

Politiprovokasjon som etterforskningsmetode

Vilkårenes øvre og nedre grense

Kandidatnr: 173414

Leveringsfrist: 01.06.10

Til sammen 14469 ord

Veileder: John Reidar Nilsen

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	AVGRENSNING	6
1.3	TERMINOLOGI	7
1.4	REELLE HENSYN SOM BEGRUNNELSE OG BEGRENSNING	8
<u>2</u>	<u>RETTSKILDESITUASJONEN PÅ OMRÅDET</u>	<u>12</u>
<u>3</u>	<u>VILKÅRENE NEDRE GRENSE - HVILKE HANDLINGER OMFATTES</u>	<u>16</u>
3.1	INNLEDNING.....	16
3.2	AVGRENSNING MOT ANDRE TILSTØTENDE METODER	16
3.2.1	INFILTRASJON	16
3.2.2	KONTROLLERT LEVERANSE	18
3.2.3	LOKKEDUE	19
3.3	NÆRMERE OM HVA SOM SÆRPREGER PROVOKASJON	21
3.3.1	OBJEKTET MÅ VÆRE I VILLFARELSE	21
3.3.2	KONTAKT MELLOM OBJEKTET OG PROVOKATØREN	22
3.3.3	ÅRSAKSKRAVET.....	22
3.4	DEN RETTSLIGE Plasseringen av bevisprovokative handlinger.....	25
<u>4</u>	<u>VILKÅRENE FOR POLITIPROVOKASJON – ØVRE GRENSE</u>	<u>28</u>
4.1	INNLEDNING.....	28
4.2	MATERIELLE VILKÅR	29
4.2.1	GRUNNVILKÅRET.....	29
4.2.1.1	Politiet skal ikke fremprovosere straffbare handlinger	29
4.2.1.2	Initiativets betydning for om grunnvilkåret er oppfylt.....	30
4.2.1.3	Det må eksistere et ”marked” for den kriminelle handlingen	33
4.2.1.4	I hvor stor grad kan politiet påvirke hendelsesforløpet.....	34
4.2.2	KRAV OM STERK MISTANKE	38

4.2.3	KRAV OM ALVORLIG KRIMINALITET.....	39
4.2.4	INDIKASJONS- OG FORHOLDMESSIGHETSKRAVET	42
4.3	PROSESSUELLE KRAV.....	44
4.3.1	KRAV TIL BESLUTNINGSKOMPETANSE	44
4.3.2	KRAV TIL PROVOKATØREN	45
4.3.3	KRAV TIL KONTROLL OG NOTORITET	46
4.3.4	PROVOKASJONEN MÅ VÆRE FORENLIG MED PROSESSUELLE GRUNNPRINSIPPER	48
5	<u>RETTSVIRKNINGER VED BRUDD PÅ VILKÅRENE.....</u>	50
5.1	INNLEDNING.....	50
5.2	BRUDD PÅ GRUNNVILKÅRET.....	51
5.3	BRUDD PÅ ØVRIGE MATERIELLE KRAV	53
5.4	BRUDD PÅ KRAVET TIL KONTROLL OG NOTORITET.....	54
5.5	BRUDD PÅ KRAVET TIL FORENLIGHET MED PROSESSUELLE GRUNNPRINSIPPER	56
6	<u>LITTERATURLISTE.....</u>	58

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Tema for oppgaven er politiprovokasjon som etterforskningsmetode, og de særlige hensyn som gjør seg gjeldende ved anvendelsen av metoden. De sentrale problemstillingene er: Hvor går grensen for lovlig anvendelse av politiprovokasjon (vilkårenes øvre grense)? Hvilke handlinger omfattes av vilkårene (vilkårenes nedre grense), og til slutt, hva er rettsvirkningen for den som provokasjonen har vært rettet mot, dersom grensene overskrides?

Ofte vil det være en anmeldelse som danner utgangspunktet for en etterforskning, men i henhold til straffeprosessloven¹ § 224 kan også ”andre omstendigheter” være en utløsende faktor. Når saken starter med en anmeldelse, blir politiets oppgave å undersøke om det straffbare forhold anmeldelsen gjelder har funnet sted, og om noen kan holdes strafferettslig ansvarlig. Sentrale etterforskningsmetoder i slike saker er avhør, og politiets egne observasjoner. Mange straffbare forhold blir imidlertid aldri anmeldt, fordi ingen av dem som kjenner forholdet er interessert i at det skal komme politiet til kunnskap. Et vanlig eksempel på slik offerløs kriminalitet er narkotikaforbrytelser. Skal straffeansvaret få noen realitet i slike saker, må politiet selv skaffe seg informasjon gjennom mer aktive metoder. En av metodene som kan benyttes, og som denne oppgaven handler om, er politiprovokasjon.

¹ Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25.

