en drøftelse av om de samme rettslige skrankene som gjelder for politiets bruk av provokasjon også vil gjøre seg gjeldene overfor private, slik at grunnlaget for eventuell frifinnelse vil bli lik i begge tilfeller. Det sentrale vil i denne forbindelse være å vurdere hvilke hensyn som begrunner skrankene for politiprovokasjon, og om disse hensyn også vil gjør seg gjeldene overfor private, eller om dette først og fremst er rettslige skranker som særskilt gjelder overfor politiet. Dersom sistnevnte er tilfellet vil spørsmålet bli om det foreligger egne rettslige skranker for privatpersoners bruk av provokasjon, der eventuelle overtredelser kan medføre frifinnelse. Disse spørsmålene vil bli drøftet nærmere i punktene nedenfor.

4.2 Likestilling mellom ulovlig provokasjon fra private og ulovlig politiprovokasjon?

4.2.1 Generelt om politiprovokasjon og dens rettslige skranker

I takt med samfunnsutviklingen har også kriminalitetsbildet endret seg, hvilket har medført at det i større grad har blitt behov for å anvende nye metoder for å avdekke kriminalitet.⁴³

Avdekking av kriminalitet, er som nevnt i punkt 1.1, en oppgave som er tillagt politiet. I denne sammenheng er politiet på nærmere angitte vilkår gitt adgang til å anvende provokasjon som et etterforskningsmiddel for å fremskaffe bevis til bruk i en eventuell straffeforfølgning.

Bruk av provokasjon som en etterforskningsmetode er ikke regulert i lov, men følger av ulovfestet rett.⁴⁴ Metoden benyttes, som allerede nevnt punkt 2.1, i hovedsak i kraft av den

⁴² Rt. 1992 s. 1088 (side 1091)

⁴³ NOU 2004: 6 s. 160

⁴⁴ Lovforslag har imidlertid vært oppe til vurdering flere ganger, jf. blant annet NOU 2004: 6 s. 17 og senest i NOU 2016: 24 s. 342.

alminnelige handlefriheten, men hvor nærmere retningslinjer og rammer for bruken er utviklet og regulert gjennom rettspraksis⁴⁵, samt rundskriv fra riksadvokaten.⁴⁶

Grunnvilkåret for bruk av provokasjon er at politiet ikke kan fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått.⁴⁷ I denne formuleringen ligger er krav til at politiet ikke skal spille en avgjørende rolle for hvorvidt den kriminelle handling blir begått eller ikke. Med andre ord stilles det krav til at gjerningspersonen ville begått den straffbare handlingen, uavhengig av politiets innblanding i hendelsesforløpet.⁴⁸ Videre kreves det at metoden fremstår som proporsjonal sett i lys av forholdets alvor og grad av mistanke, samt at etterforskningsskrittene blir besluttet og gjennomført på en forsvarlig og dokumenterbar måte.⁴⁹

Spørsmålet nedenfor i punkt 4.3.2 blir hvilke hensyn som begrunner disse skrankene. Fremstillingen er ikke ment å være uttømmende, men hvor fokuset vil bli rettet mot de mest sentrale forhold som taler for at det bør foreligge klare retningslinjer for politiets adgang til å anvende provokasjon.

4.2.2 Hensyn som begrunner skrankene for politiets bruk av provokasjon

Handlingsprovokasjon, innebærer som nevnt i punkt 1.3.1, at en person blir lokket eller lurt til å begå en straffbar handling eller fortsette en allerede pågående straffbar handling. For tiltalte som blir utsatt for den provokative handlingen spiller det således liten rolle om provokasjonen er foretatt av en privatperson eller politiet. Situasjonen for tiltalte vil være like reell i begge tilfeller.⁵⁰ Hensynet til den som blir utsatt for den provokative handlingen har imidlertid ikke i norsk rett blitt ansett for å begrunne de særlige begrensningene som gjelder for politiets adgang til å anvende provokasjon. Bakgrunnen for dette er at det anses å være et grunnleggende utgangspunkt at enhver er forpliktet til å avstå fra å begå straffbare handlinger, også i de tilfeller hvor man blir oppfordret, lokket eller lurt til det.⁵¹ Min vurdering er at dette henger sammen med grunnleggende forventinger som stilles til personers etiske og moralske holdninger i samfunnet. Skrankene for politiets adgang til å anvende provokasjon kan således ikke begrunnes ut ifra hensynet til den tiltalte.

⁴⁵ Se bl.a. Rt. 1984 s. 1076

⁴⁶ RA-2000-02 del III

⁴⁷ Jf. Rt. 1984 s. 1076 (side 1080)

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Rt. 2011 s. 1455 (avsnitt 35)

⁵⁰ Hopsnes (2003) s. 70

⁵¹ Ibid. s. 69

Spørsmålet blir således hvilke andre hensyn som kan begrunne skrankene for politiets adgang til å anvende provokasjon.

I Rt. 1992 s. 1088 (side 1091) blir det henvist til at:

«det som taler mot straff for handlinger som er fremprovosert av politiet, er først og fremst at det finnes støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet.»

Først og fremst vil denne formuleringen kunne rette seg mot den særlige maktstillingen som politiet har i samfunnet og de forventninger folk flest har og bør kunne ha til politiet. I Rt. 1984 s. 1076 (side 1080) ble det uttrykt at en vesentlig begrunnelse for å fastsette begrensninger for bruk av politiprovokasjon er «rettssikkerhetshensyn og hensynet til den alminnelige tillit til politiet».

Politiet er statens utøvende maktapparat, hvor én av deres sentrale oppgaver er å forhindre og avverge straffbare handlinger eller eventuelt å avdekke og skaffe bevis for kriminelle handlinger som allerede er begått, jf. pl. §2 nr. 2 og 3. Ved en handlingsprovokasjon påvirker imidlertid politiet en person til å gjøre noe straffbart. Etersom politiets påvirkning kommer før den straffbare handlingen er begått, er det en risiko for at politiet ved provokasjonen fremskaper kriminalitet i form av å fremprovosere en handling som ellers ikke ville blitt begått. Dette vil ikke bare skape en *kriminaliseringsfare*, men vil også være i direkte strid med politiets lovpålagte oppgaver. En slik handlemåte vil således kunne *svekke borgernes tillitt* til politiet. Videre vil det være betenkelig at politiet først skal kunne friste en person til å begå en straffbar handling, for deretter å ta ut tiltalte mot vedkommende. Særlig vil det her foreligge en fare for at politiet kan fremprovosere straffbare handlinger for å kriminalisere bestemte personer. Dette strider mot den alminnelige rettferdighetsfølelse, og kan bli oppfattet som *maktmisbruk* fra politiets side.

Kriminaliseringsfare, fare for borgerens mistillit til politiet og maktmisbruk, er således forhold som særlig trekker i retning at det bør foreligge klare og restriktive regler for når politiet kan anvende provokasjon i sitt etterforskningsarbeid.

4.2.3 Vil de samme hensynene gjøre seg gjeldene ved bruk av privat provokasjon?

Spørsmålet i det følgende blir om de samme hensyn som begrunner skrankene for politiets bruk av provokasjon, også vil gjøre seg gjeldene ovenfor private.

I Rt. 1994 s. 319 (Pirattaxidom II) ga Høyesterett uttrykk for at hvorvidt bruken av provokasjon er å anse berettiget eller ikke, vil kunne stille seg noe forskjellig ut ifra hvem som utfører den provokative handlingen. Saken dreide seg om at drosjenæringen i et

lokalsamfunn selv hadde tatt initiativ til å avdekke piratdrosjekjøring på bakgrunn av et stadig økende problem med slik form for virksomhet. I denne forbindelse ble en 26-åring dømt til å betale bot for å bedrive ulovlig piratvirksomhet. Det ble forgjeves hevdet at vedkommende skulle frifinnes på grunn av provokasjon. Førstvoterende uttalte at: «i vår sak, hvor kontrollen ble organisert av drosjenæringen selv, er hensynene til dels andre enn når det er politiet som forestår denne». (side 371)

I dommen blir det ikke nærmere konkretisert hvilke hensyn det siktes til. Det er likevel nærliggende å kunne legge til grunn at privatpersoner ikke kan sies å stå i samme maktposisjon i samfunnet som politiet. De forventningene som stilles til politiets opptreden i samfunnet, vil således heller ikke være de samme ovenfor privatpersoner. En slik oppfatning har også blitt lagt til grunn i juridisk teori.⁵² Videre vil ikke privatpersoner ha de samme forutsetningene som politiet, hva gjelder bruk av maktmidler og tilgang til teknologisk utstyr til overvåkning m.v.⁵³ Fare for maktmisbruk kan dermed ikke sies å utgjøre en nevneverdig risiko ved bruk av privat provokasjon. Disse forhold trekker således i retning av at det ikke kreves at det foreligger like strenge rammer for privatpersoners bruk av provokasjon som for politiet.

