

Provoserende politiarbeid

- Vilkår og skranker for politiprovokasjon som etterforskningsmetode.

Studentnummer: 174263

Innleveringsfrist: 10. desember 2009

Antall ord: 14 404

Veileder: Stein Husby

Dato: 07. desember 2009

Innholdsfortegnelse.

Kapittel 1. Innledning.	5
<hr/>	
1.1. Oppgavens problemstilling.	5
1.2. Hva menes med politiprovokasjon? Avgrensning av oppgaven.	5
1.3. Begrepsbruk.	6
Kapittel 2. Avgrensning av provokasjonsbegrepet mot andre politimetoder.	7
<hr/>	
2.1. Krav til provokasjonshandlingen.	7
2.1.1. Innledning.	7
2.1.2. Årsakskravet.	7
2.1.3. Personell avgrensning.	8
2.2. Avgrensning mot andre politimetoder.	9
2.2.1. Innledning.	9
2.2.2. Passive politimetoder.	10
2.2.3. Infiltrasjon.	10
2.2.4. Lokkeduetilfellene.	11
Kapittel 3. Politiprovokasjonens begrunnelse.	12
<hr/>	
3.1. Hvorfor er politiprovokasjon nødvendig?	12
3.2. Hva taler mot bruken av politiprovokasjon?	12
Kapittel 4. Internasjonalt perspektiv.	14
<hr/>	
4.1. Hvilke internasjonale forpliktelser har Norge?	14
4.1.1. EMK artikkel 6.	14
4.1.2. EMK artikkel 8.	15

4.2. Politiprovokasjon i Danmark.	17
4.2.1. Innledning.	17
4.2.2. På hvilke vilkår kan provokasjon anvendes i Danmark?	17
4.2.3. Konsekvensene av lovregulering i Danmark.	17
Kapittel 5. Rettskildesituasjonen.	19
5.1. Krav til lovhjemmel.	19
5.2. Riksadvokatens rundskriv.	19
5.3. Høyesterettspraksis.	21
Kapittel 6. Hoveddel	23
6.1. Provokasjonens øvre grense.	23
6.1.1. Grunnvilkåret for politiprovokasjon.	23
6.1.2. Provokasjonens bruksområde.	26
6.1.3. Prosessuelle krav.	27
6.1.3.1. Provokasjon som sekundært etterforskningsmiddel.	27
6.1.3.2. Rettssikkerhetsprinsipper	27
6.1.3.3. Krav til aktørene.	28
6.1.3.3.1. Kompetent beslutningsnivå.	28
6.1.3.3.2. Kontrollert gjennomføring av etterforskningen.	29
6.1.3.3.3. Hvem kan utføre politiprovokasjon?	30
6.2. Konsekvensen av at grensen for lovlig provokasjon er overtrådt.	31
6.2.1. Innledning.	31
6.2.2. Hvordan bedømmes spørsmålet om ulovlig provokasjon?	31
6.2.3. Høyesteretts prøvingsgrunnlag.	34
6.2.3.1. Hvordan plasseres spørsmålet om provokasjon prosessuelt?	34

6.2.3.2. Prøvelsesadgang i de saker domstolen behandler overtredelser av grensen for ulovlig provokasjon som en del av skyldspørsmålet.	35
---	----

Kapittel 7. Avslutning – Bør provokasjon lovfestes?	37
--	-----------

7.1. Arbeidet med lovregulering av politiprovokasjon.	37
---	----

7.2. Bør politiprovokasjon lovfestes i norsk rett?	38
--	----

Referanseliste	39
-----------------------	-----------

Litteratur:	39
-------------	----

Norske rettskilder:	39
---------------------	----

Internasjonale rettskilder:	41
-----------------------------	----

Danske rettskilder:	42
---------------------	----

Kapittel 1. Innledning.

1.1. Oppgavens problemstilling.

Politiets oppgaver i et samfunn er mange og viktige. Det skal her fokuseres på en svært sentral del av politiets oppgaver, nemlig det å oppklare lovbrudd. Denne arbeidsoppgaven fremgår av politiloven § 2 nr. 3, som fastslår at politiet skal ”avdekke og stanse kriminell virksomhet og forfølge straffbare forhold i samsvar med regler gitt i eller i medhold av lov.”

Et viktig middel for at politiet skal kunne utføre denne oppgaven er etterforskning. Etterforskning kan benyttes for å oppklare lovbrudd etter strpl. § 224. Bestemmelsen angir at ”[etterforskning] foretas når det som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige.”¹

Selv om politiet i det fleste tilfeller vil nå langt med tradisjonelle etterforskningsmidler for å oppklare lovbrudd, finnes det tilfeller der disse midlene ikke vil være tilstrekkelige. Organisert kriminalitet er et eksempel på slike tilfeller, og politiet må her gå til anvendelse av såkalte ekstraordinære etterforskningsmetoder. Politiprovokasjon er en slik metode, og det er denne metoden som vil være temaet for oppgaven.

Nærmere bestemt skal oppgaven ta for seg i hvilken grad politiet har adgang til å anvende politiprovokasjon for å oppklare lovbrudd, hvilke konsekvenser det innebærer at grensen for lovlig provokasjon er overtrådt og avslutningsvis om politiprovokasjon er en etterforskningsmetode som bør lovfestes.

1.2. Hva menes med politiprovokasjon? Avgrensning av oppgaven.

Provokasjon er et begrep som blir brukt i flere ulike sammenhenger, både i hverdagslivet og i det juridiske liv. Begrepet kan ha noe ulik betydning, alt etter hvilken sammenheng det blir brukt i.² En naturlig forståelse av begrepet provokasjon er at man ved ord eller handling fremkaller en bestemt handling eller et bestemt resultat.

I denne oppgaven er det provokasjon anvendt av politiet, eller sivile agenter som handler på vegne av politiet, som står i søkelyset. Siden politiet anvender provokasjon i ulike sammenhenger er det nødvendig å avgrense ytterligere, slik at oppgaven kun omfatter de tilfellene der politiet anvender provokasjon for og senere kunne ta ut tiltale om et straffbart forhold. Disse tilfellene blir ofte omtalt som tiltaleprovokasjon.³

Det må for det første avgrenses mot de tilfeller der politiet anvender provokasjon som ledd i en redningsaksjon. Et eksempel på dette finner man i Rt. 1998 s. 407. Politiet benyttet seg her av provokasjon for å få tilbake det stjålne Skrik-maleriet til Nasjonalgalleriet. Høyesterett

¹ Se også påtaleinstruksen § 7-4 første ledd.

² Blant annet er provokasjon nevnt som straffefritaksgrunn i straffeloven § 228 tredje ledd om legemsfornærmelser.

³ Se blant annet Hopsnes på side 66.

uttalte at dette var et ”prisverdig mål”, og at det stilles helt andre vilkår for provokasjonshandlinger med slike formål.⁴

Videre avgrenses oppgaven også mot såkalt bevisprovokasjon. Bevisprovokasjon er betegnelsen på de tilfellene der politiet bruker provokasjon for å skaffe beviser for en allerede begått kriminell handling. Her kan Rt. 1999 s.1269 trekkes frem som et eksempel. Politiet anvendte i sin etterforskning provokasjon for å skaffe beviser for at en verksbetjent hadde hjulpet en fange med å rømme. Det var altså tale om å skaffe beviser for en kriminell handling som allerede var begått.

Bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon kan i enkelte tilfeller være noe vanskelig å skille fra hverandre, siden man i begge tilfellene har til hensikt å skaffe bevis for en kriminell handling. Det sentrale skillet er om politiets anvendelse av provokasjon kommer før eller etter at den kriminelle handlingen har funnet sted.

Det må imidlertid nevnes at politiets anvendelse av bevisprovokasjon også kan føre til at nye lovbrudd begås, selv om politiets intensjon kun var å skaffe bevis for en allerede begått handling. I slike tilfeller vil det være uklart om dette er tale om bevis- eller tiltaleprovokasjon. Etter Riksadvokatens rundskriv fremgår det at dersom ”politiet ikke har tilstrekkelig kontroll over begivenheten til at en slik utvikling kan utelukkes, skal bevisprovokasjon ikke gjennomføres”⁵ Oppstår det lovbrudd i etterkant må politiets handlinger dermed anses som bruk av tiltaleprovokasjon overfor det nye lovbruddet. Skillet mellom de to tilfellene vil derfor kunne baseres på tidspunktet for provokasjonen.

1.3. Begrepsbruk.

Høyesterett bruker ofte betegnelsen ekstraordinære etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt om provokasjonshandlinger når det er tale om handlinger som er innenfor hva politiet lovlig kan utføre, mens provokasjon er betegnelsen på en handlemåte som er ulovlig.⁶

Riksadvokaten og lovgiver omtaler derimot både lovlig og ulovlig provokasjon med begrepet provokasjon. Det vil dermed videre i oppgaven kun brukes begrepene provokasjon eller politiprovokasjon for å omtale de tilfellene der politiet bruker provokasjon som en etterforskningsmetode for å skaffe tiltale for en kriminell handling, uavhengig av om politiets fremgangsmåte er lovlig eller ikke.

⁴ Jfr. Rt. 1998 s. 407 på side 409.

⁵ Jfr. RA 2000-02 del III pkt. 2.2.

⁶ Se for eksempel Rt. 1984 s. 1076 og Rt. 1992 s. 1087.

Kapittel 2. Avgrensning av provokasjonsbegrepet mot andre politimetoder.

2.1. Krav til provokasjonshandlingen.

2.1.1. Innledning.

For at det i det hele tatt skal være tale om en provokasjonshandling fra politiets side er det et grunnvilkår at det må foreligge en villfarelse.⁷ Villfarelsen er selve forutsetning for at metoden skal kunne anvendes. Narkotikaselgeren ville neppe solgt narkotika til en person han var klar over var politiagent. På samme måte ville nok ikke mottakeren av et stort narkotikaparti møtt opp dersom han var klar over at politiet sto og ventet på ham.

En villfarelse alene er imidlertid ikke tilstrekkelig for at det skal være tale om provokasjon. Etter Riksadvokatens definisjon foreligger politiprovokasjon når ”politiet ved infiltrasjon eller bruk av personer påvirker straffbare handlinger som andre foretar, for å bedre sin kunnskap om eller kontroll med et hendelsesforløp.”⁸ Det er etter denne definisjonen både et årsakskrav og et krav til hvem som kan foreta provokasjonshandlingen.

2.1.2. Årsakskravet.

Årsakskravet fremgår av Riksadvokatens definisjon, ved at provokasjon kun foreligger i de tilfeller politiet, eller noen som handler på vegne av politiet, påvirker en straffbar handling. Kravet til årsakssammenheng gjør seg gjeldende på flere plan.

For det første må det være tale om en form for kontakt mellom provokatøren og objektet. Politiet vil vanskelig kunne styre objektets atferd dersom de ikke har hatt noen som helst form for kontakt med vedkommende.

Det er klart at dette vilkåret er oppfylt ved fysisk kontakt. Fysisk kontakt er imidlertid ikke et krav. Det avgjørende er om det har forekommet noen form for kommunikasjon mellom politiet og objektet, enten skriftlig eller muntlig.⁹

Et annet vilkår som ligger i kravet om årsakssammenheng er at det må foreligge en psykisk tilskyndelse fra politiets side. Dette fremkommer blant annet av Høyesterett sin avgjørelse i Rt. 1986 s. 779. Høyesterett så det her slik at det ikke forelå politiprovokasjon siden provokatøren kun hadde hjulpet til fysisk i forbindelse med den kriminelle handlingen.

I dommen var B, en nederlandsk statsborger, blitt stoppet i tollene ved sin ankomst til Norge. Grunnen var at det ble funnet narkotika i bilen hans. Narkotikapartiet skulle leveres i Trondheim. B var ikke kjent med hvem som skulle motta partiet, men sa seg villig til å samarbeide slik at politiet kunne ta bakmennene. Turen videre ble gjennomført som planlagt, men med politiets kontroll. A, den tiltalte, ble pågrepet i Trondheim da han møtte opp for å motta lasten.

⁷ Dette fremgår blant annet av Hopsnes på side 82.

⁸ Jfr. RA 2000-02 del III pkt. 1.

⁹ Jfr. Hopsnes på side 82. Hopsnes trekker her en grense mot ren passiv påvirkning, i slike tilfeller er man over i lokkeduetilfellene (som omtales under kapittel 2.2.4.)

Tiltaltes forsvarer anførte at politiet ulovlig hadde anvendt ekstraordinære etterforskningsmetoder i saken. Høyesterett uttalte i den forbindelse at "[politiet] har i vår sak ikke fremkalt noen transaksjon som uten politiets mellomkomst kanskje ikke ville være blitt foretatt."¹⁰ B hadde altså ikke på noen måte psykisk tilskyndet hendelsesforløpet. Det ble fremholdt at metoden ikke skilte seg i særlig grad fra tradisjonell etterforskning, og hadde klare fellestrekk med kontrollert levering.

Forholdene var nesten tilsvarende i Rt. 1990 s. 531. Den sivile personen, som det var anført at hadde utført ulovlig provokasjon, hadde i saken kun deltatt i en allerede planlagt aksjon. Det var dermed heller ikke her foretatt noen psykisk tilskyndelse til hendelsesforløpet, og Høyesterett kom frem til at det ikke forelå politiprovokasjon i dette tilfellet.

Et siste vilkår for at kravet om årsakssammenheng skal være oppfylt er at politiets kontakt og den psykiske tilskyndelse faktisk må ha virket inn på den straffbare handlingen.

Husabø definerer spørsmålet som om faktoren har årsakssammenheng i det faktiske hendelsesforløpet.¹¹ Problemstillingen blir om politiets handlinger var en av faktorene til den kriminelle handlingen som ble begått. For å vurdere dette må det ses konkret på hva som har foregått i den aktuelle saken, og hvordan politiets aksjon har virket inn.

Et spørsmål som imidlertid kan vurderes generelt i denne sammenheng er hvor stor endring det må være tale om før politiets aksjon anses som provokasjon.