Politiprovokasjon går under samlebetegnelsen utradisjonelle og ekstraordinære etterforskningsmetoder.² Uttrykkene brukes om hverandre for å beskrive forskjellige aspekter ved metodebruken. Dels har det vært for å beskrive at metodene er nye, som for eksempel teknisk sporing, som ble tatt i bruk som politimetode på slutten av 80-tallet,³ dels for å beskrive at metodene er ekstraordinære i sin grad av inngrep og fremgangsmåte. Politiprovokasjon plasseres som regel i den siste kategorien.⁴ Selv om politiprovokasjon regnes som en inngripende metode, anses den ikke for å være av en slik art at den i henhold til legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov.⁵ Bruk av metoden forutsettes å ha forankring i den alminnelige handlefrihet.⁶ Når en inngripende metode som politiprovokasjon baseres på alminnelig handlefrihet, oppstår spørsmålet om hvor langt handlefriheten rekker. I Rt 1984 s. 1076 (Politiheroin 1)⁷ understreker Høyesterett at selv om metoden ikke anses så inngripende at lovhjemmel kreves, betyr ikke det: ”...at det ikke gjelder skranker for hvorvidt og under hvilke forutsetninger politiet har adgang til å gripe til ekstraordinære etterforskningsmetoder. ...” Riksadvokaten har i rundskriv⁸ angitt retningslinjer for bruk av politiprovokasjon som etterforskningsmetode, og Høyesterett har trukket opp grensene. En av de sentrale problemstillingene i denne oppgaven er å fastlegge de rettslige skrankene for bruk av

² Om utradisjonelle og ekstraordinære etterforskningsmetoder, se Auglend mfl. S. 632-640 og Bjerke/Keiserud II s. 797-801.

³ NOU 2004:6 pkt 7.1.2.1

⁴ Ot.prp.nr 35 (1978-1979) s. 179, NOU 2004:6 pkt 7.1.2.1 og Auglend mfl s. 632.

⁵ Jf. Rt 1984 s. 1076

⁶ Handlinger alle kan gjøre, også politiet, uten å rammes av en straffebestemmelse, jf Almindelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr 10.

⁷ På tross av at saken gjaldt innførsel av amfetamin, er populærnavnet Politiheroin 1. Dommen regnes som den grunnleggende avgjørelsen på området.

⁸ Første rundskriv kom i 1980 og gav retningslinjer for bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder i narkotikasaker. Gjeldende rundskriv er nr 2/2000, Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode. Heretter omtalt som rundskrivet.

provokasjon. Vilkårene, den øvre grense for metodebruken, vil bli gjennomgått i kapittel 4.

Hvilke handlinger som omfattes av begrepet politiprovokasjon fremstår som noe uklart i litteraturen. I NOU 2004:6 pkt. 7.5.2.1 defineres provokasjon som at: "...politiet selv eller en som opptrer på politiets vegne, tar kontakt med en person og utnytter en villfarelse hos ham til å blande seg styrende inn i et hendelsesforløp som fører til en straffbar handling eller til en mer straffverdig handling." Definisjonen løser på langt nær alle avgrensings spørsmål. Den angir likevel sentrale trekk ved politiprovokasjon, som at den provokasjonen rettes mot (objektet), er i villfarelse med hensyn til politiets innblanding og at politiet aktivt deltar og styrer den straffbare handlingen. Et trekk som ikke kommer klart frem, men som er særlig viktig, fordi det betinger de sterkeste begrensningene, er at politiets påvirkning skjer før den straffbare handlingen har funnet sted.

Formålet med provokasjonen er som oftest å skaffe bevis for bruk i en etterfølgende straffesak. Metoden betegnes da som tiltaleprovokasjon.⁹ Hensikten er imidlertid ikke alltid å bringe til veie bevis. I noen tilfeller kan hovedformålet være en form for redningsaksjon, eller å avbryte eller forebygge en straffbar handling. Det mest kjente eksempelet er redningsaksjonen som ble igangsatt for å få Munkmaleriet "Skrik" uskadet tilbake til Nasjonalgalleriet, jf Rt 1998 s. 407 (Skriksaken).¹⁰ I slike tilfeller kalles metoden reddende eller avvergende provokasjon.¹¹ Siden formålet med provokasjonen ikke er å reise tiltale, vil ikke de samme sterke hensyn som taler for skranker ved tiltaleprovokasjon, gjøre seg gjeldende. Avvergende provokasjon er derfor underlagt vesentlig mindre begrensninger. Dette kommer tydelig frem i Skriksaken hvor

⁹ NOU 2004:6 pkt 7.5.2.1, Hopsnes s. 96

¹⁰ For saksforholdet se pkt 4.2.1.1

¹¹ NOU 2004:6 pkt 7.5.2.1, Hopsnes s. 45.

aksjonen ikke ble akseptert som grunnlag for tiltale, men ble ansett lovlig som redningsaksjon.

Politiprovokasjon kan altså deles inn i ulike typer alt etter hva informasjonen som skaffes skal brukes til. Bevisprovokasjon er en tredje type provokasjon som i så stor grad skiller seg fra de to øvrige, at den faller utenfor definisjonen av politiprovokasjon. Bevisprovokasjon er en form for politiinngrep hvor politiet søker å fremprovosere bevis for en straffbar handling som allerede *er* begått. Det klassiske eksempelet er en politimann som fremprovoserer et narkotikasalg. Objektet kan i et slikt tilfelle ikke straffes for forsøk på salg, fordi det ikke kan utelukkes at det er politimannens forespørsel som foranlediger salget. På den andre siden kan han straffes for erverv og oppbevaring, ettersom disse handlingene ikke er initiert av politimannen.¹²

I og med at bevisprovokasjon retter seg mot en straffbar handling som allerede er begått, vil ikke de sentrale hensynene som taler for begrensning ved tiltaleprovokasjon være tilstede. På tross av dette har riksadvokaten oppstilt samme vilkår for bevisprovokasjon som for tiltaleprovokasjon. Etter min mening kan en stille spørsmål ved om vilkårene da gis et for bredt anvendelsesområde. Den rettslige plasseringen av bevisprovokative handlinger blir derfor drøftet i pkt 3.4.