Hopsnes har imidlertid i sin artikkel «provokasjon som politimetode» påpekt at selv om politiprovokasjon til dels bygger på andre hensyn enn privat provokasjon, kan det stilles spørsmål ved om ikke enkelte sivile provokasjonshandlinger bør behandles på samme måte som politiprovokasjon.⁵⁴ Han henviser blant annet til at dersom media eller andre sterke samfunnsinstitusjoner benytter seg av provokasjon for å avdekke kriminalitet, vil mange av de samme hensyn som gjør seg gjeldene overfor politiet også gjøre seg gjeldene overfor privatpersoner. Et slikt synspunkt vil kunne føre til at man i stedet for å anvende en konkret grense for hva som betraktes som provokasjon fra private og hva som betraktes som politiprovokasjon, i stedet foretar en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. På denne måten kan man vekte de ulike hensyn som gjør seg gjeldene i den konkrete sak for å avgjøre om privates opptreden i det enkelte tilfelle bør falle inn under de samme retningslinjene som gjelder for politiet. Dette er imidlertid et spørsmål som er uavklart i praksis.⁵⁵

⁵² Se bl.a. Gröning, Husabø & Jacobsen (2016) s. 550 og Hopsnes (2003) s. 69

⁵³ NOU 2016: 24 s. 273

⁵⁴ Hopsnes (2003) s. 91-92

⁵⁵ Hopsnes (2003) s. 92

Ut ifra det foreliggende rettskildematerialet, vil den mest naturlige konklusjonen således være å legge til grunn at skrankene for politiprovokasjon er begrunnet ut ifra politiets særlige maktstilling i samfunnet og borgerens forventninger til politiet. Dette tilsier at politiprovokasjon og privat provokasjon bør behandles noe forskjellig.

I punkt 4.4. vil jeg derfor foreta en nærmere redegjørelse av hvilke eventuelle rettslige skranker *private* må overtrede for at det skal utgjøre en frifinnelsesgrunn for den tiltalte.

4.3 Privat provokasjon som grunnlag for frifinnelse

4.3.1 Utgangspunkter

Forutsetningen er her at privatpersoner ikke er underlagt de samme rettslige skrankene som gjelder for politiets bruk av provokasjon. *Spørsmålet blir således om det foreligger egne rettslige skranker for privates bruk av provokasjon som vil kunne få betydning for den tiltaltes rettsstilling.*

Her vil særlig saksforholdet i den allerede omtalte Høyesterettsdommen Rt. 2011 s. 1455 (Mo i Rana-saken) stå sentralt. Høyesterett fastslo i denne dommen at det også foreligger visse grenser for bruk av private handlingsprovokasjoner og at overskridelse av disse grensene kan medføre frifinnelse for den tiltalte i saken. Saken gjaldt som nevnt tidligere spørsmål om det forelå ulovlig handlingsprovokasjon fra fornærmedes mor i forbindelse med spørsmål om domfellelse for grooming.⁵⁶ Ved vurderingen av grensene for bruk av handlingsprovokasjon fra private tok Høyesterett utgangspunkt i EMDs avvisningsavgjørelse Shannon mot Storbritannia. Det ble her henvist til at:

«det følger av EMDs avvisningsavgjørelse 6.april 2004 (EMD-2001-67537) i saken Shannon mot Storbritannia at domfellelse på grunn av handlingsprovokasjon fra private etter omstendighetene kan være i strid med retten til rettferdig rettergang, jf. Kjølbros, op.cit. side 467-468.» (avsnitt 44)

Høyesterett tok således utgangspunkt i de samme retningslinjene som EMD fastslo i denne avgjørelsen, for å kartlegge den norske rettstilstanden og avgjøre hvorvidt privatpersonens opptreden i den forestående sak var av en slik karakter at den burde medføre frifinnelse for den tiltalte.

Det kan således sies å være liten tvil om at provokasjon fra private kan utgjøre en særskilt frifinnelsesgrunn for den tiltalte. Det blir imidlertid i Rt. 2011 s. 1455 (avsnitt 44) konstatert

⁵⁶ Se nærmere punkt 3.3.3

at terskelen for frifinnelse på grunnlag av privat provokasjon er høy. En slik forståelse er også lagt til grunn i juridisk teori, hvor det blir påpekt at frifinnelse på grunnlag av privat provokasjon bare vil kunne skje i «*særlige tilfeller*» og at det skal «*atskillig mer til*» for å konstatere frifinnelse ved ulovlig bruk av privat provokasjon enn ved ulovlig bruk av politiprovokasjon.⁵⁷ Min vurdering er at dette henger sammen med det jeg har nevnt tidligere, at private ikke står i samme maktposisjon som politiet. På grunn av deres mindre fremtredende rolle i samfunnet, vil det være naturlig at terskelen for frifinnelse er høyere ved ulovlig bruk av provokasjon fra private enn ved ulovlig bruk av provokasjon fra politiets side. *Spørsmålet blir imidlertid hvilke overtredelser private provokatører må foreta seg for at det skal kunne utgjøre en frifinnelsesgrunn for den tiltalte.*

Ved å se på saksforholdet i Mo i Rana-saken (Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 44) oppstilte Høyesterett for det første det samme grunnvilkåret som gjelder for politiprovokasjon. Heller ikke private personer kan forlede en tiltalt til å begå «en handling han ellers ikke ville ha begått». Videre blir det i dommen henvist til at det i tillegg kreves, etter en totalvurdering, at det vil virke «støtende og i strid med den alminnelige rettsfølelse å straffedømme den som har blitt lurt». Disse rettslige skrankene ble videreført i LH- 2016 – 196879 i forbindelse med spørsmålet om organisasjonen Barnas trygghet (omtalt i punk 1.1) hadde begått ulovlig handlingsprovokasjon vedrørende deres avsløring av «groomere» etter strl. § 306.

Nedenfor vil jeg i punkt 4.3.2 og 4.3.3 foreta en nærmere redegjørelse av hva disse skrankene innebærer.

4.3.2 Innholdet i grunnvilkåret

4.3.2.1 Generelt

Grunnvilkåret for bruk av privat provokasjon er det samme som gjelder for politiprovokasjon. Heller ikke private kan forlede til en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått, jf. Rt. 2011 s. 1455 (avsnitt 44). Vilkårets betydning er imidlertid ikke blitt nærmere presisert. Det vil således være nødvendig å anvende rettspraksis vedrørende politiprovokasjon for å danne ytterrammene rundt vilkårets betydning.

4.3.2.2 Årsakskrav

Forbudet knyttet til at den tiltalte ikke må være forledet til en straffbar handling han ellers ikke ville begått, tyder på at provokatørens opptreden ikke må være den avgjørende faktor for hvorvidt den tiltalte begikk den straffbare handlingen. Høyesterett har vedrørende spørsmål

⁵⁷ Andenæs (2016) s. 211

om ulovlig politiprovokasjon henvist til at provokasjon bare kan anses berettiget dersom den straffbare handlingen ville blitt begått uavhengig av politiets rolle i begivenhetsforløpet.⁵⁸

Med andre ord statuerer grunnvilkåret et årsakskrav, i form av at det kreves at den tiltalte i saken ville foretatt den kriminelle handlingen uavhengig av provokatørens rolle.

Grunnvilkåret vil således være overskredet dersom den privates påvirkning er årsaken til at den straffbare handlingen begås. *Spørsmålet blir imidlertid hvilken grad av påvirkning som kreves for at grunnvilkåret anses overskredet.*

I Rt. 1998 s. 407 (skrikdommen) som gjaldt spørsmålet om forsøk på heleri i forbindelse med tyveriet av maleriet «Skrik», ble det vurdert hvorvidt det her forelå ulovlig provokasjon fra politiets side. I denne sammenheng ble årsakskravet vurdert slik:

«Om politiets aksjon tenkes borte, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført.» (side 410)

Denne formuleringen kan tyde på at grunnvilkåret bygger på betingelseslæren. Dette innebærer at dersom provokatørens rolle er en nødvendig betingelse for at den straffbare handlingen blir gjennomført, vil forholdene være fremprovosert og dermed ulovlig. En slik forståelse av formuleringen er også lagt til grunn i juridisk teori.⁵⁹

Imidlertid har det i en del rettsavgjørelser blitt henvist til at selv om det foreligger påvirkning fra politiets side, vil det likevel ikke anses uberettiget dersom politiets bidrag er for «fjernt og indirekte».⁶⁰ Det har således blitt akseptert at politiet kan foreta visse endringer i «tid, sted og utførelse», jf. Rt. 1984 s. 407 (side 1080). En viss form påvirkning vil med andre ord bli akseptert.

Ettersom terskelen for frifinnelse anses for å være høyere ved bruk av privat provokasjon enn politiprovokasjon, vil det mest nærliggende være å legge til grunn at en slik reservasjon også vil gjøre seg gjeldene overfor private provokasjonshandlinger.

4.3.2.3 Nærmere om den konkrete påvirkningen; initiativtakeren

Ved den nærmere vurdering av hvorvidt årsakskravet er oppfylt, viser rettspraksis både fra norsk rett, samt EMD, at det først og fremst blir lagt vekt på hvem som tok *initiativ* til den straffbare handlingen. Dette gjelder både vedrørende spørsmål om politiprovokasjon og provokasjon fra private.