I Rt. 1990 s. 531 la Høyesterett vekt på at politiets medhjelper, C, "uten noe avvik" hadde fulgt det "opplegg som hans medspillere, herunder A, hadde gitt anvisning på." Høyesterett kom etter dette frem til at det her ikke forelå noen provokasjonshandling.¹²

Tolker man denne uttalelsen antitetisk vil enhver endring være tilstrekkelig for at det skal foreligge politiprovokasjon. Hopsnes mener at de bakenforliggende hensyn taler for en slik løsning, særlig siden dette vil være med på å hindre bevisvil i forhold til når det foreligger en provokasjonshandling.¹³

2.1.3. Personell avgrensning.

Etter Riksadvokatens definisjon er det begrensinger for hvem som kan utføre politiprovokasjon. Metoden kan kun anvendes av politiet og personer politiet bruker.¹⁴ Politiet kan altså anvende sivile personer til å utføre provokasjonshandlinger, men ikke alle provokasjonshandlinger utført av sivile vil falle under provokasjonsbegrepet. Spørsmålet blir videre i hvilke tilfeller det skal foretas identifikasjon mellom politiet og sivile personer.

Det er klart at sivile provokatører politiet tar kontakt med vil identifiseres med politiet, og dermed kunne utføre politiprovokasjon. Et eksempel på dette finnes blant annet i Rt. 1998 s.

¹⁰ Jfr. Rt. 1986 s. 779 på side 783.

¹¹ Jfr. Husabø på side 52.

¹² Jfr. Rt. 1990 s. 531 på side 535.

¹³ Jfr. Hopsnes på side 85.

¹⁴ Jfr. RA 2000-02 del III pkt. 1.

407. I dommen opptrådte to engelske agenter på vegne av politiet, og dette ble ikke ansett som problematisk.

Heller ikke i Rt. 1993 s. 473 var det noe problem at politiet anvendte to sivile medhjelpere for å avsløre piratdrosjesjåfører. Det ble her foretatt en identifikasjon mellom politiet og medhjelperne, uten at Høyesterett fant det nødvendig å vurdere dette eksplisitt.

Spørsmålet blir imidlertid mer problematisk når det er tale om sivile personer som selv tar kontakt med politiet. Dette spørsmålet var oppe for Høyesterett i Rt. 1990 s. 531. Det var her tale om en sivil person, C, som tok kontakt med en politiagent, G, og gav opplysninger om As kriminelle planer.

I dommen vurderte Høyesterett kun politimannens innblanding i forhold til om det forelå provokasjon, og ikke den sivile personens bidrag. Førstvoterende uttalte at "[jeg] finner det like klart at det fra Gs side heller ikke har foreligget noen provokasjonslignende etterforskning."¹⁵

Dommen kan gi uttrykk for at det ikke skal foretas identifikasjon dersom initiativet til provokasjonshandlingen kommer fra en sivil person. Hopsnes er imidlertid svært skeptisk til en slik løsning.¹⁶ Han begrunner sin skepsis med at de hensyn som nødvendiggjør retningslinjer for bruk av politiprovokasjon vil gjøre seg like sterkt gjeldende i tilfeller der det er sivile personer som tar kontakt med politiet.

For at sivile personer som tar kontakt med politiet skal kunne utføre politiprovokasjon kan det oppstilles et vilkår om at politiet må ha det overordnede ansvaret for provokasjonshandlingen.

Dette ble tatt opp i saken som var oppe for Høyesterett i Rt. 1994 s. 319. Saken var i dette tilfellet slik at drosjenæringen X hadde lagt opp en aksjon for å ta piratdrosjesjåfører. Førstvoterende uttalte at det "[i] vår sak, hvor kontrollen ble organisert av drosjenæringen selv, er hensynene til dels andre enn når det er politiet som forestår denne."¹⁷

Opplegget til drosjenæringen X var imidlertid godkjent av politiet, og siden det var vanskelig å få klarlagt hva som lå i godkjenning gikk ikke Høyesterett nærmere inn på problemstillingen. Det vil allikevel være naturlig å tolke dommen slik at dersom det ikke hadde forelagt noen godkjenning ville det ikke blitt foretatt noen identifikasjon, og metoden ville ikke blitt ansetts om politiprovokasjon.

2.2. Avgrensning mot andre politimetoder.

2.2.1. Innledning.

Flere etterforskningsmetoder politiet benytter seg av har likhetstrekk med provokasjon. Det skal her tas utgangspunkt i noen etterforskningsmetoder som har særlig klare likhetstrekk med provokasjon, men som ikke er omfattet av de samme retningslinjer.

¹⁵ Jfr. Rt. 1990 s. 531 på side 535.

¹⁶ Jfr. Hopsnes på side 90.

¹⁷ Jfr. Rt. 1994 s. 319 på side 321. Her skiller dommen seg fra faktum i Rt. 1993 s. 473, der aksjonen var lagt opp av politiet.

Felles for metodene som gjennomgås er at de ikke er lovfestet, og at de ofte brukes for å oppklare organisert kriminalitet. Forskjellen ligger i hvor inngripende og aktivt politiet opptrer i de forskjellige tilfellene.

2.2.2. Passive politimetoder.

Passive politimetoder kjennetegnes kort fortalt ved at politiet ikke tar kontakt med et kriminelt miljø, men istedenfor unnlater å tre inn ved en kriminell handling de vet foregår.

Kontrollert leveranse er en form for passiv politimethode. Det typiske eksemplet er at politiet vet at et narkotikaparti er på vei inn i landet, men unnlater å stoppe leveransen slik at bakmennene kan tas. I forarbeidene er kontrollert leveranse definert som når ”et parti ulovlige varer som f.eks narkotika, smuglervarer eller tyvegods som lokaliseres og kunne vært beslaglagt, under kontroll tillates å bli transportert frem til mottakerne for at politiet skal kunne avdekke forbindelseslinjer og mottakerledd.”¹⁸

Fra rettspraksis kan avgjørelsene i Rt. 1986 s. 779 og Rt. 1990 s. 531 trekkes frem som eksempler på kontrollert leveranse.¹⁹ I disse to avgjørelsene var spørsmålet om det forelå politiprovokasjon sentralt, men Høyesterett kom frem til at politiets fremgangsmåte lå nærmere kontrollert leveranse. Dette ble begrunnet med at politiets medhjelpere i de omtalte sakene kun hadde deltatt på det opprinnelige opplegget, og ikke på noen måte forandret hendelsesforløpet.

Den største faren ved bruk av kontrollert leveranse er etter forarbeidene knyttet til ”hvilken risiko man løper for å miste beslaget.”²⁰ Passive politimetoder, og da spesielt kontrollert leveranse, vil altså ikke medføre et like stort inngrep overfor objektet som politiprovokasjon. Objektets forsett blir ikke påvirket, siden politiet ikke trer inn i hendelsesforløpet. Kriminaliseringsfaren, som kan oppstå ved bruk av provokasjon, vil dermed ikke være tilstede ved bruk passive politimetoder.

2.2.3. Infiltrasjon.

Ved infiltrasjon oppsøker politiet aktivt et kriminelt miljø for å kunne avsløre en kriminell aktivitet. Infiltrasjon forekommer for eksempel når en politiagent går ”undercover” i en motorsykelklubb for å undersøke om klubben driver med noe kriminelt.

Objektet er ved infiltrasjon i villfarelse i forhold til hvem objektet har kontakt med, og metoden har således visse likhetstrekk med provokasjon. Politiet går derimot ikke aktivt inn og endrer hendelsesforløpet ved infiltrasjon. Det er dermed ingen årsakssammenheng mellom politiets opptreden og den kriminelle handlingen, noe som skiller metoden klart fra provokasjon.

¹⁸ Jfr. NOU 1997:15 pkt. 4.2.8.6.

¹⁹ De to avgjørelsene er omtalt i oppgaven under kapittel 2.1.2.

²⁰ Jfr. NOU 1997:15 pkt. 4.2.8.6.

Riksadvokaten oppsummerer forskjellen mellom politiprovokasjon og infiltrasjon slik at "[dersom] hendelsesforløpet ikke påvirkes, men politiet samler informasjon ved å være til stede uten å gi seg til kjenne, foreligger infiltrasjon."²¹

2.2.4. Lokkeduetilfellene.

Lokkeduetilfellene er betegnelsen på de tilfellene der politiet gjennom sitt arbeid legger til rette for en kriminell handling. Et eksempel er når en kvinnelig politiagent i sivil oppholder seg i et område som er utsatt for voldtekter for å kunne ta en eventuell voldtektsmann.

Det foreligger ved lokkeduetilfellene, i likhet med både provokasjon og infiltrasjon, en villfarelse om politiets tilstedeværelse.

Skille i forhold til infiltrasjon går på at politiet ikke aktivt oppsøker et kriminelt miljø, men istedenfor oppsøker et område de vet er utsatt for en kriminell aktivitet. Ved lokkeduetilfellene trenger det altså ikke være noe konkret miljø eller noen konkrete personer som er i politiets søkelys.

Metoden har derimot enda klarere likhetstrekk med provokasjon. Begge metodene kan påvirke objektets forsett på grunn av den situasjonen politiet fremkaller. Forskjellen mellom metodene ligger i at politiet ved lokkeduetilfellene ikke går aktivt inn og endrer hendelsesforløpet, men kun legger til rette for den kriminelle handlingen. Det vil dermed ikke finne sted noen psykisk tilskyndelse, og objektets subjektive forsett blir dermed ikke påvirket ved lokkeduetilfellene.

²¹ Jfr. RA 2000-02 del III pkt. 1.

Kapittel 3. Politiprovokasjonens begrunnelse.

3.1. Hvorfor er politiprovokasjon nødvendig?

Som det har vært gjennomgått i kapittel 2 er politiprovokasjon et langt større inngrep enn tradisjonelle politimetoder. Det foreligger flere betenkeligheter ved å anvende metoden, siden politiet aktivt går inn og endrer hendelsesforeløpet. Disse betenkelighetene, som vil bli gjennomgått i kapittel 3.2., gjør det nødvendig med en begrunnelse for å kunne rettferdiggjøre politiets bruk av metoden.

Formålet med provokasjon er, som det fremgår av lovgivers utredning NOU 2004:6, ”enten å få bedre kunnskap om, eller få kontroll med et hendelsesforløp” og at politiet da ”[ved] å styre gjennomføringen av en straffbar handling, ... effektivt [vil] kunne sikre bevis i saker som ellers er vanskelig å oppklare.”²²

Politiprovokasjon er en svært effektiv metode for å oppklare og avverge organisert kriminalitet, blant annet innenfor narkotikamiljøet. Det er nettopp her hovedbegrunnelsen for anvendelse av provokasjon ligger, nemlig det å bekjempe det alvorlige samfunnsproblemet organisert kriminalitet representerer. Høyesterett uttalte i Rt. 1984 s. 1076 at ”[narkotikaovertredsenes] samfunnsfarlige karakter tilsier at etterforskningen av disse forbrytelser må prioriteres høyt; samtidig vil tradisjonelle etterforskningsmetoder her ofte komme til kort”²³

Som Høyesterett er inne på vil det ved narkotikakriminalitet, og også ved andre former for organisert kriminalitet, ofte være vanskelig å avsløre den kriminelle handlingen med vanlige etterforskningsmetoder. En av grunnene til dette er at offeret i slike saker står i en helt annen stilling enn ved annen kriminalitet. En kjøper av narkotika vil ha lite å hente på å anmelde salget, da kjøp av narkotika også er en kriminell handling. Narkotikakriminalitet blir ofte omtalt som såkalt offerløs kriminalitet.²⁴ Siden det er tale om handlinger som ofte foregår i lyssky miljøer er politiet avhenging av enten å bli en del av miljøet eller å samarbeide med tystere for å kunne ta bakmennene. Politiprovokasjon vil være et svært nyttig middel i slike tilfeller.

3.2. Hva taler mot bruken av politiprovokasjon?

Selv om det å bekjempe organisert kriminalitet er en viktig samfunnsoppgave må bruken av provokasjon være basert på en helhetsvurdering, der også de betenkeligheter politiprovokasjon medfører må trekkes inn.

Provokasjon er for det første en etterforskningsmetode som lett kan misbrukes. Metoden kan blant annet brukes til å fjerne eventuelle politiske motstandere, men man trenger imidlertid ikke befinne seg på et høyt politisk nivå før faren for misbruk foreligger. Politiet kan benytte seg av metoden for å fjerne personer de mistenker driver med en kriminell aktivitet, men der

²² Jfr. NOU 2004:6 pkt. 7.5.2.1.

²³ Jfr. Rt. 1984 s. 1076 på side 1080.

²⁴ Jfr. Hopsnes på side 67 med videre henvisninger.

det ikke foreligger tilstrekkelig med beviser mot objektet. Provokasjon kan dermed bli et middel politiet anvender for å ”rydde opp” i samfunnet, noe som vil være svært uheldig.

Misbruksfaren er sterkt tilstedeværende dersom politiet retter sin etterforskning mot bestemte personer. Politiet sin oppgave er å være objektive under etterforskningen.²⁵ Denne objektiviteten kan forsvinne om politiet trer for aktivt inn i hendelsesforløpet, og går for sterkt ut mot bestemte personer. Det fremgår av forarbeidene at lovgiver finner det viktig ”å sikre at statens maktapparat ikke kan misbrukes på denne måten.”²⁶

En annen fare ved politiprovokasjon er at metoden kan føre til kriminalisering av ellers lovlydige borgere. Denne faren oppstår fordi politiets inntreden finner sted før den kriminelle handlingen er begått. Politiet kan da i verste fall ende opp med å skape kriminalitet. Dette vil stride mot politiets formål, som er det motsatte, nemlig å oppklare og avverge kriminalitet.²⁷ Hensynet til at politiet ikke skal kriminalisere ellers lovlydige borgere gjør seg gjeldende på flere plan.

Det vil for det første stride mot de hensyn som ligger til grunn for rettsstaten dersom politiet gjennom provokasjon har mulighet til å skape kriminalitet. Lovgiver uttalte i forbindelse med utredningen NOU 2004:6 at i ”en rettsstat må det være et utgangspunkt at borgerne, og i sær de som ellers er lovlydige, ikke skal kriminaliseres av politiet.”²⁸

Videre vil kriminaliseringen stride mot viktige samfunnshensyn, da i sær hensynet til objektet som er utsatt for denne. Det kan være svært belastende å bli stemplet som kriminell, og sammen med et eventuelt fengselsopphold vil dette kunne føre til svært negative konsekvenser for objektet. Når objektet da i tillegg ikke har utvist samme straffeskyld, som i de tilfeller der lovbruddet er begått på eget initiativ, vil dette være en uheldig utvikling, både for objektet og samfunnet som helhet.

På en annen side må det påpekes at det er opp til hver enkelt selv å klare å avstå fra straffbare handlinger, også i de tilfeller der politiet opptrer aktivt for å fremprovosere et lovbrudd.²⁹ Hensynet til objektet kan dermed ikke kan trekkes for langt.