Ettersom riksadvokaten og Høyesterett har oppstilt vilkår for bruk av provokasjon som etterforskningsmetode, er det behørig å se nærmere på hva provokasjon er. En del av problemstillingen i oppgaven går derfor ut på å ta stilling til *når* vilkårene kommer til

¹² Jf Rt 1992 s. 1088. En politiagent kjøpte 200g heroin av B. Ved overlevering ble B, C og D arrestert. Det ble ikke reist tiltale for salg, men bevisene som ble fremskaffet gjennom provokasjonen kunne fremlegges i sak mot C og D vedrørende innførsel.

anvendelse, altså trekke en nedre grense¹³ for provokasjon som fastslår hvilke handlinger som omfattes. Dette vil bli gjennomgått i kapittel 3.

Når politiet har anvendt provokasjon, oppstår spørsmålet om hvilke rettsvirkninger dette får for de ulike aktørene. Også her må svaret søkes i ulovfestet rett. I forhold til politiagenten (provokatøren) er spørsmålet om han kan straffes for medvirkning. Det er i dag alminnelig antatt at det ikke blir tale om noe medvirkningsansvar for provokatøren.¹⁴ Men selvfølgelig, i et tilfelle der en polititjenestemann setter seg ut over alt som heter regler, og for eksempel på eget initiativ kjøper narkotika for deretter å pågripe selgeren, kan han ikke gå fri fra ansvar.¹⁵ Når det gjelder objektet, vil det at provokasjon er anvendt, i seg selv være uten betydning for den strafferettslige forfølgningen. Det som kan problematiseres er hva som blir rettsvirkningen for objektet dersom politiet har gått frem *i strid* med vilkårene for provokasjon. Virkningene av brudd på vilkårene for den strafferettslige forfølgningen av objektet er tema i kapittel 5.

¹³ Samme Hopsnes s. 77

¹⁴ En polititjenestemann som gjennomfører en provokasjon har psykisk medvirket til den straffbare handlingen. Rammer det aktuelle straffebudet medvirkning, omfattes provokasjonshandlingen av det objektive gjerningsinnholdet. Straffbarheten for politimannen har blitt løst med grunnlag i den alminnelige rettsstridsreservasjonen. Se Andorsen s. 18-19

¹⁵ I praksis vil en polititjenestemann som går ut over reglene for provokativ etterforskning, få en "tilrettevisning" eller ordensstraff i medhold av Tjenestemannsloven av 4.mars 1983 nr. 3 § 14. Dette er ikke "straff" i juridisk forstand, men kan få store konsekvenser tjenestemessig, f eks ved midlertidig eller permanent tap av stilling, jf tjml § 14 nr. 2

1.2 Avgrensning

Oppgaven dreier seg om vilkårene for politiprovokasjon som etterforskningsmetode, med det formål å skaffe bevis til en etterfølgende straffesak. Det innebærer at vilkårene for avvergende og reddende provokasjon faller utenfor.

Problemstillinger som knytter seg til forholdet mellom anvendelsen av provokasjon og legalitetsprinsippet vil ikke bli nærmere behandlet.

Politiprovokasjon er en inngripende metode, og faller derfor innenfor anvendelsesområdet for Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) av 1950. På grunn av oppgavens begrensede omfang går jeg ikke nærmere inn på problemstillinger bruk av politiprovokasjon reiser i forhold til EMK. For ordens skyld nevnes at det så vidt meg bekjent ikke er avsagt noen dommer i Den europeiske menneskerettighetsdomstolen som tyder på at norsk rett ikke er i samsvar med EMK på dette området. Uansett er EMK en del av det totale rettskildebildet, og jeg finner det derfor nødvendig å gjøre kort rede for EMKs betydning i forhold til norsk rett, i kapittel 2.