⁵⁸ Rt. 1984 s. 1976 (side 1080)

⁵⁹ Se bl.a. Hopsnes (2003) s. 98

⁶⁰ Se bl.a. Rt. 1984 s. 1076 (side 1083) og Rt. 2000 s. 1482 (side 1486)

I den allerede omtalte EMD avgjørelsen Shannon mot Storbritannia, ble det lagt vekt på at det var den tiltalte som «volunteered, offered and agreed to supply drugs without being subjected for pressure».⁶¹ I saken ble det dermed konkludert med at vedkommende ikke hadde blitt lurt til å begå en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått. Avgjørelsen viser med andre ord til at initiativ fra den tiltalte selv vil være et moment som klart trekker i retning av at tiltalte ikke har blitt forledet til en straffbar handling han ellers ikke ville begått. Et slikt synspunkt følger også av juridisk teori.⁶²

Det vil imidlertid kunne være vanskelig å trekke en konkret grense for hva som er strafferettslig relevant initiativ. For å avgjøre om grunnvilkåret er overskredet har det i juridisk teori blitt påpekt at man må ta utgangspunkt i det straffebudet som er aktuelt i den konkrete saken.⁶³ På denne måten finner man ut hvilke faktiske forhold som er av strafferettslig betydning og dermed også hva som er strafferettslig relevant initiativ.

Dersom man benytter saksforholdet i Rt. 2011 s. 1455 (Mo i Rana-saken) som eksempel, vil det aktuelle straffebudet ut fra dagens straffelov av 2005 være strl. § 306. Av bestemmelsen fremgår følgende:

«Med bot eller fengsel inntil 1 år straffes den som har avtalt et møte med et barn under 16 år, og som med forsett om å begå en handling med barnet som nevnt i §§ 299-304, § 305 bokstav b eller § 311 første ledd bokstav a, har kommet frem til møtestedet eller et sted hvor møtestedet kan iakttas».

I henhold til gjerningsbeskrivelsen i strl. § 306 vil det avgjørende i vurderingen av hvem som tok initiativ til den straffbare handlingen således være *hvem som først har tatt kontakt og hvem som har tatt initiativ til å få til et fysisk møte med tanke på seksuell omgang*.

Disse forholdene ble det lagt avgjørende vekt på i Rt. 2011 s. 1455 (avsnitt 45). I forbindelse med vurdering av hvorvidt den tiltalte i saken hadde blitt utsatt for ulovlig privat handlingsprovokasjon, henvist til at det var den tiltalte som *opprinnelig tok kontakt med fornærmede*, og at det også var han som *først ga uttrykk for at han ønsket å møte henne*. Dette skjedde før fornærmedes mor overtok kontakten. Med andre ord var det tiltalte som var initiativtakeren til den straffbare handlingen. Dette var et moment som klart trakk i retning av at tiltalte ikke hadde blitt forledet til å begå en straffbar handling han ellers ikke ville begått. I

⁶¹ Shannon mot Storbritannia s. 12

⁶² Hopsnes (2003) s. 103.

⁶³ Ibid. s. 97

slike tilfeller utviser tiltalte en egen forbrytersk vilje. Det vil dermed ikke anses like beskyttelsesverdig å beskytte tiltalte i slike tilfeller. Hvem som er initiativtakeren til den straffbare handlingen er således et meget sentralt moment i vurdering av hvorvidt den tiltalte skal frifinnes eller ikke.

4.3.3 Helhetsvurdering av forholdet

4.3.3.1 Utgangspunkter

Hvorvidt privat provokasjon skal føre til frifinnelse, bunner ut i en konkret helhetsvurdering av om det vil virke «støtende og i strid med den alminnelige rettsfølelse å straffedømme den som er blitt lurt.»⁶⁴ Med andre ord kreves det at det foretas en nærmere konkret vurdering av det aktuelle saksforhold. I Rt. 2011 s. 1455 (avsnitt 44) blir det påpekt at det «blant annet» skal legges vekt på «hvilket retts gode som er beskyttet», «tiltaltes handlemåte» og «hvor sterk grad av tilskyndelse som foreligger.»

Formuleringen «blant annet» tilsier at oppramsingen av momenter ikke er ment å være uttømmende, men at også andre momenter vil kunne gjøre seg gjeldene. I det videre drøftelsen vil jeg foreta en nærmere vurdering av hva som ligger i de særlige nevnte momentene, samt vurdere hvilke andre momenter som ville kunne være av rettslig betydning.

4.3.3.2 Grad av tilskyndelse

Som nevnt i punkt 4.3.2 har det i vurderingen av om det foreligger overskridelse av grunnvilkåret, først og fremst blitt lagt vekt på hvem som tok initiativ til den straffbare handlingen. For å vurdere hvorvidt det vil virke støtende og i strid med den alminnelige rettsfølelse å straffedømme den som har blitt lurt viser rettspraksis at det også skal legges vekt på «hvor stor grad av tilskyndelse» som foreligger, jf. Rt. 2011 s. 1455 (avsnitt 44). Med andre ord skal det foretas en vurdering av provokatørens rolle i hendelsesforløpet. Sånn sett vil momentet henge nært sammen med innholdet i grunnvilkåret: *foreligger det en slik påvirkning fra provokatørens side som taler for at tiltalte ikke ville begått den aktuelle handlingen dersom påvirkningen tenkes borte?*

I Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 45 (Mo i Rana-saken) ble det i vurdering av hvorvidt det forelå ulovlig provokasjon fra morens side, henvist til at moren var en aktiv pådriver, fordi hun med sine meldinger bidro til å styrke tiltaltes forsett. Likevel kom Høyesterett til at det ikke ville være støtende å dømme tiltalte. Bakgrunnen for dette var at de mente det var den siktede som var den mest aktive part i hendelsesforløpet. Det var den tiltalte som først hadde opprettet

⁶⁴ Jf. Rt. 2011 s. 1455

kontakt med fornærmede og gitt uttrykk for et ønske om å møtes. I den forutgående lagmannsrettsdommen LH-2010-166827, ble det uttalt at det var den tiltalte som var «den pågående» til å få til et møte, mens fornærmedes mor var mer «passiv og avventende». Selv om Høyesterett ga uttrykk for at moren hadde opptrådt noe mer aktivt enn hva lagmannsretten ga uttrykk for, var de likevel enige med lagmannsretten om at det ikke var grunnlag for frifinnelse på grunnlag av privat provokasjon.

Det samme ble resultatet i dommen fra Frostating lagmannsrett LF-2016-106879. Det ble her forgjeves hevdet at den tiltalte skulle frifinnes for forsøk på overtredelse av strl. § 306 fordi det forelå ulovlig provokasjon fra private. I korte trekk omhandlet saken en 63- år gammel mann som via internett hadde avtalt møte med det han trodde var 14 år gamle «Lisa» med tanke på seksuell omgang. Det var imidlertid interesseorganisasjonen Barnas trygghet som sto bak jentas profil på nettet, og det var medlemmer av Barnas trygghet den 63- år gamle mannen møtte på det avtale møtestedet. Det oppsto således spørsmål om hvorvidt den tiltalte skulle frifinnes på grunn av provokasjon fra private.

I denne forbindelse henviste lagmannsretten til at «Lisa» også var aktiv i planleggingen og at det helt klart forelå tilskyndelse. Likevel kom lagmannsretten til at det verken ville fremstå som støtende eller i strid med den alminnelige rettsfølelse å straffedømme tiltalte. Det ble lagt vekt på at den tiltalte var aktiv i planleggingen av møtet og at det var han som innledet en etter hvert sterk seksualisert dialog på internett og via telefon med en person han trodde var en jente på 14 år. Selv om det forelå tilskyndelse fra den andre part, var tiltaltes handlemåte av en slik karakter at det ikke forelå grunnlag for frifinnelse på grunn av provokasjon fra private.

4.3.3.3 Type rettsgode

De lover og regler som gjelder i samfunnet er ment å beskytte og verne ulike rettsgoder. Hvor strenge lover og regler som gjelder og hvilke rettsvirkninger overtredelser vil føre til, vil blant annet variere ut ifra hvilket rettsgode den aktuelle lov eller regel er ment å verne. Følgelig vil det være naturlig å operere med strengere regler vedrørende vern av menneskets liv og helse enn materielle rettsgoder som fast eiendom.

I Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 45 (Mo i Rana-saken) blir det henvist til at dagjeldende straffelov av 1902 § 201 a (i dag strl. § 306) «tar sikte på å beskytte barn under 16 år uavhengig av hva barnet selv måtte ønske.» Den såkalte «grooming» paragrafen tar med andre ord høyde for at barn ofte et lett påvirkelige og ikke alltid vil være klar over hvilke konsekvenser handlingene deres kan medføre. Det at en voksen person velger å utnytte dette, anses ikke å være særlig beskyttelsesverdig, heller ikke i de situasjoner tiltalte har blitt utsatt for provokasjon.

Et slikt moment ble også vektlagt i LF-2016-106879. I forbindelse med spørsmålet om tiltale skulle frifinnes ble det lagt stor vekt på viktigheten av å beskytte barn mot seksuelle overgrep som følge av kontakt over internett. Lagmannsretten påpekte at «via sosiale medier har voksne muligheten til direkte kontakt med barn» og at denne kontakten er «en kontakt barnets foresatte ofte har liten mulighet til å kontrollere». Et slikt synspunkt har også blitt lagt til grunn i forarbeidene til straffeloven, hvor det blir påpekt at nye kommunikasjonsmidler over internett og mobil har gjort barn mer sårbare og utsatt for overgrep, og at slik type kommunikasjon er vanskelig å kontrollere for andre voksne.⁶⁵

Det aktuelle rettsgodets sårbarhet er således av en meget sentral betydning ved vurderingen av hvorvidt den tiltalte skal kunne frifinnes på grunnlag av provokasjon fra private. Sann sett kan man si at det foretas en interesseavveining mellom tiltaltes rettsstilling på den ene siden og provokasjonens formål på den andre.