Allmennhetens rettferdighetsfølelse er et hensyn som kan tale mot bruken av politiprovokasjon. Det strider mot allmennhetens rettferdighetsfølelse at man kan bli straffet for et lovbrudd som politiet har fremkalt. Hensynet kan imidlertid trekke begge veier, da det også må anses kritikkverdige at personer som har begått en kriminell handling går fri på grunn av politiets feil.

Et eksempel på det siste finner man i en nyhetsartikkel fra VG med tittelen ”Politiprovokasjon – smuglere gikk fri”. Saken dreide seg om to narkotikasmuglere fra Møre og Romsdal som gikk fri etter flere runder i retten fordi politiet hadde tiet om bruk av provokasjon. Dette blir i artikkelen omtalt som en skandale. Slike saker vil fremstå som urimelige og urettferdige overfor allmennhetens rettferdighetsfølelse, som har et ønske om at kriminelle ikke skal slippe unna på grunn av politiets feil. Dette viser viktigheten av at politiet opptrer ryddig og ordentlig i saker som dreier seg om politiprovokasjon.

²⁵ Jfr. strpl. § 226 tredje ledd og Auglend m.fl. på side 600 flg.

²⁶ Jfr. NOU 2004:6 pkt. 7.5.2.1.

²⁷ Jfr. politiloven § 2 nr 2 og 3

²⁸ Jfr. NOU 2004:6 pkt. 7.5.2.1.

²⁹ Dette fremgår blant annet av Hopsnes på side 69 og Asp på side 300.

Kapittel 4. Internasjonalt perspektiv.

4.1. Hvilke internasjonale forpliktelser har Norge?

Norge er en del av et internasjonalt samfunn, og er som konsekvens av dette bundet av internasjonale lover og regler. Lovgiver har gjennom menneskerettsloven inkorporert en rekke internasjonale regelverk inn i norsk rett.

Etter menneskerettsloven § 3 skal blant annet den Europeiske Menneskerettighets Konvensjonen (EMK) ”ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.” Den norske stat er altså forpliktet til å følge EMK, og som en følge av dette kan heller ikke politiets etterforskningsmetoder stride mot konvensjonens artikler.³⁰

Spørsmålet blir om retningslinjene for politiprovokasjon er i strid med noen av EMK sine artikler, nærmere bestemt artikkel 6 om retten til en rettferdig rettergang og artikkel 8 om retten til privatliv.

4.1.1. EMK artikkel 6.

Artikkel 6 regulerer retten til en rettferdig rettergang. Dette er en viktig rettighet i enhver rettsstat. Rettigheten er blant annet med på å sikre at ingen blir vilkårlig dømt, og at hensynet til tiltalte blir ivaretatt gjennom hele rettsprosessen frem mot en eventuell dom.

Vurderingstemaet videre er om politiets bruk av provokasjon som etterforskningsmetode strider mot prinsippet om rettferdig rettergang i artikkel 6. Spørsmålet var oppe for EMD i saken Teixeira de Castro mot Portugal.

Sakens dreide seg om to portugisiske politiagenter i sivil som prøvde å avsløre en bakmann som forsynte V.S. med hasj. V.S. var ikke klar over at agentene var fra politiet, og gikk med på å sette dem i kontakt med en leverandør. Det viste seg imidlertid å være vanskelig å få tak i en slik leverandør, og V.S. ga opp. Poliagentene tok på et senere tidspunkt igjen kontakt med V.S., denne gangen for å få tak i heroin. De ble tipset om at Francisco Teixeira de Castro muligens kunne ordne dette. Teixeira de Castro ble oppsøkt, og en avtale om salg av heroin ble inngått. Ved overtakelsen ble Teixeira de Castro pågrepet for salg av heroin.

Teixeira de Castro anførte for EMD at han ikke hadde fått en rettferdig rettergang på grunn av politiets fremgangsmåte, og at det dermed forelå et brudd på artikkel 6. EMD kom frem til at Teixeira de Castros salg av heroin alene var et resultat av politiets handlinger, og at dette hadde hatt betydning for rettferdigheten av rettergangen.³¹ Det ble i dommen konstatert at det forelå brudd på artikkel 6 på bakgrunn av politiets fremgangsmåte.

EMD sin avgjørelse kan imidlertid ikke ses på som et generelt forbud mot politiprovokasjon. Det blir i dommen uttalt at ”[the] use of undercover agents must be restricted and safeguards

³⁰ Se også EMK artikkel 1 om den norske stats plikt til å følge konvensjonen.

³¹ Jfr. Teixeira de Castro mot Portugal paragraf 33.

put in place even in cases concerning the fight against drug trafficking.”³² Det er altså adgang til å anvende slike metoder, men det kreves klare retningslinjer for hvordan politiet kan opptre.

De etterforskningsmetodene det portugisiske politiet anvendte i saken mot Teixeira de Castro ville etter all sannsynlighet blitt ansett som ulovlige også etter norsk rett. Politimennene i saken oppsøkte aktivt Teixeira de Castro, og fremprovoserte et lovbrudd. Det er altså tale om en handling som ikke ville blitt begått uten politiets innblanding. Det foreligger altså her også et brudd på hovedvilkåret for provokasjon etter norsk rett.³³

Artikkel 6 setter dermed ingen ytterligere skranker for politiets anvendelse av provokasjon utover det som allerede fremkommer av de norske retningslinjene. En lovlig anvendelse av provokasjon etter norsk rett vil være innenfor rettferdighetsprinsippet i artikkel 6.

4.1.2. EMK artikkel 8.

Etter artikkel 8 har enhver ”rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.” Rettigheten skal verne innbyggerne mot vilkårlige inngrep og misbruk fra staten. Dette vernet er imidlertid ikke ubegrenset. Vernet skal ikke fungere slik at kriminelle kan få lov å drive med sine lyssky aktiviteter uten innblanding fra myndighetene.

Den aktuelle problemstillingen her er om politiprovokasjon kan anses som et inngrep i objektets ”privatliv” etter artikkel 8.

Det ble i EMD-dommen Teixeira de Castro mot Portugal anført av Teixeira de Castro at det forelå et brudd på artikkel 8, i tillegg til artikkel 6, grunnet politiets opptreden i saken. Siden EMD kom frem til at det forelå et brudd på artikkel 6 fant retten det ikke nødvendig å vurdere om det også forelå brudd på artikkel 8.³⁴

I Lüdi mot Sveits kom EMD frem til politiets opptreden under en etterforskning ikke medførte et brudd på artikkel 8. Politiet hadde imidlertid her kun anvendt infiltrasjon. Denne politimetoden er ikke like inngripende som provokasjon, og det kan derfor ikke legges til grunn at EMD ville kommet frem til samme løsning ved et provokasjonstilfelle.

EMD har altså enda ikke vurdert om bruk av politiprovokasjon vil medføre et brudd på artikkel 8 om retten til privatliv.

Spørsmålet ble imidlertid vurdert av lovgiver i forbindelse med utredningen NOU 2004:6. Lovgiver antok her at spørsmålet ”trolig [vil] bero på en konkret vurdering der flere momenter kan få betydning.”³⁵ Det blir antatt at selve provokasjonen ikke griper inn i objektets privatliv. I de tilfeller det derimot foreligger infiltrasjon, en etterforskning som trekker ut i tid eller ikke tilstrekkelig mistanke vil det etter lovgivers synspunkt kunne foreligge et brudd på artikkel 8.

³² Jfr. Teixeira de Castro mot Portugal paragraf 36.

³³ Jfr. RA 2000-02 del III pkt. 2.2.

³⁴ Jfr. Teixeira de Castro mot Portugal paragraf 43. For omtale av dommen se oppgaven kapittel 4.1.1.

³⁵ Jfr. NOU 2004:6 pkt. 7.5.2.3.

Det er altså ikke mulig å gi et generelt svar på om politiprovokasjon griper inn i retten til privatliv etter artikkel 8, men dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Dersom provokasjon kan ses på som et inngrep i retten til privatliv blir spørsmålet videre om det er adgang til å gjøre unntak fra denne rettigheten. For å gjøre unntak fra artikkel 8 første ledd må det etter andre ledd være oppfylt tre vilkår.

Unntaket må for det første ha et bestemt formål. Artikkel 8 andre ledd nevner det å ”forebygge uorden eller kriminalitet” som et slikt formål. Dette formålet er midt i kjernen av hva som er anvendelsesområdet for politiprovokasjon, og vilkåret er oppfylt.

Videre må unntaket være forholdsmessig. Politiprovokasjon kan kun anvendes i alvorlige straffesaker, i denne begrensningen ligger det et forholdsmessighetsprinsipp. Det andre vilkåret er dermed også oppfylt.

Det siste vilkåret er at unntak kun kan foretas dersom det er i samsvar med lov. Det er dette vilkåret som er problematisk i forhold til politiprovokasjon, siden metoden ikke er lovfestet i norsk rett.

Begrepsbruken i EMK er imidlertid autonom.³⁶ Begrepene har en selvstendig betydning i konvensjonen, og det er ikke nødvendigvis slik at den norske forståelsen av begrepet kan legges til grunn.

Lovbegrepet i EMK favner videre enn den norske forståelsen av begrepet. Det fremgår av Sunday Times-dommen at også ulovfestet rett er omfattet. I Sunday Times-dommen var vurderingstemaet om det forelå brudd på artikkel 10, men det legges til grunn av EMD at lovkravet må forstås likt også i artikkel 8, selv om det er en noe ulik formulering.³⁷

For at en rettskilde skal være omfattet av lovbegrepet i EMK er det et krav om at rettskilden må være tilgjengelig for borgerne og tilstrekkelig presis.³⁸

Retningslinjene for politiprovokasjon fremgår i norsk rett av et rundskriv gitt av Riksadvokaten og høyesterettspraksis. Det skal videre vurderes om dette er en tilstrekkelig hjemmel for å oppfylle EMK sitt lovkrav.

Det er ved politiprovokasjon tale om retningslinjer for politiet, ikke påbud for alminnelige borgere. Hensynet om at rettskilden må være tilgjengelig for borgerne og tilstrekkelig presis vil ikke gjøre seg gjeldene på samme måte i slike tilfeller, da borgeren ikke vil ha noe behov for å kunne forutberegne sin rettsstilling ut i fra retningslinjene.

Retningslinjene for politiprovokasjon må etter dette anses som tilstrekkelige for å oppfylle lovkravet i EMK, og det er dermed adgang til å gjøre unntak fra artikkel 8 første ledd, jfr. andre ledd.

³⁶ Se blant annet Aall på side 96.

³⁷ Jfr. Sunday Times-dommen paragraf 48. Artikkel 10 andre ledd bruker uttrykket ”foreskrevet ved lov”, mens det i artikkel 8 andre ledd benyttes uttrykket ”i samsvar med loven”.

³⁸ Jfr. Sunday Times-dommen paragraf 49.

4.2. Politiprovokasjon i Danmark.

4.2.1. Innledning.

Norge og Danmark har en lang felles rettstradisjon. Dette har medført at det er mange likheter både når det gjelder lovgivningstradisjon og oppbygningen av rettssystemet.

Siden politiprovokasjon er lovregulert i Danmark, i motsetning til hva som er tilfelle i norsk rett, vil det være hensiktsmessig å se hvordan lovgivningssituasjonen av provokasjon er løst i vårt naboland.

4.2.2. På hvilke vilkår kan provokasjon anvendes i Danmark?

Politiprovokasjon blir i Danmark omtalt som agentvirksomhed, og metoden er lovregulert gjennom retsplejeloven § 754 a – d. Provokasjon er definert som når politiet ”som led i efterforskningen af en lovovertrædelse foranledige, at der tilbydes bistand til eller træffes foranstaltninger med henblik på at tilskynde nogen til at udføre eller fortsætte lovovertrædelsen” jfr. rpl. § 754 a stk. 1.

Etter rpl. § 754 b, stk 1 er det et vilkår om at politiprovokasjon ikke kan anvendes dersom det medfører ”en forøgelse af lovovertrædelsens omfang eller grovhed.” Dette blir omtalt som den øvre grensen for provokasjon, og er avgjørende for om provokasjonen anses som lovlig eller ikke.

Videre må enkelte tilleggsvilkår være oppfylt for at politiprovokasjon skal kunne anvendes. For det første må det foreligge en begrunnet mistanke om at lovbruddet skal begås. Det må videre være en provokasjonshandling som er av avgjørende betydning for etterforskningen. Til slutt må det dreie seg om et lovbrudd som medfører fengsel i seks år eller mer. Disse vilkårene fremgår av rpl. § 754 a, stk 1, 1 - 3.

Det foreligge også enkelte prosessuelle vilkår som må være oppfylt, blant annet at politiet må ha en kjennelse fra retten for å kunne utføre provokasjonshandlinger, jfr. rpl. § 754 c, stk. 1.

Dersom grensen for lovlig provokasjon er overtrådt vil dette i utgangspunkt ikke føre til frifinnelse, men kun ha betydning på straffeutmålingen. Dette fremkommer blant annet av den danske høyesterettsavgjørelsen i U.2002.340.H.

Faktum i dommen var at en utenlandsk sivil agent som arbeidet på vegne av det østerrikske politiet hadde bidratt til innføring av 10 kilo kokain. Den danske høyesterett kom frem til at det her forelå ulovlig provokasjon. Den tiltale anførte at det da skulle idømmes frifinnelse, men den danske høyesterett kom frem til, med disens 4-1, at den ulovlige provokasjonen kun hadde betydning for straffeutmålingen. Den samme løsning blir lagt til grunn av domstolen i U.1997.343.Ø.

4.2.3. Konsekvensene av lovregulering i Danmark.

Da spørsmålet om lovregulering var opp i Norge på slutten av 90-tallet mottok utvalget informasjon fra dansk politi og påtalemyndighet, i forbindelse med lovgivningsarbeidet der,

om at ”denne lovreguleringen medførte at man i dag i Danmark i liten grad benytter provokasjonslignende tiltak ved etterforsking.”³⁹

Utvalget antok at dette hadde sammenheng med ”bl.a kildeproblematikk; det er blitt vesentlig vanskeligere å unngå at bakgrunnsinformasjon kommer frem og kildens identitet røpes.”⁴⁰

Det ble imidlertid foretatt en rekke endringer av provokasjonsbestemmelsen i Danmark i 2003. Disse endringene ble foretatt for å bedre politiets muligheter til å kunne effektivt bekjempe organisert kriminalitet.⁴¹ Spørsmålet blir videre om disse endringene har vært med på å øke bruken av politiprovokasjon i Danmark.