1.3 Terminologi

Ordet provokasjon kommer av det latinske ordet *provocare*, som betyr å oppmuntre eller fremkalle.¹⁶ I strafferetten betyr det at fornærmede har opptrådt på en slik måte at han har fremkalt en straffbar handling. Eksempelvis kan dette medføre at en legemsfornærmelse lates straffri dersom den er en konsekvens av en forutgående legemsfornærmelse eller ærekrenkelse, jf straffeprosessloven § 228 tredje ledd. Synspunktet er at legemsfornærmelsen er ulovlig, men at det ikke er tilstrekkelig grunn til å bruke straff, fordi handlingen ble fremprovosert.¹⁷ I lys av dette kan en naturlig forståelse av begrepet politiprovokasjon være at politiet provoserer frem straffbare handlinger. En sån tolkning gjør politiprovokasjon til et negativt ladet begrep som henspeler på ulovlige politihandlinger. Begrepet skal ikke forstås slik. Å fremprovosere en straffbar handling, for deretter å tiltale gjerningspersonen, er en uakseptabel praksis i alle siviliserte samfunn. På bakgrunn av at begrepet lett kan feiltolkes har det vært en viss uvilje mot å anvende uttrykket ”provokasjon” om annet enn den ulovlige provokasjon.¹⁸ Lovlig provokasjon har ofte blitt betegnet som ”etterforskning med provokasjonstilsnitt”.¹⁹ I NOU 1997:15 uttales det at: ”...Når man benytter uttrykket etterforskning med provokasjonstilsnitt, er dette nettopp for å vise at provokasjon ikke godtas”.²⁰ Det foreligger imidlertid ingen konsekvent begrepsbruk. Riksadvokaten har i rundskrivet ikke begrenset provokasjonsuttrykket til den ulovlige provokasjonen. Selv Høyesterett har ved flere anledninger anvendt provokasjon både om lovlig og ulovlig påvirkning av straffbare handlinger. I oppgaven vil jeg derfor benytte både provokasjon,

¹⁶ Gisle s. 232

¹⁷ Andenæs 2008 s. 75-83

¹⁸ NOU 2004:6 pkt. 7.5.2

¹⁹ Riksadvokat Dorenfeldt lanserte uttrykket i et foredrag om ekstraordinære etterforskningsmetoder på begynnelsen av 1970 tallet. Se Dorenfeldt s. 294.

²⁰ NOU 1997:15 pkt. 4.2.8.1

politiprovokasjon, etterforskning med provokasjonstilsnitt og tilsvarende uttrykk, uten at jeg med dette har tatt noen stilling til provokasjonshandlingens lovlighet.

1.4 Reelle hensyn som begrunnelse og begrensning

For å gi et helhetlig bilde av vilkårene for provokasjon som etterforskningsmetode, må utgangspunktet tas i det grunnleggende, nemlig hvilke hensyn som er styrende for regeldannelsen.

Hovedbegrunnelsen for å tillate politiprovokasjon som etterforskningsmetode er hensynet til effektiv bekjempelse av kriminalitet. Behovet for metoden har særlig vært drøftet i forbindelse med kampen mot økende narkotikakriminalitet.²¹

Narkotikakriminalitet foregår som regel i skjulte miljøer, bestående av et internasjonalt apparat, som utviser høy grad av profesjonalitet. De involverte har mye kunnskap om politiets etterforskningsmetoder, er ressurssterke og godt organisert. I motsetning til andre kriminalitetstyper blir narkotikaforbrytelser sjelden anmeldt, dels fordi de narkomane har felles interesse med leverandøren i å få stoffet frem og omsatt, dels på grunn av frykt for represalier fra et miljø der det hersker en hard indre justis. Dette medfører at kriminaliteten er vanskelig å avdekke med tradisjonelle etterforskningsmetoder. I *Politiheroin 1* fremhever Høyesterett behovet for effektive metoder i narkotikasaker, og det understrekes, at ved organisert narkotikakriminalitet ”...vil det være behov for ikke bare å avdekke det enkelte lovbrudd, men også for å stanse tilførselslinjene.”

²¹ NOU 1997:15 pkt 3.3.3.8

De senere års kriminalitetsutvikling har medført at samme hensyn som begrunner behovet for ekstraordinære etterforskningsmetoder ved narkotikakriminalitet, også gjør seg gjeldende ved andre kriminalitetstyper. For eksempel ved etterforskning av mc kriminalitet, spritsmugling, menneskehandel og grov vinningskriminalitet reiser det seg tilsvarende problemstillinger.²² Bakmennene er profesjonelle, apparatet er internasjonalt og godt organisert, og det er store penger i omløp. På grunn av utviklingen i kriminalitetsbildet vil behovet for å benytte aktive metoder som provokasjon anslagsvis øke i fremtiden.

Som et element i hensynet til effektivitet kan en trekke inn allmennprevensjon, som står som en av begrunnelsene for å anvende straff som statlig styringsmiddel.²³ Straffen skal fungere som et middel for å skape lovlydighet. Ved å straffe lovbrytere søker staten å avskrekke andre fra å begå lignende forbrytelser.²⁴ Fra en straffeprosessuell synsvinkel, kan en si at eksistensen av en lovlig og effektiv etterforskningsmetode vil bidra til at borgerne avstår fra kriminelle handlinger. En effektiv etterforskningsmetode vil med andre ord virke allmennpreventivt.

Hensynene over taler med tyngde for å anvende provokasjon som etterforskningsmetode. På den andre siden vil det imidlertid være sterke hensyn som taler for begrensninger i en slik praksis.

I Politiheroen 1 henviser Høyesterett til rettssikkerhetshensyn som en slik begrensning. Retten går imidlertid ikke nærmere inn på hva som legges i dette. Som regel brukes begrepet som en samlebetegnelse på krav som stilles til forvaltningen og rettsvesenet for at saker skal behandles på en betryggende måte og gi et mest mulig rettferdig

²² Jf. NOU 1997:15 pkt 3.3.4.5, pkt 3.3.9, pkt 3.3.10.4 og Skriksaken

²³ Eskeland s. 47 flg.