4.3.3.4 Tiltaltes handlemåte

Når det gjelder momentet knyttet til «tiltaltes handlemåte» vil dette momentet i stor grad kunne sies å være dekket gjennom vurdering av hvem som var initiativtakeren til den straffbare handlingen.⁶⁶ Momentet vil imidlertid også kunne sies å ha en noe mer selvstendig betydning. I EMDs avvisningsavgjørelse Shannon mot Storbritannia, ble det ved domfellelsen lagt stor vekt på at tiltalte hadde hatt «a number of opportunities to withdraw for the deal».⁶⁷ Likevel valgte vedkommende å gjennomføre den straffbare handlingen.

I Rt. 2011 s.1455 (avsnitt 45) la Høyesterett til grunn det samme. Det ble her påpekt at den «tiltalte kunne i løpet av den perioden kontakten varte, når som helst ha trukket seg fra avtalen og avbrutt kontakten». Det samme ser ut til å være lagt til grunn i LF-2016-106879. Også her ble det henvis til at «han hadde hele tiden mulighet til å trekke seg fra avtalen, hvilken han ikke gjorde».

En slik handlemåte tilsier at gjerningspersonen i disse tilfellene har hatt en fast og varig forbrytersk vilje, og ikke har handlet impulsivt og under press. Dette trekker i retning av at det ikke vil virke støtende eller i strid med den alminnelige rettsfølelse å straffedømme tiltalte. Det anes ikke særlig beskyttelsesverdig å forhindre domfellelse av en person som hele veien

⁶⁵ Ot. Prp. Nr. 18 (2006-2007) punkt 2.1. Kripos har også henvist til at i perioden 2013-2015 ble totalt 912 personer enten mistenkt, siktet eller domfelt i forbindelse med seksualforbrytelser via internett – uttalelse i Aftenposten 30.08.16

⁶⁶ Se punkt 4.3.2.3

⁶⁷ Shannon mot Storbritannia side 12.

har hatt en reell mulighet til å trekke seg fra avtalen, til tross for at det foreligger en viss påvirkning. Dette henger sammen med som nevnt tidligere i punkt 4.2.2, at det grunnleggende utgangspunktet i norsk rett er at enhver er forpliktet til å avstå fra å begå straffbare handlinger også i de tilfeller hvor man blir lurt eller lokket til det.

4.3.3.5 Andre momenter?

Som nevnt ovenfor tilsier formuleringen «blant annet» at opplistingen av momentene ikke er ment å være uttømmende. Også andre momenter vil kunne være av betydning i vurdering av hvorvidt privat provokasjon bør føre til frifinnelse.

Nedenfor vil jeg særlig vurdere to aktuelle momenter; systematisk overlevering av bevismateriale og bevismaterialets notoritet og etterprøvnbarhet.

Systematisk overlevering av bevismateriale

Det kan være relevant å vurdere om det i større grad vil virke støtende og i strid med den alminnelige rettsfølelse å straffedømme en tiltalt som har blitt utsatt for planlagt provokasjon, hvor bevismateriale systematisk har blitt overlevert til politiet.

Et slikt spørsmål kan særlig stilles ved den virksomhet Barnas Trygghet bedriver. Formålet med deres arbeid er å få potensielle overgripere dømt for «grooming» etter strl. § 306. Ved å utgi seg for å være fiktive ungjenter på internett, fremskaffer organisasjonen seg bevismateriale mot ulike personer, som de deretter overleverer til politiet. Det foreligger dermed en systematisk organisering både av selve provokasjonen, samt overleveringen av bevismateriale. Det er således ikke tale om et enkeltstående provokasjonstilfelle, slik tilfellet var i Rt. 2011 s. 1455 (Mo i Rana-saken).

Et slikt «samarbeid» vil kunne gjøre at politiet indirekte over en lengere periode kan benytte seg av metoder de selv ikke har adgang til å utøve og at det dermed indirekte vil foreligge en form for maktmisbruk.

En slik jevnlig kontakt mellom politiet og private aktører kan således medføre at det oppstår en vanskelig grensdraging mellom hva som anses for å være en rettsstat verdig. Selv om Barnas Trygghet på eget initiativ utfører den provokative handlingen uten instruks fra politiet vil imidlertid det forhold at politiet drar nytte av en slik systematisk og planlagt «jakt» på overgripere kunne skape visse betenkeligheter som utad vil kunne svekke tillitten til vårt rettssystem. Det kan dermed stilles spørsmål ved om det i slike tilfeller er større grunn til å trekke analogier mellom skrankene for politiets bruk av provokasjon.

Notoritet og etterprøvnbarhet

Et annet sentralt moment vil være å vurdere notoriteten og etterprøvnbarheten av bevisene som er ervervet gjennom provokasjonen. Private vil i mindre omfang enn politiet ha gode fastsatte ordninger og rutiner for hvordan bevisene blir innhentet og lagret. Dette vil kunne svekke tiltaltes krav på en rettssikker og forsvarlig strafferettspleie, og sånn sett medføre at det vil virke støtende og strid med den alminnelige rettsfølelse å straffedømme vedkommende.

Dersom man tar utgangspunkt i provokasjon som foregår over internett (på ulike chatteforum), vil det imidlertid kunne sies å foreligge god notoritet og etterprøvnbarhet av det bevismaterialet som er fremskaffet. Bevismaterialet i disse tilfellene vil som regel være utskrift av chatlogger som har blitt sendt mellom den tiltalte og provokatøren. Samtalen mellom den tiltalte og provokatøren er sånn sett fullt ut dokumenterbar. Det er dermed gode muligheter for å vurdere tiltaltes opptreden, samt å ta stilling til om provokatørens opptreden er av en slik karakter at det bør føre til frifinnelse.

4.4 Sammenfatning av rettstilstanden

På grunn av særskilte hensyn som begrunner skrankene for politiets bruk av provokasjon, vil man ikke uten videre kunne legge til grunn at private skal følge de samme rettslige skrankene som gjelder for politiet.

Det må imidlertid anses som relativt klart at det også foreligger skranker for privates adgang til å anvende provokasjon og at overtredelser kan medføre at tiltalte vil bli frifunnet, jf. Rt. 2011 s. 1455. Som henvist til ovenfor er imidlertid terskelen for frifinnelse på dette grunnlaget meget høyt sammenlignet med provokasjon fra politiets side. Dette henger sammen med at det her ikke foreligger en form for myndighetsmisbruk for samfunnets side. I stedet er det her snakk om to likestilte parter hvilket tilsier ikke i like nevneverdig grad har behov for beskyttelse.

Hvorvidt privat provokasjon vil kunne utgjøre en særskilt frifinnelsesgrunn for tiltalte må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle, hvor det avgjørende vil være en samlet vurdering og avveining av de ulike konkrete forhold som gjør seg gjeldene i saken.

5. Privat provokasjon som grunnlag for bevisavskjæring

5.1 Generelt

Privat provokasjon innebærer som nevnt i punkt 1.3.2 at politiet først blir kontaktet etter at den provoserende handlingen er utført, og da gjerne i form av å overlevere bevismateriale som politiet eventuelt kan benytte i en påfølgende rettssak. I slike tilfeller kan det oppstå spørsmål om det skal oppstilles et bevisforbud på grunnlag av at bevisene er ervervet på en urettmessig måte. Nedenfor skal jeg foreta en nærmere vurdering av dette ved å ta utgangspunkt i den *ulovfestede læren om avskjæring av bevis som er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte*.

Så vidt jeg kan se har ikke bevis som har blitt ervervet via privat handlingsprovokasjon vært gjenstand for spørsmålet om eventuell bevisavskjæring etter norsk rett. I stedet har ulovlig handlingsprovokasjon blitt vurdert som en eventuell frifinnelsesgrunn slik jeg har redegjort for i kapittel 4. Dette har trolig en sammenheng med at man ved utøvelsen av selve handlingsprovokasjonen fremskaffer bevis. Hvorvidt det foreligger en uberettiget provokasjonshandling kan således vanskelig avgjøres uten å se hen til de bevisene som er fremskaffet parallelt med provokasjonsutøvelsen. Dersom disse bevisene peker i retning av at det foreligger ulovlig handlingsprovokasjon, anses dette for å utgjøre en ulovfestet frifinnelsesgrunn etter norsk rett. Det er således ikke nødvendig å avskjære bevisene etter en egen lære.

Jeg synes det imidlertid kan være interessant å vurdere om privat handlingsprovokasjon bør inngå under den ulovfestede læren om avskjæring av bevis *i de tilfeller hvor det ikke er grunnlag for å konstatere frifinnelse*. Med andre ord vil bevisavskjæring bli vurdert som en *sekundær rettsvirkning* i de tilfeller hvor det ikke er grunnlag for frifinnelse.