Den viktigste lovendringen var at sivile agenter nå kan benyttes som provokatører i provokasjonssaker. Vilkåret for bruk av sivile provokatører er etter rpl. § 754 b, stk 2, 2. pkt. at den bistanden som de sivile provokatørene utfører er ”yderst beskeden i forhold til lovovertrædelsen”. Det fremkommer av forarbeidene til bestemmelsen at bruken av sivile agenter hovedsakelig er tenkt å være begrenset til å være som kontaktformidlere for politiet og de kriminelle miljøene.

En slik endring skulle i utgangspunktet tilsi at politiprovokasjon ville bli anvendt oftere av dansk politi. Det fremgår imidlertid av en redegjørelse fra Riksadvokaten i Danmark at bruken av sivile agenter var svært beskjeden per juni 2008.⁴² Åpningen for bruk av sivile agenter har altså ikke enda ført til en økt bruk av politiprovokasjon.

Endringene i rettsplejeloven innebar imidlertid også både et lempet mistanke- og indikasjonskrav. Før lovendringen krevdes det en ”særlig bestyrket mistanke” og at andre etterforskningsskritt ikke kunne være tilgjengelige. At disse kravene nå er myknet opp tilsier i utgangspunktet at metoden burde være lettere anvendelig for politiet. Det er imidlertid kun tiden som kan vise om dette har lyktes.

³⁹ Jfr. NOU 1997:15 pkt. 6.10.2.

⁴⁰ Jfr. NOU 1997:15 pkt. 6.10.2.

⁴¹ Jfr. Rigsadvokaten Informerer nr. 14/2008 pkt. 1.

⁴² Jfr. Rigsadvokaten informerer nr. 14/2008 pkt. 3.

5.1. Krav til lovhjemmel.

Anvendelsen av politiprovokasjon er, som nevnt tidligere, en politimetode som ikke er lovregulert i norsk rett. Retningslinjene for metoden fremgår av et rundskriv gitt av Riksadvokaten og høyesterettspraksis på området.

Det kan stilles spørsmål ved om et rundskriv og høyesterettspraksis er tilstrekkelig hjemmel for anvendelse av en så inngripende metode som politiprovokasjon. Etter legalitetsprinsippet er det skranker for hvilke inngrep det offentlige kan foreta seg uten lovhjemmel. Vurderingstemaet blir om politiprovokasjon er et inngrep som etter legalitetsprinsippet krever lovhjemmel.

Legalitetsprinsippet er begrunnet i hensynet til rettssikkerhet for borgene. Jo mer alvorlig inngrep det er tale om, jo større vil behovet for lovhjemmel være. I forhold til politiprovokasjon vil det variere hvor stort inngrep det er tale om. Dersom politiet bare trer inn i en type avtale som objektet vanligvis inngår, for eksempel salg av narkotika, kan ikke dette anses som et særlig omfattende inngrep. På en annen side vil provokasjonshandlinger som for eksempel innebærer omfattende overvåkning og kontakt med objektets familie være inngrep av en langt mer alvorlig karakter.

Spørsmålet om lovhjemmel var oppe for Høyesterett i Rt. 1984 s. 1076, og det fremkommer eksplisitt i dommen at Høyesterett ikke anså politiprovokasjon for å være en etterforskningsmetode som krever lovhjemmel. Høyesterett mente det faktum at lovgiver ikke hadde lovregulert metoden tilsa at det skulle være opp til domstolene å trekke grensene for hva som er tillatt i de enkelte tilfellene, og ikke at lovgiver ville forby bruk av metoden.⁴³

Høyesteretts uttalelser i Rt. 1984 s. 1076 er i samsvar med lovgivers senere vurderinger. I NOU 2004:6 blir det fastslått at politiprovokasjon ikke har ”blitt vurdert som så alvorlig at det ifølge legalitetsprinsippet kreves hjemmel i formell lov.”⁴⁴

Politiprovokasjon kan etter dette altså anvendes uten lovhjemmel. Rundskrivet og høyesterettspraksis er tilstrekkelig hjemmel for bruk av metoden.

5.2. Riksadvokatens rundskriv.

Dagens gjeldende rundskriv for politiprovokasjon ble gitt av Riksadvokat Tor-Aksel Busch den 26. april 2000. Rundskrivet er basert på det opprinnelige rundskrivet for politiprovokasjon, som ble gitt av daværende Riksadvokat Dorenfeldt i 1978.

Bakgrunnen for at rundskrivet ble gitt var at bruk og omsetning av narkotika på slutten av 70-tallet var blitt et kriminalpolitisk problem i Norge.⁴⁵ Politiprovokasjon var også den gang et viktig middel for å få bukt med narkotikakriminalitet, men politiets anvendelse av metoden

⁴³ Jfr. Rt. 1984 s. 1076 på side 1079.

⁴⁴ Jfr. NOU 2004:6 pkt. 7.5.2.4.

⁴⁵ Jfr. Andenæs (2008) på side 240.

var ikke underlagt noen retningslinjer. Daværende Riksadvokat Dorenfeldt samlet derfor politisjefene den 26. april 1978 og holdt et foredrag der denne problemstillingen ble satt på dagsorden.

Foredraget startet med at Dorenfeldt gjenga innholdet i to saker der politiet nylig hadde anvendt provokasjon. I den første saken var det tale om provokasjonslignende etterforskning som var innenfor det politiet hadde adgang til, mens det i den andre saken var tale om etterforskningsmetoder som lå utenfor det som kunne aksepteres.

Faktum i sak nummer to var at en soningsfange hadde blitt utlånt fra Moss hjelpefengsel for å hjelpe politiet i en narkotikasak. Soningsfangeren kjente til R, en profesjonell narkotikaforbryter, som politiet mistenkte skulle importere store mengder amfetamin til Norge. Gjennom å samarbeide med en bank i Oslo og to svenske polititjenestemenn, som fremsto som kjøpere overfor R, ble det vist frem et stort pengebeløp til R. Pengebeløpet skulle sikre at de svenske polititjenestemennene fremsto som seriøse kjøpere. Soningsfangeren reiste deretter, med tillatelse fra politiet, sammen med R til Nederland for å få tak i narkotikaen. R ble pågrepet kort tid etter at han kom tilbake til landet.

Dorenfeldt brukte saken som et eksempel på at politiet hadde gått altfor langt i sin etterforskning. Det var i saken svært usikkert om R ville gått til anskaffelse av et så stort kvantum narkotika dersom han ikke hadde blitt fremvist pengebeløpet i forkant. Konsekvensen av politiets fremgangsmåte var at 2 poster i tiltalen ble frafalt. Saken viste at bruken av politiprovokasjon manglet kontroll og styring fra overordnede. Dorenfeldt beskrev det som at "[problemene] [i forhold til bruk av politiprovokasjon] har vokst ledelsen over hodet."⁴⁶

Retningslinjene for politiprovokasjon ble under foredraget formulert muntlig, og var blant annet basert på reguleringen i andre europeiske land og en rettsbelæring førstelagmann Haugen i Eidsivating lagmannsrett kom med i den første saken Dorenfeldt omtalte. I 1980 ble retningslinjene gitt skriftlig ved at Dorenfeldt utformet følgende retningslinjer for ekstraordinære etterforskningsmetoder i narkotikasaker:⁴⁷

- ”1. Avgjørelsen skal treffes av en høyere politiembetsmann og med samtykke fra statsadvokat.
2. Mistanken må være sterk.
3. Det kvantum som forventes beslaglagt må klart falle inn under straffeloven § 162.
4. Som utgangspunkt må stoffet være i landet med mindre riksadvokatens samtykke innhentes.
5. Det må foreligge en klar antagelse om at stoffet ville blitt solgt til andre.
6. Kjøp kan bare skje for det offentliges penger.
7. Vanlig etterforskning må være forgyves.
8. Bare politifolk kan settes inn i rollen som kjøper.”

Det gjeldende rundskrevet fra Riksadvokaten tar, som tidligere nevnt, utgangspunkt i dette rundskrevet til Dorenfeldt. Rundskrevet er imidlertid blitt revidert betraktelig for å være tilpasset de vilkår og skranker som er satt av Høyesterett opp i gjennom årene.

⁴⁶ Jfr. Dorenfeldt på side 293.

⁴⁷ Som er gjengitt av Høyesterett i Rt. 1984 s. 1076 på side 1085.

Riksadvokaten oppstiller tre hovedvilkår for provokasjon i sitt rundskriv. For det første må politiet ikke foranledige en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått, deretter må metoden kun benyttes ved alvorlige straffbare handlinger, og til slutt må visse prosessuelle vilkår være oppfylt.

Selv om rundskrivet regulerer hvilke grenser politiet og påtalemyndigheten må forholde seg til under utførelsen av politiprovokasjon bærer rundskrivet fortsatt kun preg av å være en instruks fra en overordnet påtaleenhet til en underordnet. Det fremgår av Rt. 1984 s. 1076 at domstolene ”ikke [er] bundet av retningslinjene, men må prøve dem mot de alminnelige rettsprinsipper som gjelder på dette felt.”⁴⁸

5.3. Høyesterettspraksis.

Høyesterettspraksis har vært svært viktig i utformingen av retningslinjene for politiprovokasjon. Rt. 1984 s. 1076 regnes som den grunnleggende dommen på området, og har blitt lagt til grunn i både senere avgjørelser og av Riksadvokaten i hans rundskriv.

Faktum i saken var at politiet i lengre tid hadde hatt mistanke om at C solgte narkotika. En person, D, var blitt varetektsfengslet, og mottok mens han var i politiets forvaring et telegram fra C om at han ville få oversendt 1 kilo amfetamin. Politiet svarte på vegne av D, og det ble etterhvert avtalt at B skulle levere 3 kilo amfetamin til D i København. Politiet fikk forhandlet seg frem til at leveringsstedet ble lagt til Oslo istedenfor. B ville imidlertid ikke reise til Oslo, og sendte derfor A på den siste delen av reisen. Ved levering ble både A og B arrestert, i henholdsvis Oslo og København, for overtredelse av straffeloven § 162.

I dommen formulerte Høyesterett det som blir omtalt som grunnvilkåret for lovlig politiprovokasjon, nemlig at politiet ikke kan fremprovosere et lovbrudd som uten politiets inngrep ikke ville blitt begått. Høyesterett baserte dette vilkåret på ”alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie”.⁴⁹

Et viktig spørsmål som ikke ble besvart i Rt. 1984 s. 1076 er hvilke konsekvenser ulovlig provokasjon innebærer. Dette var tema for Høyesterett i Rt. 1992 s. 1088.

Politiet hadde i denne saken fått informasjon av en informant, kalt D, om at C kunne skaffe en større mengde narkotika. D skaffet først politiet en vareprøve, så foretok politiet en bestilling på 200 gram heroin av C. Ved overlevering ble også A og B pågrepet. Det ble ikke reist tiltale om salg eller forsøk på salg av de 200 gram heroin, fordi dette stred mot hovedvilkåret om at politiet ikke skal fremkalle lovbrudd som ellers ikke ville bli begått.

Problemstillingen i forhold til hvilke løsninger som burde vært lagt til grunn dersom det hadde vært tatt ut tiltale blir allikevel tatt opp. Høyesterett uttalte at det ved ulovlig provokasjon ikke kan anvendes straff, og legger til grunn et prinsipp om at ulovlig politiprovokasjon må anses som ”en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjon.”⁵⁰

⁴⁸ Jfr. Rt. 1984 s. 1076 på side 1081.

⁴⁹ Jfr. Rt. 1984 s. 1076 på side 1079.

⁵⁰ Jfr. Rt. 1992 s. 1088 på side 1091.

Andre viktige dommer i forhold til politiprovokasjon er Rt. 1998 s. 407 og Rt. 2000 s. 1223. I begge dommene blir politiets arbeidsmetoder sterkt kritisert av Høyesterett. Disse dommene vil bli gjennomgått nærmere under oppgavens hoveddel.

6.1. Provokasjonens øvre grense.

6.1.1. Grunnvilkåret for politiprovokasjon.

Grunnvilkåret for politiprovokasjon er, som nevnt tidligere, at politiet ikke må fremkalle en kriminell handling som ellers ikke ville blitt begått. Dette kravet er både vagt og upresist, og det skal derfor videre forsøkes å få klarlagt nærmere hva kravet innebærer.

Det må etter dette grunnvilkåret foreligge en årsakssammenheng mellom politiets inntreden og den kriminelle handlingen.⁵¹ I Rt. 1998 s. 407 uttalte Høyesterett at "[om] politiets aksjon tenkes borte, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført."⁵² Høyesterett tar i dommen utgangspunkt i betingelseslæren, ved at grunnvilkåret kun er oppfylt dersom handlingen fortsatt ville funnet sted om "politiets aksjon tenkes bort." Resultatet i dommen ble at provokasjonen i dette tilfellet ble ansett ulovlig siden politiets bidrag var en betingelse for den straffbare handlingen.

Etter betingelseslæren blir vurderingen slik at dersom en bestemt handling tenkes bort, i vårt tilfelle politiets aksjon, må det vurderes om den etterfølgende handlingen, den kriminelle aktiviteten, ville forkommet. Hvis den kriminelle aktiviteten ikke ville funnet sted uten politiets innblanding vil provokasjonen etter betingelseslæren være ulovlig. Et slikt utgangspunkt vil imidlertid ikke ta hensyn til hvor stort og betydningsfylt politiets bidrag er i den konkrete sak. Det vil derfor bli for upresist å legge betingelseslæren alene til grunn for vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt.

At betingelseslæren ikke alene kan legges til grunn fremkommer blant annet av Høyesteretts uttalelser i den grunnleggende avgjørelsen om politiprovokasjon, Rt. 1984 s. 1076. I dommen anførte A at politiet, ved å skifte leveringssted fra København til Oslo, hadde fremprovosert hans handlinger. As oppgave var å frakte narkotikaen fra København til Oslo, og han ville derfor ikke blitt innblandet i saken dersom politiet ikke hadde skiftet leveringssted.