²⁴ Jf. Andenæs 2005 s. 81 flg.

resultat.²⁵ Fra en rettsstatssynsvinkel kan rettssikkerhet også bety at det må eksistere grenser for hvor langt staten kan gå for å bekjempe kriminalitet.²⁶ Det er på denne måten jeg oppfatter at rettssikkerhetsbegrepet blir brukt i Politiheroin 1. Jeg tolker Høyesterett slik at begrepet rettssikkerhetshensyn brukes som en samlebetegnelse på hensyn som taler mot metodebruken.

Et sentralt hensyn er at politiet ved å benytte provokasjon ikke må skape kriminalitet.²⁷ Ved bruk av tiltaleprovokasjon vil politiets påvirkning komme før den straffbare handlingen er et faktum. At politiets innblanding skjer på et tidspunkt der gjerningsmannen fortsatt kan velge å avstå fra gjennomføringen av den straffbare handlingen, gjør at det er fare for at politiet skaper kriminalitet. Sett fra et rettsstatssynspunkt vil det være uakseptabelt at politiet fremprovoserer straffbare handlinger som ellers ikke ville blitt begått, for deretter å sanksjonere handlingen. Faren for at politiet ved sin fremgangsmåte kan skape kriminalitet vil være en vesentlig innvending mot metodebruken som tilsier at det stilles strenge krav til utførelsesmåten.

Et hensyn som kan ses som en forlengelse av at politiet ikke skal skape kriminalitet, er at borgerne ikke skal kriminaliseres av politiet. Ved å benytte politiprovokasjon risikerer politiet å involvere personer som ikke har begått straffbare handlinger tidligere.²⁸ Er en person først blitt kriminalisert, økes sannsynligheten for at han igjen vil begå lovbrudd. Dersom politiet eksempelvis fremprovoserer en narkotikaforbrytelse mot en person som vanker i et miljø hvor det begås narkotikaforbrytelser, men uten at han selv deltar, kan provokasjonen føre personen inn i en kriminell løpebane. Delvis fordi stempelet som kriminell gjør det vanskeligere å få innpass i lovlydige miljøer, men

²⁵ Gisle s. 247

²⁶ Eskeland .s 57-58 og s. 135-136

²⁷ Hopsnes s. 70

²⁸ Hopsnes s. 71

også fordi han kan ha blitt sosialisert inn i et kriminelt miljø ved fengselsopphold. Det kan vanskelig aksepteres at personer kriminaliseres gjennom bruk av provokasjon, noe som tilsier at også dette hensynet taler for strenge rammer.

Videre er det et grunnleggende hensyn at ingen skal bruke statens maktapparat til å ramme sine personlige eller politiske fiender.²⁹ Ved bruk av provokasjon har politiet mulighet til å plukke ut bestemte personer. Dette innebærer at metoden har et stort misbrukspotensial, ved at politiet kan rette provokasjonen mot personer de har et ønske om å hekte. På den andre siden kan det argumenteres for at politiet også ved anvendelsen av andre politimetoder kan rette etterforskningen mot særlige steder eller miljøer, og på denne måten forfølge bestemte personer. Det som imidlertid skiller politiprovokasjon fra andre metoder, er at innsatsen settes inn før den straffbare handlingen er begått. På dette tidspunktet vil personens krav på vern være langt større enn etter at den straffbare handlingen er begått. Politiprovokasjon innehar derfor et større misbrukspotensial enn andre metoder, noe som må få betydning ved grensedragningen.

I Politiheroin 1 trekker Høyesterett også inn den alminnelige tilliten til politiet som argument for å oppstille skranker for etterforskningsmetoder med provokasjonstilnitt. Hensynet kan deles i to momenter. Det første, som er særlig viktig i denne sammenheng, er politiets tillit hos befolkningen. Et publikum som føler tillit til politiet vil lettere gi støtte og bistand, og på denne måten bidra til å fremme etatens oppgaveutførelse.³⁰ Dersom man tillot at politiet kunne forlede personer til å begå straffbare handlinger, for deretter å reise straffesak, ville dette skape usikkerhet og mistillit i forhold til både politi og rettsvesen. Et tillitsfullt forhold mellom politi og

²⁹ Hopsnes s. 72.

³⁰ Auglend mfl s. 209-212

befolkning er en forutsetning for en velfungerende rettsstat. For det andre er det som Dorenfeldt skriver: "...uhyre viktig at rettsvesenet har tillit til politiet og til de opplysninger de skaffer".³¹ Hvis etterforskningsmetodene som anvendes medfører at det settes spørsmålstegn ved politiets troverdighet ville dette få uheldige konsekvenser. I forarbeidene³² til straffeprosessloven fremheves det i denne sammenheng, at i vurderingen om ekstraordinære etterforskningsmetoder skal tillates, må det tas i betraktning om dette kan få følger for domstolenes tillit til politiets etterforskning i sin alminnelighet.