Nedenfor vil jeg i punkt 5.2 presentere utgangspunktet i norsk rett som er fri bevisførsel. Deretter vil jeg i punkt 5.3 foreta en generell presentasjon av læren om avskjæring av bevis som er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte. Dette for å fastsette de ytre rammene for den videre drøftelsen. Deretter vil jeg i punkt 5.4 og 5.5 foreta en nærmere konkret vurdering av hvorvidt *privat handlingsprovokasjon* anses for å være en ulovlig eller utilbørlige metode å erverve bevis på, og eventuell om dette bør medføre at bevisene skal avskjæres.

5.2 Fri bevisførsel

For å ta stilling til om den tiltalte er skyldig må retten kartlegge det faktiske hendelsesforløpet i saken ved å innhente og vurdere tilgjengelige bevis.⁶⁸

Utgangspunktet i norsk straffeprosess er fri bevisførsel. Dette medfører at partene har rett til å føre de bevis de selv ønsker til støtte for sin sak.⁶⁹ I sivile saker er dette konkret fastslått i tvisteloven § 21-3 første ledd første punktum. I straffeprosessloven er ikke dette prinsippet eksplisitt kommet til uttrykk, men det anses som relativt klart at dette også er det rettslige utgangspunktet i straffesaker. Dette kommer blant annet til uttrykk i Rt. 1990 s. 1008 (side 1010) som henviser til at:

«etter norsk straffeprosess har partene i utgangspunktet anledning til å føre de bevis de ønsker vedrørende saken. Denne forutsetning er ikke direkte kommet til uttrykk i loven, men hovedregelen er likevel klar».

Denne formuleringen tilsier at bevis i en straffesak som er ervervet via en privat handlingsprovokasjon, i utgangspunktet kan føres som bevis for retten. *Spørsmålet blir imidlertid om det foreligger unntak fra denne hovedregelen, og eventuelt hvorvidt provokasjon fra private rammes at dette unntakstilfellet.*

5.3 Unntak fra den frie bevisførsel: Læren om avskjæring av bevis som er fremskaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte

5.3.1 Generelt

Utgangspunktet om fri bevisførsel bygger på et sannhetsideal. For å avdekke og sikre et materielt riktig resultat, er det viktig at man bygger på alle relevante bevis som kan bidra til sakens opplysning. Interessen å få oppklart kriminelle handlinger kan imidlertid ikke rettferdiggjøre ethvert inngrep mot den tiltalte. Hensynet til sakens opplysning må veies opp mot andre vektige hensyn som skal ivareta tiltaltes interesser. Dette har medført at det gjelder en rekke bevisforbud og bevisfritak.⁷⁰

Et mulig unntak fra regelen om fri bevisførsel er bevis som er fremskaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte. I tvisteloven følger dette av § 22-7 hvor det fremgår at «retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte». Et tilsvarende

⁶⁸ NOU 2016: 24 s. 255

⁶⁹ Øyen (2010) s. 423

⁷⁰ Øyen (2016) s. 412 og NOU 2016: 24 s. 272

bevisforbud er ikke lovfestet i straffeprosessen, men bygger på ulovfestet rett i form av regler utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori.⁷¹ Høyesterett har i denne forbindelse oppstilt et vurderingstema om hvorvidt bevis som er ervervet på en «ulovlig eller utilbørlig måte» skal avskjæres, jf. Rt. 2009 s. 1526 (avsnitt 28).

Den klare hovedregelen i norsk rett er imidlertid at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres.⁷² Dette betyr at det er selve avskjæringen av beviset som særskilt må begrunnes. Det foreligger således ingen automatikk i at bevis som er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte skal avskjæres. I stedet må det foretas en konkret vurdering av det aktuelle saksforholdet i hvert enkelt tilfelle.

5.3.2 Når er bevis fremskaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte?

Spørsmålet er her hva som ligger i selve uttrykksformene «ulovlig» og «utilbørlig».⁷³

Et bevis anses for å være ervervet på en «ulovlig» måte når fremskaffelsen av bevisene har skjedd i strid med en lovfestet eller ulovfestet rettsregel som utgjør en materiell, kompetansemessig eller saksbehandlingsmessig skranke for hvordan et bevis kan fremskaffes.⁷⁴

Uttrykket «utilbørlig» anses for å ha en noe mer uavklar avgrensning. Det er imidlertid antatt at ordet ikke krever en konkret avgrensning, men at uttrykket benyttes for å henvise til at et bevisforbud kan forekomme selv om beviset ikke ble ervervet gjennom brudd på en rettsregel.⁷⁵ Dette kom blant annet til uttrykk i Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen). Saken omhandlet en butikkeier av et gatekjøkken som grunnet mistanke om at en ansatt gjorde underslag, installerte et overvåkningskamera i butikken for å få dette bevist, noe han også gjorde. Spørsmålet i saken var imidlertid om disse bevisene skulle kunne føres som bevis i retten. Om dette uttalte Høyesterett:

«I denne situasjonen bør domstolene etter min mening ikke henge seg for sterk opp i den språkbruk som ligger i den tradisjonelle spørsmålsstilling om det er adgang til å føre et ulovlig ervervet bevis. Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelige video-opptak

⁷¹ I forarbeidene til straffeprosessloven av 1981 ble det reist spørsmål om man burde gi en regel om dette, men man ble stående ved at temaet burde overlates til praksis og teori, jf. NUT 1969: 3 s. 197 og Ot.prp.nr.35 (1978-1979) s. 139

⁷² Rt. 2006 s. 582 (avsnitt 22)

⁷³ Hvorvidt beviserverv fremskaffet via en privat handlingsprovokasjon kan sies å være ulovlig eller utilbørlig vil bli vurdert i punkt 5.4

⁷⁴ Øyen (2016) s. 411

⁷⁵ Øyen (2010) s. 425

på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel. Dette må etter min mening være tilstrekkelig til at et slikt bevis i denne sammenheng bedømmes under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis.» (side 623)

Dette overnevnte synspunktet har senere blitt fulgt opp i sivile saker. Et eksempel på dette er Rt. 1997 s. 795. Saken gjaldt her tvist som samværsrett. Moren hadde i denne forbindelse tatt opp telefonsamtaler på lydbånd som faren hadde hatt med sine barn fordi hun mente dette ville påpeke betenkeligheter ved at faren skulle ha samværsrett med barna. Morens begjæring om å fremlegge disse opptakene som bevis ble imidlertid ikke tatt til følge, fordi ervervs måten var *illojal og støtende*, til tross for at det ikke var i strid med noen konkret lovregel.⁷⁶

Ut ifra uttalelsene i rettspraksis tolker jeg det dithen at det ved vurdering av om et bevis er ervervet på en «utilbørlig» måte, ikke vil være avgjørende om beviset er ervervet i strid med en konkret fastsatt rettsregel, men om det foreligger betenkeligheter eller kritikkverdige forhold ved selve beviservervet som tilsier at bevisene ikke bør godtas som grunnlag for domfellelse.

5.3.3 I hvilken utstrekning skal ulovlig eller utilbørlige ervervede bevis avskjæres?

Det at et bevis er ervervet på en utilbørlig måte er ikke tilstrekkelig for å nekte beviset ført, da hovedregelen som nevnt er at feil ved beviservervet ikke er til hinder for at beviset føres. Hvorvidt det bør foretas en avskjæring av bevis som er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte må i stedet avgjøres ut ifra en nærmere konkret vurdering.

Høyesterett har lagt til grunn at det ved vurdering av om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal tillates ført, blant annet skal legges vekt på om føringen av beviset vil representere *en gjentakelse eller fortsettelse* av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I slike tilfeller skal beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller vil spørsmålet bero på en mer sammensatt vurdering ut ifra en *interesseavveining*.⁷⁷ Sånn sett kan man si at det kan foretas en avskjæringsvurdering i to ulike ledd.

Med andre ord er det en rekke ulike hensyn som kan tilsi at et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis bør avskjæres. I punkt 5.5 vil det bli foretatt en nærmere redegjørelse for hvilke

⁷⁶ Rt. 1997 s. 795 (side 796)

⁷⁷ Jf. Rt. 1999 s. 1269 (side 1272). Senere fulgt opp i andre rettsavgjørelser, jf. bl.a. Rt.2006 s. 582 (avsnitt 22)

konkrete hensyn som kan tilsi at det bør foretas avskjæring av bevis som er fremskaffet via en privat provokasjonshandling. Først må det imidlertid foretas en vurdering av hvorvidt privat handlingsprovokasjon i det hele tatt er en utilbørlig eller ulovlig måte å erverve bevis på. Det er dette som vil bli vurdert nedenfor i punkt 5.4

5.4 Anses bevis fremskaffet via privat handlingsprovokasjon for å være ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte?

5.4.1 Generelt

Det må anses som relativt klart at den ulovfestede læren om avskjæring av bevis som er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte, rammes av privates beviserverv, jf. Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen).

Spørsmålet i det følgende blir imidlertid om privates beviserverv, gjennom bruk av *handlingsprovokasjon*, anses for å være ervervet på en «ulovlig» eller «utilbørlig» måte. I denne forbindelse anser jeg det som mest naturlig å drøfte hvorvidt bevis som er ervervet via privat provokasjon kan anses for å være «utilbørlig», da det så vidt jeg vet, ikke foreligger konkrete rettsregler som regulerer privatpersoners adgang til å erverve bevis gjennom bruk av provokasjon.