Etter betingelseslæren ville politiet i dette tilfellet ha fremkalt handlingen, siden A neppe ville blitt trukket inn i saken uten politiets innblanding. Høyesterett uttalte imidlertid at "[politiet] måtte regne med at det forelå en organisasjon med en etablert kurertjeneste. Hvordan stoffet gjennom dette distribusjonsapparat skulle bringes til Norge, var et spørsmål som lå utenfor politiets innflytelse og kontroll."⁵³ Politiets bidrag var dermed for "fjernt og indirekte" til at grunnvilkåret for provokasjon kunne være oppfylt.⁵⁴

Et lignende resonnement ble lagt til grunn i Rt. 2000 s. 1223. Høyesterett kom her frem til at politiet ikke hadde fremkalt den kriminelle handlingen fordi deres rolle i saken var så begrenset. Politiet hadde gjennom sin informant, C, inngått en avtale med de domfelte om kjøp av et parti heroin. Spørsmålet var om det at de domfelte ervervet heroinpartiet etter

⁵¹ Se blant annet Andorsen på side 8 flg. som oppstiller et krav om årsakssammenheng.

⁵² Jfr. Rt. 1998 s. 407 på side 410.

⁵³ Jfr. Rt. 1984 s. 1076 på side 1083.

⁵⁴ Jfr. Rt. 1984 s. 1076 på side 1083.

avtaleinngåelsen medførte at politiet hadde fremkalt den straffbare handlingen.⁵⁵ Høyesterett uttalte at det er ”vanskelig ... å se at et etterfølgende erverv i seg selv kan gjøre provokasjonen ulovlig.”⁵⁶ Dette begrunnes med at det er normalt i slike tilfeller at mellommenn ønsker å sitte en kortest mulig periode med store partier narkotika, og dermed først erverver stoffet etter at avtalen er inngått.

Det sentrale i vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt var etter Høyesterett sitt syn at de to tiltalte ikke måtte ha vært ”påvirket av politiet, gjennom informanten” og at ”initiativet til ervervet og oppbevaringen av heroinet må ha kommet fra de tiltalte.”⁵⁷ Det er her altså ikke et rent krav om årsakssammenheng for at grunnvilkåret skal være oppfylt.

Også i Rt. 2000 s. 1482 uttaler Høyesterett at politiet ikke har fremkalt forbrytelsen dersom påvirkningen er for ”fjern og indirekte”.⁵⁸ Faktum i dommen var at en nederlandsk trailer ble stoppet like etter at den hadde kommet over grensen til Norge. To utlandske statsborgere, B og C, ble tatt for innføring av hasjisj. De sa seg villige til å samarbeide med politiet, slik at mottakeren kunne pågripes. Ved leveringsstedet møtte D opp, men forsvant da han trodde politiet var etter ham. B ble bedt av politiet om å kontakte sin oppdragsgiver, F, for å få i stand en ny avtale. E ble pågrepet på det nye leveringsstedet, også han sa seg villig til å samarbeide med politiet for å ta ytterligere mottakere. Dette førte til at A til slutt ble pågrepet.

A anførte at han ble utsatt for ulovlig provokasjon ved at politiet hadde fremkalt hans kriminelle handling. Det ble slått fast av Høyesterett at dette ikke var tilfelle, da det var ”Fs handling som var styrende for hendelsesforløpet og avgjørende for at A ble brakt inn i saken og overtok de 199 kilo hasjisj, og ikke politiets handlemåte.”⁵⁹ Selv om politiet var en årsaksfaktor til hendelsesforløpet, ved at de fikk B til å inngå en ny avtale med F, var ikke dette tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret om at politiet hadde fremkalt den kriminelle handlingen.

Grunnvilkåret er etter dette ikke oppfylt selv om det foreligger en årsakssammenheng gjennom at betingelseslæren er oppfylt. Et tilleggsvilkår om at påvirkningen ikke må være av en for fjern og indirekte karakter må være oppfylt for at politiet skal ha fremkalt lovbruddet. Det skal videre drøftes hva som ligger i dette tilleggsvilkåret.

Det har blitt lagt til grunn av både Høyesterett og Riksadvokaten at politiet har adgang til å foreta visse endringer i tid, sted og utførelsesmåte uten at hovedvilkåret om fremkallelse av et lovbrudd er oppfylt.⁶⁰ Etter Riksadvokatens rundskriv er det sentrale i vurderingen hvem som tar initiativet og om det foreligger et marked for den straffbare handlingen.

I tilfeller der politiet aktivt tar initiativet til handlingen vil det være stor fare for at objektets forsett vil bli påvirket. En person som i utgangspunktet ikke ville begått en straffbar handling kan forandre mening dersom forholdene i for stor grad blir lagt til rette for det. Faren for misbruk fra politiet sin side vil være stor i slike tilfeller.

⁵⁵ Det var i dommen uklart om heroinpartiet var ervervet før eller etter avtaleinngåelsen, det legges derfor til grunn i dommen at ”det kan være avtalen som har utløst anskaffelsen av heroinet”, se dommen på side 1229.

⁵⁶ Jfr. Rt. 2000 s. 1223 på side 1229.

⁵⁷ Jfr. Rt. 2000 s. 1223 på side 1229. Høyesterett kom frem til at disse to vilkårene var en korrekt formulering av grunnvilkåret for provokasjon i Lagmannsrettens rettsbelæring.

⁵⁸ Jfr. Rt. 2000 s. 1482 på side 1486.

⁵⁹ Jfr. Rt. 2000 s. 1482 på side 1486.

⁶⁰ Dette fremgår blant annet av Rt. 1984 s. 1076 på side 1080 og RA 2000-02 del III pkt. 2.2.

Saken i Rt. 1993 s. 473 er illustrerende som et tilfelle der politiet gikk for aktivt inn og tok initiativet til den kriminelle handlingen. En person var i dommen tiltalt for kjøring av piratdrosje. De sivile agentene som jobbet for politiet hadde gått aktivt inn for å få tak i en drosje. Medhjelperne befant seg i en gate der de antok det foregikk piratdrosjekjøring, stoppet en tilfeldig bil og tok opp spørsmålet om betaling etter at de hadde satt seg inn i bilen. Det ble uttalt i dommen at det ”ikke i byrettens premisser [er] noe som viser at domfelte ville ha stanset av eget initiativ, eller at andre ville ha stanset ham og bedt om skyss mot betaling.”⁶¹ Politiet ble i denne saken ansett for å ha fremkalt lovbruddet.

Når det gjelder vurderingen av om det eksisterer et marked for den straffbare handlingen vil dette ha betydning siden objektet ikke ville kunne ha gjennomført den kriminelle handling dersom det ikke forelå noe marked. Narkotikaselgeren ville ikke kunne ha begått den straffbare handlingen det er å selge narkotika dersom det ikke er var noen kjøpere. Når politiet legger til rette for en handling som det ikke foreligger noe marked for vil man fort bevege seg over terskelen for lovlig provokasjon ved at politiet i for stor grad påvirker objektets forsett, og slik fremkaller handlingen.

Problemstillingen var opp for Høyesterett i Rt. 1998 s. 407. Spørsmålet i dommen var om politiets aksjon for å få tilbake Skrik-maleriet var lovlig. Det ble anført at politiets fremgangsmåte, ved å skaffe en kjøper til maleriet, hadde fremkalt den straffbare handlingen. Førstvoterende kom frem til at det ikke var andre aktuelle kjøpere til bildet, og at det dermed ikke forelå noe marked for et slikt salg. Politiet hadde derfor fremprovosert lovbruddet i dette tilfellet.

Hopsnes mener at det sentrale i vurderingen av om politiet har fremprovosert handlingen ikke er endringen av tid og sted, men om ”politiets kontakt har vært årsak til en endring i objektets handlinger på en måte som enten har gjort handlingen straffbar eller gjort handlingen mer straffverdig.”⁶²

Et eksempel som taler for Hopsnes sitt synspunkt er at dersom politiet trer inn i en narkotikahandel og endrer leveringssted vil ikke dette gjøre handlingen mer straffbar. Dette var tilfelle i den nettopp omtalte avgjørelsen i Rt. 1984 s. 1076. Her kom Høyesterett til at politiet ikke hadde fremkalt handlingen ved å flytte leveringsstedet fra København til Oslo. Om politiet på en annen side foreslår en endring av mengde eller type narkotisk stoff vil dette kunne gjøre handlingen mer straffverdig, og dermed være av betydning for om politiet har fremkalt handlingen eller ikke.⁶³

Lovgiver formulerte i sin utredning NOU 2004:6 at vurderingen av om politiet har fremprovosert et lovbrudd vil ”bero på en samlet vurdering av om politiets handling bryter med de grunnleggende hensyn som begrunner at politiet ikke må fremkalle kriminalitet.”⁶⁴ Det blir fremhevet at det ikke kan opereres med en gradsvurdering, men det må benyttes ”en vurdering basert på de grunnleggende hensyn som bærer forbudet.”⁶⁵

⁶¹ Jfr. Rt. 1993 s. 473 på side 475.

⁶² Jfr. Hopsnes på side 97.

⁶³ Jfr. Strl. § 162 andre ledd andre setning der det fremgår at ”[ved] avgjørelsen av om overtredelsen er grov, skal det særlig legges vekt på hva slags stoff den gjelder, kvantumet og overtredelsens karakter.”

⁶⁴ Jfr. NOU 2004:6 pkt. 7.5.2.5.1.

⁶⁵ Jfr. NOU 2004:6 pkt. 7.5.2.5.1.

Om politiet har fremprovosert en straffbar handling vil altså bero på en konkret vurdering, der de momenter som er nevnt av Riksadvokaten, Høyesterett og i den juridiske litteraturen kan trekkes inn. Det sentrale er at politiet holder seg innenfor de grunnleggende hensyn som bærer forbudet for provokasjon, og da særlig at provokasjonsmiddelet ikke skal misbrukes eller at lovlydige borgere skal kriminaliseres

6.1.2. Provokasjonens bruksområde.

Provokasjon er en inngripende etterforskningsmetode, og Riksadvokaten har derfor i sitt rundskriv oppstilt materielle skranker i forhold til på hvilke saksområder metoden kan benyttes.

Bruken av provokasjon var i utgangspunktet reservert til alvorlige narkotikaforbrytelser.⁶⁶ I Rt. 1984 s. 1076 uttalte Høyesterett imidlertid at "[metoden] bør således ... kunne aksepteres ved alvorlige lovovertridelser."⁶⁷ Det var altså ikke lenger noen begrensning for på hvilket saksområde metoden kunne anvendes, kun et krav til lovovertridelsens karakter.

I forarbeidene er anvendelsen av provokasjon på andre områder begrunnet med at "... aktive kriminelle er i mindre grad «spesialiserte», tilbud og etterspørselsmekanismer styrer aktivitetene fra område til område."⁶⁸ Politiprovokasjon vil være et effektivt middel for å bekjempe alvorlig kriminalitet, og det vil være nødvendig med et større anvendelsesområde for å kunne følge kriminalitetsutviklingen i samfunnet.

Det ble i Rt. 1998 s. 407 anført at domfelte måtte frifinnes fordi politiet ikke hadde adgang til å benytte seg av politiprovokasjon i etterforskningen av vinningsforbrytelser. Høyesterett kom frem til at denne anførselen ikke kunne føre frem, og viste blant annet til forarbeidene og tidligere rettspraksis. Førstvoterende uttalte at "[jeg] finner det heller ikke tvilsomt at "Skrik"-saken for øvrig er en slik sak hvor det på grunn av alvorret og situasjonen var tillatt å bruke ekstraordinære etterforskningsmetoder. Maleriet har en særdeles høy både økonomisk og ideell verdi."⁶⁹

Et eksempel på et lovbrudd som ikke er innenfor anvendelsesområdet til provokasjon finnes i avgjørelsen i Rt. 1993 s.473. Saken dreide seg om en mann som var tiltalt for kjøring av piratdrosje. Høyesterett kom frem til at dette ikke var en alvorlig nok forbrytelse til å begrunne bruken av provokasjon. Det ble uttalt at "ved bedømmelsen av om det dreier seg om slik kriminalitet at etterforskningsmetoder av denne art kan aksepteres, bør man nok ikke bare se på strafferammen, men også ta hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet."⁷⁰

Ved vurdering av hvilke lovbrudd som er alvorlige nok må det, etter Riksadvokatens rundskriv, foretas en forholdsmessighetsvurdering. Det inngrepet politiprovokasjon innebærer må her vurderes opp mot det "samfunnsområde den aktuelle kriminalitet representerer."⁷¹

⁶⁶ Dette følger av det opprinnelige rundskrivet til Riksadvokat Dorenfeldt.

⁶⁷ Jfr. Rt. 1984 s. 1076 på side 1080.

⁶⁸ Jfr. NOU 1997:15 pkt. 6.10.2.

⁶⁹ Jfr. Rt. 1998 s. 407 på side 409.

⁷⁰ Jfr. Rt. 1993 s. 473 på side 475.

⁷¹ Jfr. RA 2000-02 del III pkt. 2.3.

Riksadvokaten nevner vinningskriminalitet, det å avsløre seksuelle overgrep mot barn og barnepornografi som eksempler på lovbrudd som vil være alvorlige nok.

6.1.3. Prosessuelle krav.

6.1.3.1. Provokasjon som sekundært etterforskningsmiddel.

Provokasjon kan etter Riksadvokatens rundskriv kun anvendes som et sekundært etterforskningsmiddel. Anvendelsen av provokasjon forutsetter altså at ordinære etterforskingsskritt ikke er anvendelige i for å oppklare lovbruddet.

Metodens stilling som et sekundært etterforskningsmiddel henger sammen med at politiprovokasjon er en ekstraordinær etterforskningsmetode. Bruken av denne metoden medfører langt flere betenkeligheter enn hva som er tilfelle ved anvendelse av tradisjonelle etterforskningsmetoder. Bruksområdet er derfor begrenset til oppklaring av alvorlig eller organisert kriminalitet, siden man her ofte ikke har mulighet til å nå frem med tradisjonelle politimetoder.

Prinsippet om sekundaritet fremgår også av politiloven § 6 andre ledd, som fastslår at "[politiet] skal ikke ta i bruk sterkere midler uten at svakere midler må antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige, eller uten at slike forgjeves har vært forsøkt."

I Rt. 1984 s. 1076 ble det anført at "vanlig etterforskning må være forgjeves" for at provokasjon skal kunne anvendes.⁷² Det ble påstått at politiet i den aktuelle saken kunne ha stoppet innføringen av narkotika uten bruk av provokasjon. Høyesterett var ikke enig i denne anførselen, og førstvoterende uttalte at "[etter] min oppfatning hadde påtalemyndigheten forsvarlig grunnlag for å anta at andre etterforskingsskritt ikke ville lede til et tilfredsstillende resultat."⁷³

Synspunktet til Høyesterett blir presisert i Riksadvokatens rundskriv. Det fremgår her at politiprovokasjonens stilling som et sekundært etterforskningsmiddel ikke nødvendigvis innebærer "at politiet i den konkrete sak må ha forsøkt å nå frem på tradisjonelt vis."⁷⁴ Tilsvarende synspunkt fremgår av utredningen NOU 2004:4. Utvalget slår her fast at det ikke kreves at "tradisjonelle metoder er forsøkt uten resultat, men at bruken av andre metoder er vurdert og funnet utilstrekkelig."⁷⁵

Riksadvokaten nevner barnepornografi på internett som et eksempel på et tilfelle der politiet fra starten av er klar over at det ikke er mulig å nå frem med tradisjonell etterforskning.