2 Rettskildesituasjonen på området

Nygaard uttaler treffende på s. 257: "På ulovfest område søker ein etter eit grunnlag som kan erstatta eller tilsvara lov. Dvs. grunnlag for løysing av vårt rettsspørsmål som tilfredsstillar dei omsyn eit lovgrunnlag på området ville ha dekkja, først og fremst autoritet eller legitimitet, forutberegnelighet og generelt rimeleg innhald. ..." Innenfor feltet politiprovokasjon, er det avsagt en håndfull Høyesterettsdommer som er den viktigste rettskildefaktoren på området. Høyesterett har gjennom sine avgjørelser oppstilt vilkår, for hva som er akseptabel fremgangsmåte ved anvendelsen av metoden. Særlig den første dommen som omhandler provokasjon, *Politiheroin 1*, har hatt stor betydning for regeldanningen. Her formulerer Høyesterett blant annet det som senere er

³¹ Dorenfelt 1978 s. 299

³² Ot.prp nr 35 (1978-79) s. 179

omtalt som grunnvilkåret, at: ”...det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått...”³³

Selv om metoden er ulovfestet, står man ikke uten retningsgivende uttalelser fra lovgiver. I forarbeidene til straffeprosessloven, Ot. prp. nr 35 (1978-79), ble det reist spørsmål om lovregulering. Departementet mente at det på dette tidspunktet ikke var grunn til å lovregulere metoden, og at det var opp til domstolene å trekke opp linjene fremover. Holdningen ble videreført i NOU 1997: 15 og Ot. prp. nr. 64 (1998-99). I 2001 ble det nedsatt et utvalg (Metodeutvalget) med mandat å utrede og fremme forslag til politiets bruk av metoder i forebyggende øyemed. Metodeutvalget la i 2004 frem forslag til lovregulering av politiprovokasjon.³⁴ Departementet var enig i at metoden burde lovfestes, men mente at det måtte ytterligere utredning til før det fremmes lovforslag.³⁵ Per dags dato er lovforslag ikke fremmet. I tillegg til å drøfte spørsmålet om lovregulering inneholder også de nevnte forarbeider redegjørelser for rettstilstanden på området. Disse uttalelsene vil være relevante rettskildefaktorer når reglene for politiprovokasjon skal utpensles. I norsk rett har forarbeider generelt stor vekt. En ser det gjerne slik at autoriseringen av lovteksten smitter over på de bakenforliggende forarbeidene.³⁶ I vårt tilfelle har ikke forarbeidene munnet ut i noen lovbestemmelse og mangler dermed en slik autorisasjon. Dette taler for at uttalelsene i forarbeidene tillegges mindre vekt enn normalt. Ved motstrid mellom forarbeider og Høyesterettspraksis må sistnevnte gå foran.

³⁴ NOU 2004:6 pkt 10.7.5.1

³⁵ Ot. prp nr. 60 (2004-05) pkt 1.11

³⁶ Nygaard s. 43 flg

I kraft av å være øverste leder av påtalemyndigheten, har riksadvokaten gitt instruks i form av rundskriv, om bruken av politiprovokasjon.³⁷ Instruksene er bindende for politi og påtalemyndighetens tjenestemenn. Spørsmålet er hvilken vekt retningslinjene har som rettskildefaktor for domstolene. I rettskildeteorien synes det å være enighet om at forvaltningspraksis har meget begrenset autoritetsverdi overfor domstolene. Tor-Geir Myhrer skriver på s. 232 at dette kan stille seg noe annerledes på lovtomme områder, og at ut fra en alminnelig betraktning er normer av lavere rang bedre enn ingen normer. Han mener derfor at internt utarbeidede retningslinjer for ikke lovregulerte etterforskningsmetoder bør ha en viss autoritetsverdi overfor domstolene. I avgjørelser som omhandler politiprovokasjon har Høyesterett flere ganger tatt utgangspunkt i, eller vist til, riksadvokatens retningslinjer i sine drøftelser.³⁸ Dette tyder på at Høyesterett anser riksadvokatens instruks for å være normer med en viss autoritetsverdi ved avgjørelsen av hvilke krav som må stilles ved provokativ etterforskning. På bakgrunn av rettspraksis kan det legges til grunn at riksadvokatens rundskriv, på dette området, veier tyngre enn hva som er vanlig for påtalepraksis.

Det foreligger lite teori om politiprovokasjon. Teorien som foreligger vil likevel bidra til å klargjøre og utdype de øvrige rettskildefaktorene, særlig Høyesterettspraksis.

De reelle hensyn som gjelder på området fungerer som både begrunnelse og begrensning for metoden, og er derfor en særlig viktig rettskildefaktor. I spørsmål der det er avsagt en Høyesterettsdom vil denne ha overtatt som den viktigste rettskildefaktoren, men ved uavklarte problemstillinger vil avveining av reelle hensyn fortsatt være viktig. På grunn av denne rettskildefaktorens betydning for rettsutviklingen er den viet et eget kapittel, se pkt 1.4.