5.4.2 Er privat provokasjon en «utilbørlig» måte å erverve bevis på?

Som nevnt i punkt 5.3.2 vil det avgjørende ved vurdering av om noe anses for å være «utilbørlig» være å vurdere om det foreligger betenkeligheter eller kritikkverdige forhold ved selve beviservervet.

Når det gjelder privat provokasjon i straffesaker, ble det i punkt 1.1 påpekt at det er politiets oppgave å drive straffeforfølgning i Norge. Bakgrunnen for dette er at en straffeforfølgning ofte vil få negative og inngripende virkninger overfor den som rammes av straffeforfølgningen. Alle har imidlertid krav på å bli behandlet med verdighet, respekt og rettmessighet uavhengig av hvilken kriminell handling vedkommende har begått. Dette kan sies å være grunnleggende rettsikkerhetsgarantier vårt rettssystem bygger på. For å sikre en forsvarlig og rettmessig behandling, er det derfor viktig at straffeforfølgningen blir foretatt i tråd med de rettsregler og prinsipper som foreligger, og at de blir håndhevet på en objektiv og forsvarlig måte. Dette vil ofte være en krevende jobb, som det ikke alltid er like lett å overholde for private personer. Spesielt vil dette kunne bli vanskelig i de tilfeller hvor den private aktør selv er fornærmet i saken, eller står i en nær relasjon til fornærmede. Sånn sett er det viktig at de som skal håndheve reglene er profesjonelle aktører. Det bevismaterialet som

blir ervervet via en privat handlingsprovokasjon kan sånn sett sies å være en «utilbørlig» måte å erverve bevis på da det kan stride med den rettstradisjon og de rettsikkerhetsgarantier vårt rettssystem bygger på.

Det at privat handlingsprovokasjon er en «utilbørlig» måte å erverve bevis på, kan også sies å komme til uttrykk i rettspraksis og juridisk teori, som legger til grunn at private kan pådra seg et medvirkningsansvar etter strl. § 15 i de tilfeller hvor det utøves en handlingsprovokasjon.⁷⁸ For politiets vedkommende har det derimot blitt antatt at de ikke kan straffes for medvirkning.⁷⁹ Jeg vil anta at denne forskjellen ligger i at avdekking og straffeforfølgning av straffbare forhold er en oppgave som er tillagt politiets ansvarsområde. For at politiet skal kunne utøve sine oppgaver på en tilfredsstillende og effektiv måte er de gitt adgang til å anvende ulike etterforskningsmetoder i sitt arbeid, herunder provokasjon. Det vil dermed være urimelig at politiet, i allefall dersom de holder seg innenfor hva de har lovlig adgang til, skal straffes for medvirkning. For private vil det imidlertid bli vanskelig å rettferdiggjøre deres handlinger ettersom straffeforfølgning ikke anses for å være et privat anliggende. En tilsvarende rettstridsreservasjon som antas å foreligge for politiet, anses således ikke å gjøre seg gjeldene overfor private provokatører.⁸⁰

På bakgrunn av dette er det trolig forsvarlig å kunne legge til grunn at privat provokasjon er en «utilbørlig» måte å erverve bevis på. Hvorvidt bevisene skal avskjæres må imidlertid avgjøres ut ifra en nærmere konkret vurdering. Dette vil bli nærmere vurdert nedenfor i punkt 5.5.

5.5 Bevisavskjæring av bevis som er ervervet via en privat handlingsprovokasjon?

5.5.1 Utgangspunkter

Det at bevis er ervervet på en utilbørlig måte, er ikke tilstrekkelig for å nekte beviset ført, da hovedregelen i norsk rett er at feil ved beviservervet ikke er til hinder for at beviset føres, jf. Rt. 2006 s. 582 (avsnitt 22)

I norsk rett oppstilles det ikke en absolutt regel for når bevis skal avskjæres, men i stedet blir det foretatt en vurdering etter omstendighetene i hvert enkelt tilfelle, der både prinsipielle hensyn og forholdene til den konkrete sak blir tatt i betraktning. Som nevnt i punkt 5.3.3 viser

⁷⁸ Se Rt. 2011 s. 1455 (avsnitt 44) og Grønning, Husabø og Jacobsen (2016) s. 549.

⁷⁹ Hopsnes (2003) s. 67

⁸⁰ Hopsnes (2003) fotnote 93.

rettspraksis til at bevisavskjæring enten vil kunne forekomme i de tilfeller hvor det foreligger en *gjentatt eller fortsatt krenkelse*, eller ut ifra en bredere *interesseavveining*, jf. Rt. 1999 s. 1269 (side 1272). Det vil med andre ord være vanskelig å konstatere et generelt bevisforbud på grunnlag av at bevis er fremskaffet via handlingsprovokasjon fra private. I stedet må et eventuelt bevisforbud begrunnes gjennom en nærmere vurdering av relevante avveiningsmomenter som gjør seg gjeldene i det konkrete sakstilfellet.

I den videre drøftelsen velger jeg derfor å anvende provokasjon over internett, slik tilfellet var både i Rt. 2011 s. 1455 (Mo i Rana-saken) og LF-2016-106879, for å belyse hvorvidt bevis ervervet via privat provokasjon bør avskjæres. I begge saksforholdene var det spørsmål om tiltalte skulle bli straffet for såkalt «grooming» etter strl. § 306.

Ved vurderingen vil jeg først vurdere om det bør oppstilles et bevisforbud til vern om den krenkedes interesser (punkt 5.2.2). Det avgjørende vil her være om bevisføringen vil medføre at det vil foreligge en gjentatt eller fortsatt krenkelse av de betenkeligheter som ble begått ved selve ervervet av beviset. Her vil fokuset bli rettet mot eventuell krenkelse av tiltaltes personvern ved å foreta en sammenligning opp mot saksforholdet i Gatekjøkkenkjennelsen (Rt. 1991 s. 616). Deretter jeg vil i punkt 5.2.3 foreta en vurdering av hvorvidt bevisavskjæring vil kunne skje ut ifra en bredere interesseavveining, under forutsetning av at det ikke kan sies å foreligge en gjentatt eller fortsatt krenkelse.

5.5.2 Bevisavskjæring til vern om den krenkedes interesser

Der det er spørsmål om et om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal tillates ført, viser rettspraksis til at det blant annet skal legges vekt på om føringen av bevis vil representere en fare for *gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som ble begått ved selve beviservervet*, jf. Rt. 1999 s. 1269 (side 1272). Dette vurderingstemaet tar sikte på å vurdere om de hensyn som ble krenket gjennom selve beviservervet også blir krenket på bevisføringsstadiet. Det avgjørende vil med andre ord være om det foreligger en sammenheng mellom krenkelsen den tiltalte opplevde ved selve beviservervet, og den krenkelsen fremleggelsen av beviset vil medføre for den tiltalte. Dersom dette er tilfellet skal beviset «normalt nektes ført», jf. Rt. 1999 s. 1269 (side 1272).

I de tilfeller hvor bruken av beviset derimot representerer en *ny krenkelse*, vil ikke bevisforbudet fungere som et direkte vern av de interesser eller rettigheter som ble krenket ved selve beviservervet. I stedet må et eventuelt bevisforbud vurderes ut ifra en bredere interesseavveining, se nærmere punkt 5.5.3.

Fare for en gjentatt krenkelse ble blant annet vektlagt i den allerede omtalte høyesterettsdommen Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen). Som begrunnelse for å nekte det hemmelige videoopptaket ført som bevis, ble det lagt vekt på at fremgangsmåten medførte en alvorlig integritetskrenkelse og at man ut ifra alminnelige personvern hensyn skulle nedlegge et bevisforbud. Det ble i denne forbindelse påpekt at en slik form for overvåkning kan være en sterk belastning for den som rammes, og at en føring av beviset vil kunne oppfattes som en *ny krenkelse* av den som er blitt overvåket. Det ble med andre ord lagt vekt på at føringen av beviset ville kunne føre til at arbeidstakerens personvern på nytt ville bli krenket.

Rett til personvern regnes i dag som et grunnleggende prinsipp i vår rettstat. I dette prinsippet ligger en grunnleggende forventning til at alle borgerne har rett til et visst vern av sine interesser, herunder privatliv og personlig integritet uten innblanding fra staten eller andre borgere.