6.1.3.2. Rettssikkerhetsprinsipper.

Riksadvokatens rundskriv oppstiller også et krav om at bruken av politiprovokasjon ikke må være "uforenlig med prosessuelle grunnprinsipper."⁷⁶ Politiets metoder må altså ikke komme i

⁷² Jfr. Rt. 1984 s. 1076 på side 1081.

⁷³ Jfr. Rt. 1984 s. 1076 på side 1082.

⁷⁴ Jfr. RA 2000-02 del III pkt. 2.4.

⁷⁵ Jfr. NOU 2004:6 pkt. 7.5.2.5.2.

⁷⁶ Jfr. RA 2000-02 del III pkt. 2.4.

konflikt med de sentrale rettssikkerhetsprinsippene i straffeprosessen. Dette hensynet er noe av det som kjennetegner et rettssamfunn, nemlig det at det alltid eksisterer noen grunnleggende prinsipper som ligger som et fundament for samfunnet, og som ikke kan brytes.

Høyesterett uttalte i denne forbindelse i Rt. 1984 s. 1076 at "[i] mangel av lovregulering må skrankene [for bruk av provokasjon] bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie. Disse rettsprinsipper må påtalemyndigheten legge til grunn for sin etterforskningsvirksomhet, og det tilkommer i siste omgang domstolene å ta standpunkt til om prinsippene er overtrådt."⁷⁷ Prinsippene ligger altså til grunn for selve metoden, og det er dermed naturlig at politiet i sin etterforskning ikke kan opptre i strid med disse.

Avgjørelsen i Rt. 1999 s. 1269 kan brukes som eksempel på et tilfelle der politiet foretok et brudd på et slikt rettssikkerhetsprinsipp. Dommen omhandler egentlig bevisprovokasjon, men er allikevel illustrerende. Forholdene i saken var at en verksbetjent var mistenkt for å ha hjulpet en innsatt med å rømme. Politiet fikk, ved å inngå et samarbeid med en annen innsatt, tatt opp et lydopptak der verksbetjenten innrømmet å ha hjulpet til med rømningen. Høyesterett kom frem til at det å ta opp et slikt lydopptak stred mot tiltaltes rett til å holde seg taus. Retten til å holde seg taus er et sentralt rettssikkerhetsprinsipp både i norsk og internasjonal rett, og politiets fremgangsmåte var dermed ulovlig.⁷⁸

Det fremgår imidlertid av Riksadvokatens rundskriv at denne "[avgjørelsen] kan ikke forstås som noe generelt forbud mot at politiet ved infiltrasjon, enten ved egne tjenestemenn eller i forståelse med kilder, benytter skjult lydopptak som middel til å sikre bevis og/eller føre kontroll med kilder."⁷⁹ Tiltaltes rett mot selvinkriminering må allikevel respekteres når politiet anvender slike metoder.

Kravet om at politiets metoder ikke må komme i konflikt med sentrale rettssikkerhetsprinsipper henger sammen med at politiets arbeidsmetoder bør kunne etterprøves. Uten mulighet til etterprøving vil det være vanskelig å se om politiet har opptrådt i strid med slike prinsipper.. Dersom en slik etterprøvmulighet mangler vil dette derfor i seg selv være brudd på sentrale rettssikkerhetsprinsipper. Dette vil bli nærmere redegjort for under punkt 6.1.3.3.2., der vilkåret om kontrollert gjennomføring av etterforskningen gjennomgås.

6.1.3.3. Krav til aktørene.

6.1.3.3.1. Kompetent beslutningsnivå.

Det stilles også krav til aktørene ved anvendelse av politiprovokasjon. For det første må avgjørelsen om bruk av provokasjon bli tatt på et kompetent beslutningsnivå. Etter Riksadvokatens rundskriv er det statsadvokaten i distriktet som etter anmodning fra politimester eller visepolitimester beslutter at politiprovokasjon skal utføres.

⁷⁷ Jfr. Rt. 1984 s. 1076 på side 1079.

⁷⁸ Se Høyesteretts redegjørelse av at retten til å holde seg taus er et sentralt rettssikkerhetsprinsipp i Rt. 1999 s. 1269 på side 1271.

⁷⁹ Jfr. RA 2000-02 del III pkt. 2.4.

I politimesters fravær ”kan slik anmodning fremsettes av hans eller hennes faste stedfortreder.”⁸⁰ Også andre av påtalemyndighetens tjenestemenn kan, etter politimesterens ønske, fremme en slik anmodning dersom det foreligger skriftlig samtykke fra førstestatsadvokaten.

Høyesterett drøftet i Rt. 2007 s. 268 problemet med at det ofte ikke er tid til å innhente en slik beslutning fra statsadvokaten, da politiet i mange tilfeller må handle raskt for at aksjonen skal være vellykket.

Faktum i dommen var at B ble stanset ved en grenseovergang til Norge, og det ble oppdaget 5750 gram metamfetaminsulfatholdig stoffblanding i bilen hans. B sa seg villig til å samarbeide med politiet for å avdekke mottakerleddet. Han var ikke selv klar over hvem han skulle levere stoffet til, men fikk etter diverse tekstmeldinger og telefonsamtaler oppgitt telefonnummeret til A, kontaktpersonen i Oslo, fra sin oppdragsgiver. Det ble opprettet kontakt med A, og avtalt et møtested på en bensinstasjon utenfor Sarpsborg. Da A ankom bensinstasjonen like før klokken to på natten ble han pågrepet av politiet.

Politiet var i denne saken nødt til å handle raskt siden B allerede hadde avtalt et leveringssted i Oslo. B opplyste sin oppdragsgiver om at ”han var blitt forsinket i tollene, og at han befant seg i Sarpsborg på grunn av problemer med bilen,” og politiet fikk på denne måten ekstra tid.⁸¹ Det ville imidlertid virket mistenkelig om leveringstidspunktet ble utsatt for lenge. Innhenting av en beslutning fra statsadvokaten kunne altså vært ødeleggende for politiets mulighet til å ta mottakerleddet i dette tilfellet.

Høyesterett uttalte at det i slike tilfeller er ”formentlig rimelig å lese riksadvokatens rundskriv med den reservasjon at kravet om statsadvokatens samtykke forutsetter at dette praktisk sett kan innhentes innenfor den tidsramme som er til rådighet.”⁸²

6.1.3.3.2. Kontrollert gjennomføring av etterforskningen.

Videre må det etter Riksadvokatens rundskriv ”alltid være utarbeidet en plan for hvordan provokasjonshandlingen skal utføres.”⁸³ Politiet skal alltid ha kontroll med anvendelsen av provokasjon, og anvendelsen skal dokumenteres slik at det kan etterprøves at etterforskningen er foregått på en forsvarlig måte.

I NOU 2004:6 blir det fremhevet at siden rettssikkerhetsgarantier er særlige viktige når politiet beveger seg i kriminelle miljøer bør det ”sikres at politiet bare benytter provokative metoder i situasjoner der vilkårene er oppfylt, og det bør kreves rutiner som sikrer at gjennomføringen [kan etterprøves].”⁸⁴ Kontroll med etterforskningen er altså et viktig krav, da dette både fremmer rettssikkerheten for de involverte og sikrer at politiets metoder har tillitt i befolkningen.

Avgjørelsen i Rt. 1998 s. 407 er et eksempel på en sak der politiet ikke hadde tilstrekkelig kontroll med etterforskningen. Politiets arbeid ble her sterkt kritisert av Høyesterett på flere

⁸⁰ Jfr. RA 2000-02 del III pkt. 2.4.

⁸¹ Jfr. Rt. 2007 s. 268 under pkt. 4.

⁸² Jfr. Rt. 2007 s. 268 under pkt. 20.

⁸³ Jfr. RA 2000-02 del III pkt. 2.4.

⁸⁴ Jfr. NOU 2004:6 pkt. 7.5.2.5.3.

punkter, og det ble uttalt at "[vesentlige] rettssikkerhetshensyn ble ... tilsidesatt ved at den del av etterforskningen som aksjonen representerer, ikke har kunnet etterprøves og ved at det ikke fra aksjonen ble sikret bevis i form av prov fra politivitner og rapporter som kunne brukes i en eventuell straffesak."⁸⁵

Høyesterett kritiserte blant annet politiets bruk av de to engelske agentene, som opptrådte som kjøpere av maleriet, siden denne bruken ikke var underlagt tilstrekkelig kontroll. Det ble også trukket frem at "den måten etterforskningen ble gjennomført på, kan tenkes å ha hatt betydning for hvorvidt A ble styrket i sitt forsett på en slik måte at han overskred grensen for straffrie forberedelseshandlinger og også for muligheten for tilbaketreden fra forsøk."⁸⁶ Og Høyesterett konkluderte etter dette med at "aksjonen [som helhet] ikke [var] dokumentert eller belyst på den måten bruk av en så vidt ekstraordinær etterforskningsmetode bør være."⁸⁷

6.1.3.3.3. Hvem kan utføre politiprovokasjon?

I kapittel 2.1.3. om personell avgrensning var spørsmålet når det skulle foretas identifikasjon mellom politi og sivil provokatør. Dette spørsmålet har betydning for provokasjonens nedre grense. Nå er derimot spørsmålet i hvor stor utstrekning sivile provokatører, som allerede er identifisert med politiet, kan anvendes ved provokasjonshandlinger før grensen for lovlig provokasjon er overtrådt. Dette spørsmålet har betydning i forhold til provokasjonens øvre grense.

Etter Riksadvokatens rundskriv fremgår det at "[i] kravet om kontroll ligger også at det ikke kan gjennomføres provokasjonstiltak hvor de involvertes sikkerhet ikke er ivaretatt."⁸⁸ Det foreligger altså et forsvarlighetskrav i forhold til anvendelse av sivile provokatører. Forsvarlighetskravet vil ofte være vanskeligere å ivareta overfor denne gruppen, siden sivile provokatører ikke har samme trening og erfaring som en politiagent.

Spørsmålet om bruk av sivile provokatører ble tatt opp av Høyesterett i Rt. 2000 s. 1223. Faktum i dommen var at politiet hadde benyttet seg av en sivil provokatør, C, for å kunne pågripe A for salg av narkotika. C var en kvinne fra narkotikamiljøet, og bruken av en slik provokatør ble sterkt kritisert av Høyesterett.

Førstvoterende uttalte at "[i] en slik situasjon forekommer det meg i strid med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper at politiet velger en informant som selv er narkotikamisbruker, som enten har eller kan få straffesiktelse mot seg og som i det hele vil føle seg - og er - avhengig av sin politikontakt."⁸⁹ Høyesterett var bekymret for at slike personer ville gå for ivrig til verks, og dermed overskride grensene for lovlig provokasjon.

Lovgiver uttalte imidlertid i NOU 2004:6 at denne "[dommen] kan neppe tas til inntekt for et totalforbud mot bruk av sivile medhjelpere, selv om provokatøren hører til et kriminelt miljø."⁹⁰ Det ble påpekt at dommen derimot gir uttrykk for at det "finnes en grense for bruk

⁸⁵ Jfr. Rt. 1998 s. 407 på side 412.

⁸⁶ Jfr. Rt. 1998 s. 407 på side 412.

⁸⁷ Jfr. Rt. 1998 s. 407 på side 412.

⁸⁸ Jfr. RA 2000-02 del III pkt. 2.4.

⁸⁹ Jfr. Rt. 2000 s. 1223 på side 1231.

⁹⁰ Jfr. NOU 2004:6 pkt. 7.5.2.5.3.

[av] sivile provokatører, [ved at] selve operasjonen må være forsvarlig og gjennomført med tilstrekkelig dokumentasjon.”⁹¹

Sivile provokatører kan etter dette anvendes i provokasjonssaker, men med den begrensning at det må foretas en konkret vurdering av om dette er forsvarlig. Forsvarlighetskravet gjelder i forhold til den personen som opptrer som provokatør, i forhold til etterforskning og også i forhold til den som blir utsatt for provokasjonshandlingen.

6.2. Konsekvensen av at grensen for lovlig provokasjon er overtrådt.

6.2.1. Innledning.

Når det gjelder konsekvensen av at politiet går over terskelen for lovlig provokasjon aktualiserer det seg flere forskjellige problemstillinger knyttet til de forskjellige aktørene som er involvert i saken. I den videre fremstillingen vil det derimot kun fokuseres på hvilke konsekvenser ulovlig provokasjon har for objektet som er blitt utsatt for denne. Eventuelle konsekvenser for politiet og sivile agenter vil bli holdt utenfor oppgaven.

Utgangspunktet er etter Riksadvokatens rundskriv at en sak skal henglegges dersom det er foretatt ulovlig provokasjon.⁹² Dette synspunktet fremkom allerede av Riksadvokat Dorenfeldt sitt foredrag i 1978, der Dorenfeldt uttalte at ved ulovlig provokasjon vil det være ”utilbørlig av påtalemyndigheten å fremme saken for domstolene.”⁹³

Det forekommer imidlertid at saker der politiet har foretatt ulovlig provokasjon kommer opp for domstolene. Særlig to spørsmål gjør seg gjeldende i slike tilfeller. For det første hvordan spørsmålet om ulovlig provokasjon skal bedømmes, og for det andre hvilke prøvelsesadgang Høyesterett har i slike tilfeller.

6.2.2. Hvordan bedømmes spørsmålet om ulovlig provokasjon?

Spørsmålet er her hvilke konsekvenser det skal ha for objektet at en sak der politiet har anvendt ulovlig provokasjon kommer opp for retten. Dette var oppe for Høyesterett i Rt. 1984 s. 1076, og Høyesterett vurderte her forskjellige løsninger. Både bevisavskjæring, frifinnelse og avvisning ble vurdert, men Høyesterett kom frem til at det i den foreliggende sak ikke var noen ”grunn til å gå nærmere inn på disse alternativene.”⁹⁴ Spørsmålet ble altså ikke besvart i dommen.