³⁷ Jf strpl § 56 andre ledd

³⁸ Jf Politiheroen 1, Skriksaken og Rt 2000 s. 1223

Ved vedtakelsen av menneskerettsloven³⁹ ble EMK inkorporert som norsk rett. Menneskerettsloven § 3 slår fast at ved motstrid mellom en intern rettsregel og en konvensjonsregel, skal konvensjonen gå foran. utfordringen i forhold til EMK er således ikke å avgjøre hva som skjer dersom det foreligger motstrid, men om det foreligger motstrid. For en norsk rettsanvender, kan det være vanskelig å utlede hvilke rettigheter som følger av EMK, fordi Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) anvender en autonom tolkningsstil.⁴⁰ Det innebærer at domstolen ikke lar seg styre av det enkelte lands interne vurderinger. Tolkningen foregår med det aktuelle landets rettssystem som bakgrunnstepp, men domstolen legger til grunn sin egen oppfatning av hva som er konvensjonsstridig. I tillegg til autonom er EMDs tolkningsstil også dynamisk. EMD ser på EMK som: "...a living instrument which ... must be interpreted in the light of present day conditions."⁴¹ Det vil si at konvensjonens vilkår må tillegges et innhold som samsvarer med tidens oppfatning.

Spørsmålet om hvor langt norske domstoler skal gå på selvstendig grunnlag i å tolke EMK er avklart i rettspraksis. I følge Rt 2000 s. 996 (Bøhlerdommen) skal norske domstoler "benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD", men ikke legge an en "for dynamisk tolkning av konvensjonen", og ikke gå "lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK". Det slås videre fast at det følger av menneskerettsloven § 3: "...at dersom det tolkningsresultat som følger av EMK, fremstår som rimelig klart, må norske domstoler legge konvensjonsteksten til grunn, selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt." En intern rettsregel om politiprovokasjon må således settes til side dersom den er i strid med EMK.

³⁹ Lov av 21.mai nr. 30 1999

⁴⁰ Jf. NOU 2004:6 pkt. 4.3.1

⁴¹ Jf Tyrer mot Storbritannia. Klagesak nr 5856/72.

3 Vilkårenes nedre grense - hvilke handlinger omfattes

3.1 Innledning

Spørsmålet i dette kapittelet er hvilke handlinger vilkårene oppstilt av riksadvokaten og Høyesterett skal brukes på. Med andre ord er det nødvendig å se nærmere på hva provokasjon er. Det må trekkes en nedre grense for provokasjon som synliggjør *når* vilkårene kommer til anvendelse. En måte å gjøre dette på er å sammenligne og trekke en grense, mellom politiprovokasjon og andre lignende metoder. (pkt 3.2). De reelle hensynene som begrunner begrensninger ved bruk av politiprovokasjon vil være av sentral betydning for hvor grensene skal trekkes. Videre skal jeg se nærmere på hva som karakteriserer politiprovokasjon (pkt 3.3). Til slutt drøftes den rettslige plasseringen av bevisprovokative handlinger (pkt 3.4).

3.2 Avgrensning mot andre tilstøtende metoder

3.2.1 Infiltrasjon

Med infiltrasjon menes at politiet, eller en som opptrer på vegne av politiet, uten å gi seg til kjenne, aktivt tar kontakt med en person eller et miljø.⁴² Siktemålet er å hente ut informasjon, eller som riksadvokaten skriver i rundskrivets pkt. III 1 ”...for å bedre sin

⁴² Tilsvarende definisjoner i NOU 1997:15 pkt 4.2.8.4, Auglend mfl s. 299 og Andenæs 2000 s. 286

kunnskap om eller kontroll med et hendelsesforløp...” En politimann sørger eksempelvis for et antrekk, utseende og opptreden som gjør at han kan ferdes i et narkotikamiljø, uten å vekke oppsikt.⁴³ Ved å utgi seg for å være narkoman kan polititjenestemannen få innpass i rusmiljøet og slik skaffe seg verdifull informasjon om forbindelseslinjer. Det er en forutsetning at politiet aktivt oppsøker personen eller miljøet det ønskes opplysninger om.⁴⁴ Dersom en polititjenestemann i privat sammenheng, for eksempel på en konsert, får informasjon som er interessant for politiet, er dette ikke infiltrasjon.

Det er flere likhetstrekk mellom provokasjon og infiltrasjon. Ved begge metoder er objektet i villfarelse med hensyn til politiets identitet. Videre må det ved infiltrasjon, som ved provokasjon, ha vært kontakt mellom politiet og det kriminelle miljøet som infiltreres. Dersom politiagenten ikke har vært i kontakt med miljøet, er det tale om spaning.⁴⁵ Forskjellen mellom provokasjon og infiltrasjon, er at politiet ved provokasjon styrer den straffbare atferden, mens en infiltratør forholder seg passiv i forhold til eventuelle straffbare handlinger som begås. Ved infiltrasjon vil det dermed ikke oppstå noen misbruksfare eller fare for at politiet skaper kriminalitet. To av de mest sentrale hensyn som taler for begrensninger ved provokasjon, gjør seg dermed ikke gjeldende ved infiltrasjon. På den andre siden kan en politioperasjon som startet som infiltrasjon, på et visst punkt gli over i provokasjon. Utgangspunktet tas i eksempelet over; en polititjenestemann har infiltrert et narkotikamiljø for å kartlegge forbindelseslinjer. Han får kjennskap til at en person i miljøet er i besittelse av et stort kvantum amfetamin som han ønsker å selge. Dersom polititjenestemannen forholder seg passiv og bare videreformidler kunnskapen, foreligger infiltrasjon. I det han begynner å involvere seg

⁴³ Andenæs 2000 s. 286

⁴⁴ NOU 2004:6 pkt 7.5.1.1

⁴⁵ NOU 2004: pkt 7.5.1.1 om skillet mellom infiltrasjon og spaning.

aktivt mot å få i stand et salg, vil han straks være over i grenseland for provokasjon, og det oppstår spørsmål om vilkårene for provokasjon gjelder.