Ettersom handlingsprovokasjon innebærer at man blander seg styrende inn i et hendelsesforløp til en annen person, vil det være interessant å vurdere hvordan personvernet stiller seg til dette. Spørsmålet i det følgende blir dermed om *beviserverv foretatt gjennom bruk av provokasjon over internett kan sies å være i strid med personvernet, og om føringen av disse bevisene vil medføre en gjentatt eller fortsatt krenkelse av dette vernet.*

Hemmelig videoovervåkning av en ansatt slik tilfellet var i Gatekjøkkenkjennelsen er et klart brudd på personvernet da man i hemmelighet tar opp både lyd og bilde av en person. Her foretar man et direkte inngrep i en persons integritet. En føring av disse bevisene vil således lett bli ansett for å være en «gjentatt» krenkelse av personvernet. Vedrørende saksforholdet i Rt. 2011 s. 1455 (Mo i Rana-saken) og LF-2016-106879 vil man imidlertid ha vanskeligheter med å kunne legge til grunn at man ved selve beviservervet krenker personvernet. Et sentralt moment vil her være at det er snakk om bevis i form av samtalelogger der den tiltalte i saken selv har vært fullt og helt viten om at han skriver til en annen person som han vet vil motta og lese innholdet i meldingene. I slike tilfeller vil det alltid være en viss risiko for at meldingens innhold vil kunne bli meddelt og sendt videre til andre. Å føre slike bevis vil dermed være mindre krenkende enn et videoopptak som har blitt foretatt i hemmelighet. Fremleggelse av bevis gjennom samtalelogger over internett kan således vanskelig sies å medføre en «gjentatt» krenkelse av personvernet, da personvernet ved selve beviservervet ikke kan sies å være særlig krenket.

Jeg kan videre heller ikke se at andre krenkelser ved beviservervet over internett av denne art vil kunne utgjøre en fortsatt eller gjentatt krenkelse på bevisføringsstadiet. Det vil dermed være mest naturlig å foreta den videre vurderingen av bevisavskjærings spørsmålet ut ifra en interesseavveining. Dette vil bli gjort nedenfor i punkt 5.5.3.

5.5.3 Bevisavskjæring ut ifra en interesseavveining

5.5.3.1 Utgangspunkter

I de tilfeller bevisføringen ikke vil innebære en gjentatt krenkelse, må bevisforbudsspørsmålet avgjøres etter ut ifra en interesseavveining, jf. Rt. 1999 s. 1269 (side 1272). Det må med andre ord foretas en avvenning mellom ulike interesser og hensyn som gjør seg gjeldene i den konkrete sak.

Det følger imidlertid av rettspraksis at terskelen for å oppstille et bevisforbud i kraft av en ren interesseavveiningstankegang er relativt høy.⁸¹ Det foreligger svært få avgjørelser der Høyesterett har oppstilt et bevisforbud ut ifra en ren interesseavveining. Saksforholdet i Rt. 1997 s. 795 er den saken der denne interesseavveiningstanken synes å ha spilt størst rolle som grunnlag for et bevisforbud i norsk rett.⁸² Men også saksforholdet i Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen) ser også ut til å vektlegge en noe bredere interesseavveining av forholdet enn hva som ble nevnt i punkt 5.5.2. I dommen blir det uttalt at det i bedømmelsen må «legges vekt både på de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak».⁸³

Nedenfor vil jeg foreta en nærmere redegjørelse for hvorvidt beviserverv i form av privat handlingsprovokasjon kan sies å måtte avskjæres ut ifra en interesseavveining. Jeg påpeker igjen at fokuset vil bli rettet ved provokasjon som blir foretatt over internett, da det vil være vanskelig å foreta en generell drøftelse av provokasjon som grunnlag for bevisavskjæring.

5.5.3.2 Sakens viktighet

Sakens alvor og viktigheten er sentrale mothensyn mot å avskjære bevis. Et slikt syn ble blant annet påpekt i Rt. 1997 s. 795 til tross for at det her ble nedlagt et bevisforbud. Førstvoterende uttalte at i saker om foreldreansvar og omsorg for barn, er det av særlig stor betydning at avgjørelsen treffes på et så korrekt grunnlag som mulig. Det ble således understreket at:

⁸¹ Se blant annet Rt. 2003 s. 1814 og Rt. 2006 s. 582

⁸² Øyen (2010) s. 436

⁸³ Jf. Rt. 1991 s. 616 (side 623)

«Det kan ikke ses bort fra at hemmelige lydopptak inneholder så vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å få belyst på annen måte, at de hensyn som jeg har nevnt i det foregående bør vike». (side 796)

Dersom man anvender avdekking av grooming etter strl. § 306 som eksempel på tilfeller hvor det er benyttet privat provokasjon, trekker således forholdets art og karakter i retning av at bevisene som er fremskaffet på denne måten i disse tilfellene bør kunne anvendes da det dreier seg om beskyttelse av sårbare barn uten særlig grad av mulighet til å beskytte seg selv. Dette er med andre ord et moment som trekker i retning av at det ikke bør nedlegges et bevisforbud i slike tilfeller.

5.5.3.3 Betydningen av usikker bevisverdi

En utilbørlig handling vil kunne føre til at beviset blir mindre pålitelig enn det ellers ville vært, noe som vil kunne få innvirkning på vedkommendes rettssikkerhet.⁸⁴

Dette ble blant annet vektlagt i den allerede omtalte Høyesterettsdommen Rt. 1997 s. 795 (side 796). Saken gjaldt som nevnt tidligere spørsmål om et hemmelig lydopptak, foretatt av den ene parten, kunne føres som bevis i en tvist om samværsrett. I saken ble det vektlagt at ettersom det kun var den ene part som satt med bevismaterialet, var det sannsynlig at situasjonen kunne tilrettelegges og at bevisføringen dermed ikke ville tilføre saken opplysninger av særlig verdi. Dette var et moment som trakk i retning av at det burde nedlegges et bevisforbud. Dommen viser med andre ord til at bevis kan miste sin «bevisverdi», eller i det minste få en noe mer usikker bevisverdi, i de tilfeller hvor det foreligger betenkeligheter ved beviservervet.

Sammenlignet med å anvende provokasjon over internett, vil et viktig moment være at påliteligheten av bevisene vil kunne slå forskjellig ut for lydopptak på den ene siden og informasjon innhentet fra datafiler på den andre siden. Bakgrunnen for dette er at lydopptak i større grad kan tilrettelegges av vedkommende da det kun er den ene parten alene som har hånd om dette materialet. Man vil i slike tilfeller lett kunne ta ting ut av kontekst og fremstille situasjonen annerledes enn det den egentlig er. Motsatt gjelder dette i de tilfeller hvor det er snakk om kommunikasjon over internett – her sitter begge partene med samtaleloggen. Det vil således være vanskelig å endre bevismaterialet i den ene eller andres favør uten at det vil bli oppdaget. Sånn sett vil bevismaterialet som er ervervet via privat handlingsprovokasjon over internett vanskelig kunne sies svekke bevisets pålitelighet på en nevneverdig måte. Tiltaltes

⁸⁴ Torgersen (2009) s. 151

rettsikkerhet er sånn sett ikke i like stor grad utsatt sammenlignet med de tilfeller hvor det anvendes lydopptak. Momentet trekker således i retning av at det ikke bør nedlegges et bevisforbud.

5.5.3.4 Disiplinærhensynet

Bevisavskjæring kan også sies å være begrunnet ut ifra et disiplinærhensyn, i form av å disiplinere ulike aktører til å etterleve gjeldene regler i beviservervsfasen og motvirke krenkelser.⁸⁵

Dette hensynet har særlig blitt fremhevet med sikte på å motvirke uønsket myndighetsadferd, først og fremst fra politiet og påtalemyndighetens side.⁸⁶ Det tradisjonelle synet har imidlertid vært at et eventuelt misbruk fra politiets side «lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende», jf. NOU 1969: 3 s. 197.

Straffeprosessutvalget har imidlertid i forbindelse med utformingen av ny straffeprosesslov uttalt at:

«Trekk ved samfunnsutviklingen har ført til at premissene for vurderingen av hvilket gjennomslag disiplineringshensyn bør ha for bevisforbud, er andre enn da Straffeprosesslovkomitéen tok stilling til spørsmålet. Særlig den teknologiske utviklingen - med nye kommunikasjonsmetoder som griper inn i alle sider av vår livsførsel, og de tilhørende muligheter for overvåking, den økte vilje til kriminalisering, også av forberedelseshandlinger, og den medfølgende muligheten til å benytte et videre spekter av tvangsmidler og etterforskningsmetoder enn før - har gitt et større potensial for misbruk enn det som eksisterte den gang», jf. NOU 2016: 24 (side 273)

Uttalelsen trekker i retning av at det er grunn til å legge større vekt på disiplinærhensynet i dag enn hva det var før, på grunn av politiets økende adgang til å misbruke sin makt. Videre kan uttalelsen tyde på at disiplinærhensynet kun er ment å ha en effekt overfor offentlige myndigheter i de situasjoner der de har handler utenfor sine grenser.

I Gatekjøkkenkjennelsen, jf. Rt. 1991 s. 616 (side 623) blir imidlertid disiplinærhensynet også tillagt vekt vedrørende spørsmål om privatpersoners beviserverv. Saken gjaldt, som nevnt tidligere, spørsmål om arbeidsgivers adgang til å føre hemmelige videoopptak av en arbeidstaker som bevis i en straffesak. Bevisene ble nektet ført. Førstvoterende uttalte at ved å nekte å anvende bevis som er tilbragt på denne måten, vil domstolene kunne motvirke denne

⁸⁵ Torgersen (2009) s. 41-42

⁸⁶ Jf. NOU 2016: 24 s. 273.

form for krenkelser. Et slikt hensyn kan også sies å være lagt til grunn i Rt. 1997 s. 795. I forbindelse med spørsmålet om adgangen til å føre hemmelig lydbåndet som bevis, henviste Høyesterett til at «en adgang til å legge frem lydbånd/utskrift basert på hemmelige opptak i denne type sak, vil kunne åpne for en aktivitet fra foreldrene (...) som det er grunn til å motvirke.»⁸⁷ Det må dermed anses klart at også disiplinærhensynet blir tillagt vekt vedrørende private beviserhverv.