I Rt. 1992 s. 1088 besvart Høyesterett imidlertid spørsmålet, ved å oppstille en ulovfestet frifinnelsesgrunn i de tilfeller politiet hadde fremkalt en straffbar handling. Høyesterett la i dommen vekt på at ”[det] som taler mot straff for handlinger som er fremprovosert av politiet, er først og fremst at dette finnes støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet.”⁹⁵

⁹¹ Jfr. NOU 2004:6 pkt. 7.5.2.5.3.

⁹² Jfr. RA 2000-02 del III pkt. 2.2.

⁹³ Jfr. Dorenfeldt på side 292.

⁹⁴ Jfr. Rt. 1984 s. 1076 på side 1079.

⁹⁵ Jfr. Rt. 1992 s. 1088 på side 1091.

Høyesterett uttalte videre at den ulovfestede frifinnelsesgrunnen ”har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjon.”⁹⁶ Denne uttalelsen har vært gjenstand for kritikk i juridisk teori.

Henvisningen til rettsstridsreservasjonen er av Andenæs omtalt som forvirrende.⁹⁷ Andorsen er enig i dette synspunktet, og uttaler videre at ”[jeg] kan vanskelig tro at førstvoterende med denne uttalelsen sikter til en rettmessighetsgrunn; det kan aldri bli rettmessig å selge narkotika, enten man er forledet av politiet eller av andre.”⁹⁸

Andorsen åpner for muligheten om at Høyesterett, med sin uttalelse i dommen, egentlig sikter til en innskrenkende tolkning av strl. § 162. Dette resonnementet er Andorsen i så fall enig i, men han mener at henvisningen til en ulovfestet frifinnelsesgrunn ikke er treffende.

Det at rettsstridsreservasjonen i utgangspunktet er uklar, og at det i tillegg bare er tale om et slektskap med denne, gjør ikke saken bedre. Andorsen oppsummerer det som at det for ham ”står ... som høyst uklart hva denne frifinnelsesgrunnen nærmere består i; hvorfor bør gjerningspersonen gå klar av straff, og hvilke nærmere vilkår gjelder?”⁹⁹

Hopsnes modifierer, i sin artikkel om provokasjon, kritikken, ved å fremheve at henvisningen til rettsstridsreservasjonen ikke trenger og forstås slik den straffbare handlingen som følge av provokasjon blir rettmessig, siden det tross alt kun er tale om et slektskap mellom de to grunnene.¹⁰⁰

Både Høyesterett og Riksadvokaten har imidlertid lagt løsningen om frifinnelse til grunn i ettertid. Høyesterett dannet dermed i Rt. 1992 s. 1088 en ny rettsregel, nemlig det at objektet skal frifinnes dersom politiet har fremkalt en kriminell handling som ellers ikke ville blitt begått. Henvisningen til rettsstridsreservasjonen er derimot ikke tatt med verken i Høyesteretts senere avgjørelser eller i Riksadvokatens rundskriv.

Avgjørelsen i Rt. 1998 s. 407 er et eksempel på at Høyesterett legger regelen om frifinnelse til grunn ved anvendelse av ulovlig provokasjon. Høyesterett gir her frifinnelsesgrunnen et bredere anvendelsesområde, ved at den også kan anvendes i de tilfeller det foreligger alvorlige mangler ved politiets etterforskning.

Høyesterett kom i dommen frem til at det forelå brudd på hovedvilkåret, men så det slik at det uansett var nødvendig å vurdere politiets fremgangsmåte i saken. Det ble uttalt av førstvoterende at ”[jeg] finner at den delen av etterforskningen i ”Skrik”-saken som politiets aksjon representerer, er beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for en domfellelse” og at man derfor ”står overfor en ulovfestet frifinnelsesgrunn.”¹⁰¹

I Rt. 2000 s. 1223 anvendte Høyesterett denne frifinnelsesgrunnen på grunnlag av mangler ved politiets etterforskningsmåter, uten at grunnvilkåret for provokasjon var oppfylt. Politiet hadde her benyttet seg av en kvinne fra narkotikamiljøet som kontaktperson. Førstvoterende

⁹⁶ Jfr. Rt. 1992 s. 1088 på side 1091.

⁹⁷ Jfr. Andenæs (2009) på side 260.

⁹⁸ Jfr. Andorsen på side 22.

⁹⁹ Jfr. Andorsen på side 22.

¹⁰⁰ Jfr. Hopsnes på side 115 flg.

¹⁰¹ Jfr. Jfr. Rt. 2000 s. 1223 på side 1231.

uttalte at "[i] en slik situasjon forekommer det meg i strid med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper at politiet velger en informant som selv er narkotikamisbruker, som enten har eller kan få straffesiktelser mot seg og som i det hele vil føle seg - og er - avhengig av sin politikontakt."¹⁰² Dette medførte at "selve etterforskningen - politiets aksjon - ikke kan tjene som grunnlag for domfellelse," og at Høyesterett derfor måtte avsi en frifinnende dom.¹⁰³

Det har til nå vært tale om alvorlige brudd på vilkårene for provokasjon, men i enkelte tilfeller vil det være tale om mindre alvorlige brudd på retningslinje. Spørsmålet blir om også slike brudd vil føre til en frifinnelse av objektet.

Høyesterett var i Rt. 1992 s. 1088 negative til en slik løsning, og uttalte at "[det] kan ikke være tvilsomt at en eventuell overtredelse av slike retningslinjer ikke i seg selv innebærer at de tiltalte skal frifinnes."¹⁰⁴

Dette blir også fastslått i Rt. 2007 s. 267. Det var i saken ikke innhentet samtykke fra statsadvokaten, men Høyesterett uttalte at "[under] ingen omstendighet kan brudd på denne interne instruks føre til frifinnelse når den benyttede metode må anses forsvarlig."¹⁰⁵

Det er altså et krav om at etterforskningen må være forsvarlig, og det vil blant annet være betenkelig dersom politiet bevisst unngår å oppfylle slike krav. Et brudd på retningslinjene er imidlertid i seg selv ikke tilstrekkelig for å foreta en frifinnelse av objektet.

De tilfellene som til nå har vært omtalt dreier seg om konsekvensene av at politiet har trådt over grensen for lovlig provokasjon. Et siste spørsmål som må vurderes er hvilke konsekvenser det har at tidligere rettsinstanser har begått saksbehandlingsfeil, ved å legge til grunn en uriktig rettsbelæring.

Virkingen av en saksbehandlingsfeil er, etter strpl. § 343, at denne kun kommer til anvendelse dersom feilen har innvirket på resultatet.

I Rt. 2008 s. 1659 kom Høyesterett frem til at det forelå en uriktig rettsbelæring, og at dette førte til en opphevelse av lagmannsrettens dom. Saken gjaldt spørsmålet om rettsbelæringen i lagmannsrettens dom inneholdt en riktig gjengivelse av beviskravet ved politiprovokasjon.

Høyesterett åpnet imidlertid i avgjørelsen for at en uriktig rettsbelæring i noen tilfeller kan føre til at dommen blir stående, men "[siden] lagretten plikter å bygge på den rettsoppfatning som kommer til uttrykk i rettsbelæringen, må det være en forutsetning at det aktuelle tema overhode ikke var relevant for avgjørelsen av skyldspørsmålet, og slik sett var uegnet til å virke inn på lagrettens svar."¹⁰⁶

Det ble i Rt. 1997 s. 1659 bemerket at det ofte vil være vanskelig å vurdere om det foreligger mangler ved en rettsbelæring "på grunnlag av en protokollasjon som er begrenset til en del av lagmannens rettsbelæring, og som også for denne del er begrenset til hovedtrekk."¹⁰⁷

¹⁰² Jfr. Rt. 2000 s. 1223 på side 1231.

¹⁰³ Jfr. Rt. 2000 s. 1223 på side 1231.

¹⁰⁴ Jfr. Rt. 1992 s. 1088 på side 1092.

¹⁰⁵ Jfr. Rt. 2007 s. 267 under pkt. 20.

¹⁰⁶ Jfr. Rt. 2008 s. 1659 under pkt. 26.

¹⁰⁷ Jfr. Rt. 1997 s. 1659 på side 1662.

I denne saken ble det imidlertid fastslått at det ikke forelå noen mangel ved rettsbelæringen på grunn av at bevisbyrderegelen ikke var tatt inn. Høyesterett uttalte at "[når] det spesielt gjelder anførselen vedrørende bevisbyrderegelen, peker jeg på at det beviskrav det er tale om, er utslag av den alminnelige bevisbyrderegelen i straffeprosessen. En omtale av denne er et standardelement i enhver rettsbelæring, og det har formodningen mot seg at dette standardelement har vært utelatt fra rettsbelæringen i denne saken."¹⁰⁸

6.2.3. Høyesteretts prøvingsgrunnlag.

6.2.3.1. Hvordan plasseres spørsmålet om provokasjon prosessuelt?

Spørsmålet om hvordan provokasjon skal plasseres prosessuelt er et viktig spørsmål, da dette har betydning for prøvingsadgangen til Høyesterett. Høyesterett har ved anke over skyldspørsmålet en begrenset prøvingsadgang, mens dette ikke er tilfelle ved anke over straffespørsmålet eller saksbehandlingsfeil.

Hvordan spørsmålet om provokasjon skal behandles var oppe i Rt. 1992 s. 1088, og det ble her anført av tiltalte at det var feil å behandle spørsmålet om politiets saksbehandling under skyldspørsmålet. Spørsmålet burde, etter tiltaltes syn, vært avgjort av rettens juridiske medlemmer, siden spørsmålet om det forelå ulovlig politiprovokasjon var et komplisert og vanskelig spørsmål.

Høyesterett uttalte at "[ofte] vil spørsmålet være om bevis som er ervervet på en slik måte skal tillates ført. Avgjørelsen av et krav om bevisavskjæring hører da under lagmannsrettens juridiske dommere. I denne saken er imidlertid problemstillingen etter min mening en annen."¹⁰⁹ Problemstillingen i saken, om politiet har fremprovosert den kriminelle handlingen og dermed foretatt ulovlig provokasjon, tilhørte altså skyldspørsmålet.

I Rt. 2000 s. 1223 la Høyesterett til grunn at både spørsmålet om politiet har overtrådt grunnvilkåret, ved å fremprovosere en kriminell handling, og spørsmålet om det foreligger andre feil ved politiets saksbehandling tilhørte skyldspørsmålet.¹¹⁰

Det vil etter disse to avgjørelsene være naturlig å legge til grunn at spørsmålet om grensen for lovlig og ulovlig provokasjon skal ses på som en anke over skyldspørsmålet. Høyesterett fraviker imidlertid dette utgangspunktet i Rt. 2000 s. 1482, der de behandler spørsmålet som en anke over saksbehandlingsfeil.

Høyesterett sa i saken at "[selv] om overskridelse av grensene for bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt etter rettspraksis anses som en ulovfestet frifinnelsesgrunn, må etter min mening spørsmålet prosessuelt kunne behandles som et spørsmål om saksbehandlingsfeil. Dette innebærer at Høyesterett ved prøvelsen av om politiet har overskredet grensene for bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder, ikke bare har kompetanse til å prøve lovanvendelsen, men også bevisbedømmelsen."¹¹¹

¹⁰⁸ Jfr. Rt. 1997 s. 1659 på side 1662.

¹⁰⁹ Jfr. Rt. 1992 s. 1088 på side 1091 flg.

¹¹⁰ Jfr. Rt. 2000 s. 1223 på side 1226.

¹¹¹ Jfr. Rt. 2000 s. 1482 på side 1485.

Begrunnelsen for dette synspunktet var at "[bruk] av utradisjonelle etterforskningsmetoder reiser viktige rettsikkerhetsmessige spørsmål, og det er derfor av stor betydning at Høyesterett har adgang til å kunne prøve fullt ut om vilkårene for bruk av slike metoder har vært overholdt."¹¹² For å kunne prøve lovligheten av provokasjon effektivt vil det derfor være nødvendig å behandle spørsmålet som en anke over saksbehandling, siden det da ikke foreligger noen begrensinger i Høyesteretts prøvingsadgang.

Det blir imidlertid påpekt i dommen at dette utgangspunktet kun gjelder i den konkrete sak, og at forholdene i en annen sak kan være slik at det er naturlig å behandle spørsmålet som en anke over skyldspørsmålet.

6.2.3.2. Prøvelsesadgang i de saker domstolen behandler overtredelser av grensen for ulovlig provokasjon som en del av skyldspørsmålet.

Ved anke over skyldspørsmålet har Høyesterett ikke adgang til å overprøve bevisvurderingen til lagmannsretten, dette fremgår av strpl. § 306 andre ledd. Høyesterett står imidlertid fritt i forhold til overprøving av rettsanvendelsen.

Høyesterett har tre mulige prøvingsgrunnlag når de skal ta stilling til om rettsanvendelsen er korrekt. De tre grunnlagene er domspremissene i sin helhet, spørsmålene til lagretten og lagrettens svar og til slutt lagmannsrettens rettsbelæring. Høyesterett har altså en begrenset adgang til å overprøve lagmannsrettens avgjørelse. I det videre skal noen særtrekk ved de to siste grunnlagene gjennomgås.

Når det gjelder spørsmål til lagretten og lagrettens svar vil dette være et prøvelsesgrunnlag i de tilfeller saken behandles av en lagrette. Lagrette brukes ved anke over skyldspørsmålet i alvorlige straffesaker, jfr. strpl. § 352. Saker om politiprovokasjon vil dermed ofte bli behandlet av en jury siden det er et vilkår at metoden kun kan anvendes i alvorlige straffesaker.

I saker som behandles av en lagrette vil domsgrunnen kun bestå av henvisning til spørsmålene til lagretten og lagrettens svar, jfr. strl. § 40. Etter strpl. § 365 første ledd skal lagretten kun svare ja eller nei på skyldspørsmålet. Det vil altså i tilfeller med lagrette være vanskelig å vite hvilket faktum som ligger til grunn for avgjørelsen. Høyesterett har ofte i slike tilfeller kun rettsbelæringen å forholde seg til.

En rettsbelæring vil imidlertid ikke alltid være et tilstrekkelig grunnlag for å kunne overprøve rettsanvendelsen. For det første er det ikke alltid rettsbelæringen gjengis i sin helhet.¹¹³ For det andre er det også begrenset hva som kan være med i en rettsbelæring. Høyesterett uttalte i Rt. 2000 s. 1223 at "[dersom] rettsbelæringen, som bakgrunn for lovforståelsen, inneholder en detaljert redegjørelse for de alternative bevissituasjoner juryen må forholde seg til, vil dette lett sprengte rammene for rettsbelæringen og gjøre den vanskelig forståelig for jurymedlemmene."¹¹⁴

¹¹² Jfr. Rt. 2000 s. 1482 på side 1485.