Et bevisforbud kan sånn sett inngå som et moment i vurdering av hvorvidt det bør nedlegges et bevisforbud i forbindelse med bevis som er ervervet via privat handlingsprovokasjon. Dersom et bevisforbud blir praktisert vil det ikke lenger ikke være noe poeng for private å bedrive slik form for privat rettshåndhevelse, da bevismaterialet ikke vil bli benyttet. På denne måten kan man i større grad unngå at private tar en politirolle i samfunnet. På den andre siden tilsier imidlertid sakens alvorlighetsgrad og karakter at et bevisforbud i slike tilfeller, hvor det er snakk om å beskytte barn mot overgrep, ikke er hensiktsmessig. Viktigheten av å få avdekket slike saker må trolig kunne sies å gå foran viktigheten av å stoppe slik form for privat rettshåndhevelse.

5.3.3.5 Hensynet til den alminnelige rettsfølelse og en lovformelig prosess

Hensynet til allmennhetens rettsfølelse vil også være et relevant moment som taler i retning av at det skal nedlegges et bevisforbud i de tilfeller hvor det er foretatt et ulovlig eller utilbørlig beviserhverv. Med rettsfølelse siktes det til allmennhetens oppfatning av vår rettstilstand. Som regel vil allmennheten finne det støtende ut ifra vår rettsorden å tillate ulovlige eller utilbørlige bevis ført. Dette blir blant annet uttrykt i Gatekjøkkenkjennelsen (Rt. 1991 s. 616 side 623) hvor det blir uttalt at det vil kunne «virke støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillat brukt (...)». Denne uttalelsen er det nærliggende å tolke dithen at tillitten til rettssystemets integritet og lovformelig vil kunne bli svekket dersom slike bevis blir tillatt ført. Et bevisforbud i slike tilfeller kan således bidra til å opprettholde tillitsforholdet mellom stat og borgere.

Når det gjelder privat handlingsprovokasjon i forbindelse med avdekking av overgripere over nett vil jeg imidlertid være skeptisk til om allmennheten mener at det vil være støtende å føre slike bevis for retten. Barn står i en særlig sårbar stilling i samfunnet og det er viktig å beskytte disse mot overgrep. På bakgrunn av dette kan det stilles tvil om hvorvidt det vil være i strid med den alminnelige rettsfølelse å tillate slike bevis ført for retten.

⁸⁷ Rt. 1997 s. 415 (side 796)

5.3.3.6 Bevisavskjæring?

Ut ifra de overnevnte momentene trekker disse i retning av det det ikke bør foretas bevisavskjæring av de bevis som er ervervet gjennom provokasjon over internett, slik tilfellet var i Rt. 2011 s. 1455 (Mo i Rana-saken) og LF-2016-106879.

5.6 Sammenfatning

Dersom man anvender bevisavskjæring som en sekundær rettsvirkning, i de tilfeller hvor det ikke foreligger grunnlag for frifinnelse, er det grunn til å tro at private provokasjonshandlingen kan falle inn under den ulovfestede læren om avskjæring av bevis.

Som henvist til ovenfor ser det imidlertid ut til at det ut ifra en rettspolitisk vurdering, skal mye til før det vil bli tale om å avskjære bevis som er fremskaffet gjennom provokasjon over internett. Den tiltaltes interesser vil i slike tilfeller ikke ha et særlig nevneverdig vern. Dette kan trolig være grunnen til at bevisavskjæring i disse tilfellene ikke har blitt vurdert i norsk rett. Det er imidlertid ikke utenkelig at retten ville kunne avskjære bevisene etter den ulovfestede læren dersom det ble benyttet andre metoder for å fremskaffe bevisene, som for eksempel ved bruk av video – eller lydopptak. I slike tilfeller vil tiltaltes interesser i større grad bli krenket. Dette vil imidlertid bero på en nærmere konkret vurdering av det enkelte saksforhold.

6. Kildehenvisning

Bøker og artikler

- Andenæs (2016)** Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2016. (6.utg.)
- Auglend & Mæland (2016)** Auglend, Ragnar L. & Henry John Mæland. *Politirett*. Gyldendal Norsk Forlag 2016. (3.utg.)
- Bratholm (1959)** Bratholm, Anders. *Ulovlig fremskaffet bevis: Den straffeprosessuelle betydningen av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1959 s. 109-132
- Eckhoff (2001)** Eckhoff, Helgesen & Helgesen, Jan E. *Rettskildelære*. (redigert av) Jan E. Helgesen. Oslo: Universitetsforlaget, 2001. (5.utg)
- Frøberg (2016)** Frøberg, Thomas. *Alminnelig strafferett – i et nøtteskall*. Oslo: Gyldendal, 2016. (1.utg.)
- Gisle og Andenæs (2002)** Gisle, Jon. & Kristian Andenæs. *Jusleksikon*. Oslo: Kunnskapsforlaget, 2002 (2.utg)
- Gröning, Husabø og Jacobsen (2016)** Gröning, Lina, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen. *Frihet, forbrytelse og straff – en systematisk fremstilling av norsk strafferett*. Fagbokforlaget, 2016. (1.utg.)
- Hopsnes (2003)** Hopsnes, Roald. *Provokasjon som politimetode*. Jussens Venner 02/2003 (volum 38) s. 62-130
- Hopsnes (2003i)** Hopsnes, Roald. *Politiets forebyggende politimetoder» - Det utfordrende politiarbeidet. Om krisehåndtering og utradisjonelle etterforskningsmetoder*. PHS forskning 2003:3, s. 103-161
- Hopsnes & Solberg (2005)** Hopsnes, Roald & Raymond Solberg. *Legalitetsprinsippet*. Jussen Venner 02/2005 (volum 40) s. 77-155
- Kjelby (2017)** Kjelby, Gert Johan. *Påtalerett*. Cappelen DAMM, 2017. (1.utg.)
- Rui (2017)** Rui, Jon Petter. *Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker ANNO 2017*. Jussens Venner 01/2017 (Volum 52) s. 123-184
- Torgersen (2009)** Torgersen, Runar. *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. 2009. (1.utg.)

- Øyen (2010)** Øyen, Ørnulf. *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* Lov og Rett 07/2010 (volum 49) s. 423-438.
- Øyen (2010i)** Øyen, Ørnulf. *Vern mot selvinkriminering i straffeprosessen.* Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke, 2010
- Øyen (2016)** Øyen, Ørnulf. *Straffeprosess.* Bergen: Vigmostad og Bjørke AS, 2016

Lover

Menneskerettsloven (mnskr.) Lov om styrkning av menneskerettighetens stilling i norsk rett av 21.mai 1999 nr. 30

Politoloven (pl.) Lov om politiet av 4.august 1995 nr. 53

Straffeloven (strl.) Lov om straff av mai.2005 nr. 28

Straffeprosessloven (stprl.) Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22.mai 1981 nr. 25

Twisteloven (tv.) Lov om mekling og rettergang i sivile tvistesaker av 17.juni 2005 nr. 90

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) lov av 4.november 1950

Dommer

Rt. 1984 s. 1076

Rt. 1990 s. 1008

Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen)

Rt. 1992 s. 1088

Rt. 1994 s. 319 (Pirattaxidom II).

Rt. 1998 s. 407 (Skrikdommen)

Rt. 1999 s. 1269 (Verkmestersaken)

Rt. 2003 s. 1266

Rt. 2003 s. 1814

Rt. 2006 s. 120

Rt. 2006 s. 582

Rt. 2009 s. 1526

Rt. 2011 s. 1455 (Mo i Rana-saken)

LH-2010-166827

LF-2016-106879

Den europeiske menneskerettsdomstolen

Shannon mot Storbritannia EMD 06.06.04 – Appl.no. 67537/01(avvisningsavgjørelse)

Forarbeider mv.

NOU 1969: 3 – Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesskomiteen
(komiteen til revisjon av straffeprosessloven)

NOU:1997: 15 – Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet

NOU 2001: 32 – B rett på sak, Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2004: 6 – Mot effektivitet og personvern. Politimetoder i forebyggende øyemed

NOU 2016: 24 – Ny straffeprosesslov

Ot.prp.nr.35 (1978-1979) - Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven)

Ot.prp.nr.22 (1994-1995) s.53 – Om lov om politiet (politiloven)

Ot.prp.nr.64 (1998-1999) – Om lov om endring i straffeprosessloven og straffeloven mv.
(etterforskningsmetoder mv)

Ot.prp.nr.90 (2003-2004) – Om lov om straff (straffeloven)

Ot.prp.nr. 18 (2006-2007) – Om lov om endringer i straffeloven 1902 mv. (straffebud om å møte et barn med forsett om å begå seksuelt overgrep mv.)

Rundskriv

Rundskriv fra Riksadvokaten av 26.april 2000 nr.2, Oslo – Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode

Internettadresser

Barnas Trygghet <https://barnastrygghet.no/>, sist besøkt 15.05.18