¹¹³ Se oppgaven kapittel 6.2.2. og Rt. 1997 s. 1659 på side 1662.

¹¹⁴ Jfr. Rt. 2000 s. 1223 på side 1227.

Spørsmålet blir om Høyesterett, for å veie opp for en utilstrekkelig rettsbelæring, har adgang til å trekke inn materiale utenfor. Det er antatt i både teori og praksis at det foreligger en adgang dersom det er en anke til siktedes gunst.¹¹⁵ Her skal det imidlertid vurderes om det foreligger en generell adgang til å trekke inn slikt materiale.

I Rt. 2000 s. 1223 blir det lagt vekt på at det her er tale om ”rettssikkerhetsspørsmål av stor betydning.”¹¹⁶ På denne bakgrunn antok Høyesterett i dommen at det vil være naturlig at domstolen har adgang til å trekke inn materiale utenfor, siden det vil være en uønsket konsekvens om jurysystemet medfører at Høyesterett ikke lenger hadde kontroll med sentrale rettssikkerhetsspørsmål.

Videre ble det uttalt at ”[når] det gjelder å fastlegge de faktiske omstendigheter som har betydning for rettsanvendelsen, anser jeg at dette må innebære at det ut over vitterlige kjensgjerninger iallfall kan bygges på uomtvistet faktum for øvrig.”¹¹⁷ Det er imidlertid usikkert om dette vil tilføye saken noe, siden det er begrenset hvilken informasjon som er uomtvistet.

Den siste uttalelsen ble kritisert av Høyesterett i Rt. 2000 s. 1482, da ”[det] kan ... rettes tungtveiende prinsipielle innvendinger mot at omfanget av Høyesteretts prøvelseskompetanse skal være avhengig av hvorvidt partene kan samarbeide og enes om faktum.”¹¹⁸ Andorsen er langt på vei enig i denne innvendingen.¹¹⁹

¹¹⁵ Jfr. Rt. 2000 s. 1223 på side 1227.

¹¹⁶ Jfr. Rt. 2000 s. 1223 på side 1227.

¹¹⁷ Jfr. Rt. 2000 s. 1223 på side 1227.

¹¹⁸ Jfr. Rt. 2000 s. 1482 på side 1485.

¹¹⁹ Jfr. Andorsen på side 25.

7.1. Arbeidet med lovregulering av politiprovokasjon.

Før jeg går over på vurderingen om politiprovokasjon bør lovfestes skal det først redegjøres for lovgivers syn på denne problemstillingen opp gjennom årene.

Lovregulering av politiprovokasjon har vært oppe til vurdering av lovgiver flere ganger. Første gang lovgiver vurderte spørsmålet var i Ot.prp. nr. 15 (1978-79), og det ble her fastslått at ”det neppe på det nåværende tidspunkt er grunn til å lovregulere de etterforskningsmetoder det her er tale om. Man vil imidlertid ha spørsmålet til observasjon og vurdere saken på ny dersom det skulle vise seg nødvendig.”¹²⁰

Spørsmålet var på ny oppe i NOU 1997:15. Lovgiver kom her frem til at det heller ikke på dette tidspunktet var behov for å lovfeste metoden. Begrunnelsen for dette synspunktet lå blant annet i at dette hadde blitt forsøkt i Danmark, uten et det kunne vises til gode resultater her.¹²¹

I NOU 2004:6 var imidlertid lovgiver mer positiv til en lovregulering. Det fremgår av utredningen at ”lovgiveren [bør] ta et uttrykkelig standpunkt til provokasjon. Det er en særlig betenkelig politimetode fordi den innebærer at politiet påvirker gjennomføringen av straffbare handlinger. En slik virksomhet bør ha et sikkert grunnlag i formell lov, og ikke i en alminnelig rettsstridsreservasjon.”¹²² Utvalgets utredning førte allikevel ikke til noe konkret arbeid med å lovfeste metoden.

Odd Einar Dørum (V) tok i mars 2007 på ny opp spørsmålet om lovregulering i en interpellasjon til justisministeren. Justisminister Storberget uttalte da følgende om lovregulering av politiprovokasjon: ”[Hvis] vi skal begynne å lovregulere infiltrasjon og provokasjon, må det, når man skal legge rammene for det, være rammer som man faktisk kan bruke, og som man forstår, og som etter min mening gir politiet det rommet som er nødvendig for å være effektive i kampen mot organisert kriminalitet, slik at vi ikke lager oss lovregler bare for å ha gjort det og så lener oss tilbake, og så ser politiet plutselig at man har fått hjemler som innskrenker mulighetene til politiet.”¹²³ Spørsmålet er altså av politisk interesse, men Storberget tar ikke konkret stilling til noe lovreguleringsarbeid.

I utredningen NOU 2009:15, der utvalget tar for seg evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler, er ikke lovregulering av provokasjon trukket inn. Heller ikke i den nye regjeringserklæringen, Soria Moria II, er det noe som tilsier at et lovreguleringsarbeid av ekstraordinære etterforskningsmetoder, som politiprovokasjon, vil finne sted i den kommende regjeringssperioden.¹²⁴

Det er altså per 2009 ikke fortatt noe arbeid som leder mot lovregulering av provokasjon i nærmeste fremtid.

¹²⁰ Jfr. Ot.prp. nr. 15 (1078-79) på side 179.

¹²¹ Se NOU 1997:15 pkt. 6.10.2. og oppgaven kap. 4.2.3.

¹²² Jfr. NOU 2004:6 pkt. 10.2.1.

¹²³ Jfr. Interpellasjon til justisministeren i hovedinnlegg kl. 12:44:50.

¹²⁴ Se Soria Moria II under kapittel 16.

7.2. Bør politiprovokasjon lovfestes i norsk rett?

På bakgrunn av som er kommet frem om politiprovokasjon som etterforskningsmetode i denne oppgaven skal det nå, som en avslutning, vurderes om dette er en etterforskningsmetode som det vil være hensiktsmessig å lovregulere.

Utvalget som vurderte dette spørsmålet i utredningen NOU 2004:6 trakk frem at en lovregulering kunne ”blottlegge [politiprovokasjon] på en uheldig måte”, og at dette talte mot lovregulering av metoden.¹²⁵ Det ble imidlertid trukket frem at hensynet til forutberegnelighet veide enda tyngre. Utvalget, med unntak av en representant, kom dermed frem til at hovedvilkårene for provokasjon burde lovfestes, men åpnet for at enkelte detaljer kunne holdes hemmelig.

Det ble av utvalget også fremhevet at det, ved bruk av politiprovokasjon, er viktig å sikre dokumentasjon på hva politiet har foretatt seg, siden dokumentasjonsplikten er en viktig rettssikkerhetsgaranti. En lovregulering vil kunne stille strengere og mer presise krav til denne plikten, og på denne måten være med på å hindre misbruk av metoden.

Både forutberegnelighet og rettssikkerhet er viktige hensyn i norsk rett, men det er allikevel viktig å ikke legge for strenge bånd på politiet. Som justisministeren er inne på, i sitt svar til interpellasjonen fra Dørum, kan dette føre til at metoden får et for altfor snevert bruksområde, og i verste fall blir uanvendelig. Dette vil være en uheldig bivirkning av lovreguleringen, da politiprovokasjon må anses å være et svært effektivt middel for å bekjempe et alvorlig samfunnsproblem.

Problemet med at det legges for strenge bånd på politiet kan imidlertid reduseres ved at lovgiver tar denne problemstillingen i betraktning ved lovreguleringen, og utformer en lovtekst som gir rom for fleksibilitet og skjønnsmessige vurderinger.

En fleksibel og skjønnsmessig lovtekst vil imidlertid kunne være svært lovteknisk krevende å utforme, siden en lovtekst ideelt sett bør være kort og konkret. Lovteksten kan da fort ende opp med ikke å være presis og klar nok. På en annen side vil det ikke, selv om lovgivningen ikke er tilstrekkelig presis og klar, være noe i veien for at Høyesterett gjennom sin praksis kan presisere vilkårene nærmere.

Lovregulering av vilkårene vil dessuten, uansett hvor lite presise de er, føre til økt tilgjengelighet og en større åpenhet rundt metoden. Dette kan være med å legitimere bruken av politiprovokasjon overfor allmennheten.

Videre vil lovregulering i alle tilfeller kun innebære en kodifisering av gjeldende rett. Det er dermed bare hjemmelsgrunnlaget, og ikke rettstilstanden, som endres. Lovreguleringen vil kunne bidra til å gi metoden et sterkere hjemmelsgrunnlag.

Jeg er etter dette kommet frem til at politiprovokasjon som etterforskningsmetode bør lovfestes.

¹²⁵ Jfr. NOU 2004:6 pkt. 10.2.1.

Referanseliste

Litteratur:

Bøker og artikler:

- Aall Aall, Jørgen, Rettsstat og menneskerettigheter, Fagbokforlaget, 2. utgave, Bergen 2007.
- Andenæs (2008) Johs. Andenæs, Spesiell straff og formuesforbrytelsene, Universitetsforlaget, Oslo 2008.
- Andenæs (2009) Johs. Andenæs, Norsk straffeprosess, Universitetsforlaget, 4. utgave, Oslo 2009.
- Andersen Kjell V Andersen, Provokativ politietterforskning, inntatt i Jussens Venner 2001 s 1.
- Asp Petter Asp, Straffansvar vid brottsprovokation, Norstedts juridik, Stockholm 2000.
- Auglend m.fl. Ragnar L. Auglend, Henry John Mæland og Knut Røsandhaug, Politirett, Gyldendal akademisk, 2. utgave, Oslo 2004.
- Berg Jens Petter Berg, Riksadvokaten som provokatør, inntatt i Kritisk Juss 1998 s. 289.
- Dorenfeldt Riksadvokat L. J. Dorenfeldt, Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?, inntatt i Lov og Rett 1978 s. 291-303.
- Hopsnes Roald Hopsnes, Provokasjon som politimetode, inntatt i Jussens Venner 2003 s. 62
- Husabø Erling Johannes Husabø, Straffansvarets periferi – Medvirkning, forsøk, førebuing, Universitetsforlaget, Bergen 1999.
- Smith m.fl. Eva Smith, Jørgen Jochimsen, Michael Kistrup og Jakob Lund Poulsen, Straffeprosessen, Forlaget Thomson, 2. utgave, København 2008.
- Strandbakken Asbjørn Strandbakken, Uskyldspresumsjonen "In dubio pro reo", Fagbokforlaget, Bergen 2003.

Nyhetsartikler:

Politiprovokasjon – smuglere gikk fri. Verdens Gang, 15. mars, 2009. Tilgjengelig fra: <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=567300> [Nedlastet 29. oktober 2009]

Norske rettskilder:

Lover

- Menneskerettsl. Menneskerettighetsloven, LOV 1999-05-21 nr 30: Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Politol.	Politoloven, LOV 1995-08-04 nr 53: Lov om politiet.
Strl.	Straffeloven, LOV 1902-05-22 nr 10: Almindelig borgerlig Straffelov.
Strpl.	Straffeprosessloven, LOV 1981-05-22 nr 25: Lov om rettergangsmåten i straffesaker

Forarbeider

Ot.prp. nr. 35 (1978-1979)	Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven), Justis- og politidepartementet.
NOU 1997:15	Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet. Delutredning II, Justis- og politidepartementet og Metodeutvalget.
NOU 2004:6	Mellom effektivitet og personvern. Politimetoder i forebyggende øyemed, Justis- og politidepartementet.
NOU 2009:15	Skjult informasjon - åpen kontroll. Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker, Justis- og politidepartementet.

Andre offentlige dokumenter:

RA 2000-2	Rundskriv fra Riksadvokaten, Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode, rundskriv nr. 2/2000.
Soria Moria II	Politisk plattform for flertallsregjeringen, utgått av Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet, rapport av 07.10.2009.
Interpellasjon til justisministeren.	Interpellasjon fra representanten Odd Einar Dørum (V) til justisminister Knut Storberget, mandag den 5. mars 2007, Tilgjengelig fra: http://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2006-2007/070305/1/ [Nedlastet 06. november 2009]

Høyesterettsavgjørelser:

Rt. 1984 s. 1076.	Dom – Høyesterett. ”Den grunnleggende avgjørelsen.”
Rt. 1986 s. 779	Kjennelse – Høyesterett.
Rt. 1990 s. 531	Kjennelse – Høyesterett. ”Asylsaken.”

Rt. 1992 s. 1088	Kjennelse – Høyesterett.
Rt. 1993 s. 473	Dom – Høyesterett. ” <i>Piratdrosjedommen.</i> ”
Rt. 1994 s. 319	Kjennelse – Høyesterett. ” <i>Piratdrosjedommen II.</i> ”
Rt. 1997 s. 1659	Kjennelse – Høyesterett.
Rt. 1998 s. 407	Dom – Høyesterett. ” <i>Skrikdommen.</i> ”
Rt. 1999 s. 1269	Dom – Høyesterett. ” <i>Verksbetjentdommen.</i> ”
Rt. 2000 s. 1223	Dom – Høyesterett. ” <i>Trondheimheroinsaken.</i> ”
Rt. 2000 s. 1482	Kjennelse – Høyesterett.
Rt. 2007 s. 268	Kjennelse – Høyesterett.
Rt. 2008 s. 1659	Dom – Høyesterett.

Internasjonale rettskilder:

Forkortelser:

EMK	Den Europeiske menneskerettskonvensjon.
EMD	Den Europeiske menneskerettsdomstol.

Avgjørelser fra EMD

Teixeira de Castro mot Portugal	Teixeira de Castro vs. Portugal, klagesak nr. 25829/94 (EMD-1994-25829), dom av 9. juni 1998.
Lüdi mot Sveits	Lüdi vs. Sveits, klagesak nr. 12433/86 (EMD-1986-12433), dom av 15. juni 1992.
Sunday Times-dommen	Sunday Times vs. Storbritannia, klagesak nr. 6538/74 (EMD-1974-6538), dom av 26. april 1979.

Danske rettskilder:

Lover:

Rpl. Rettsplejeloven. LBK nr 1053 af 29/10/2009. Offentliggørelsesdato: 12-11-2009, Justitsministeriet.

Rettspraksis

U.2002.340.H

U.1997.343.Ø

Offentlige dokumenter:

Rigsadvokaten Informerer nr. 14/2008