3.2.2 Kontrollert leveranse

Kontrollert leveranse går under betegnelsen passive politimetoder. Situasjonen er at politiet har informasjon om at en straffbar handling er under planlegging eller gjennomføring, men unnlater å gripe inn for å stanse fullbyrdelsen.⁴⁶ Ved passive politimetoder skilles det mellom tilfeller hvor politiet totalt unnlater å gripe inn, og hvor politiet utsetter inngrepet til et senere tidspunkt. Kontrollert leveranse er den mest vanlige metoden, og hører til i den siste gruppen. I NOU 1997:15 pkt. 7.5.2.1 defineres kontrollert leveranse til å omfatte de tilfeller ”...at 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.” Som ved provokasjon og infiltrasjon er objektet i villfarelse med hensyn til politiets rolle.

Kontrollert leveranse av narkotika er akseptert i rettspraksis.⁴⁷ Inngås samarbeid med en kurer, eller en polititjenestemann trer inn i kurerens sted, må politiet følge de retningslinjene kureren har fått av sine oppdragsgivere.⁴⁸ Det at politiets innblanding ikke må forandre på den opprinnelige planen, er det som skiller kontrollert leveranse fra provokasjon. Som det uttrykkes i NOU 2004:6 pkt. 7.5.6.3: ”...så lenge politiet forholder seg passiv og overvåker leveransen, reiser ikke metoden spørsmål i forhold til

⁴⁶ Jf NOU 2004:6 pkt 7.5.5, Auglend mfl s. 299 og Hopsnes s. 79-81

⁴⁷ Jf Rt 1986 s. 779

⁴⁸ Auglend mfl. og NOU 2004:6 pkt 7.5.6.3

provokasjon.” Ettersom politiet ikke styrer den straffbare handlingen, er det ingen misbruks- eller kriminaliseringsfare, og behovet for begrensning styres av andre hensyn.⁴⁹ Avgrensingsproblemer oppstår i det øyeblikket politiet blander seg styrende inn i hendelsesforløpet. Et eksempel er at politiet overvåker en narkotikaleveranse, men mister kontroll fordi leveringsstedet endres. For å opprettholde kontrollen kan politiet påvirke utførelsen av den straffbare handlingen, ved at en infiltratør insisterer på å holde fast ved opprinnelig leveringssted. Operasjonen bærer da preg av provokasjonstilsnitt, og hensynene som begrunner skranker ved provokasjon vil i mer eller mindre grad gjøre seg gjeldende.

3.2.3 Lokkedue

Lokkedue er en metode som ligner på provokasjon. Den går ut på at politiet plasserer ut et agn eller objekt til fristelse for den kriminelle, men uten at politiet aktivt går inn og direkte påvirker en bestemt persons handlinger.⁵⁰ Et klassisk eksempel er at en sivilkledd politikvinne utplasseres i en park hvor det er begått mange voldtekter, og at et spanerteam står klar til å gripe inn.⁵¹

Noe som også faller inn under lokkeduedefinisjonen er det som i teori og praksis gjerne omtales som ”salgsprovokasjon”.⁵² Det vanlige eksemplet er at en politiagent ferdes i et område hvor han kan bli tilbudt å kjøpe narkotika, men ikke selv gjør noe aktivt for å få i stand et salg. Metoden omtales i Rt 2000 s. 1223 (Trondheimsheroinsaken) hvor en

⁴⁹ Se Hopsnes s 79

⁵⁰ Auglend mfl s. 637

⁵¹ NOU 2004:6 pkt 7.5.5

⁵² Rt 2000 s. 1223, Hopsnes s. 81, NOU 2004:6 pkt. 7.5.5

politiinformant tilbys å kjøpe heroin. Høyesterett uttaler at ”...Det er et terminologisk spørsmål om man vil betegne et slikt forhold som provokasjon – ordet ”salgsprovokasjon” har vært benyttet - men noen ulovlig provokasjon er det i alle fall etter min mening ikke tale om i et slikt tilfelle. Selv om det er politimannens aksept av tilbudet som i en viss forstand har foranlediget den straffbare handling, må det her kunne dømmes for forsøk på salg...” Jeg tolker Høyesterett slik at den omtalte situasjon ikke er provokasjon i den forstand at vilkårene for provokasjon kommer til anvendelse. Etter min mening er det derfor misvisende å bruke betegnelsen ”salgsprovokasjon”. Det mest korrekte vil være å behandle metoden som en form for lokkeduetilfelle.

Også ved lokkeduetilfellene er den kriminelle i villfarelse. Gjerningspersonen vet ikke at det er politiet som står bak agnet eller fristelsen. Ved bruk av metoden legger politiet til rette for kriminell adferd, og i det konkrete tilfellet er den straffbare handlingen foranlediget av politiets tilrettelegging. Av den grunn vil det være en viss fare for at politiet skaper ny kriminalitet, og nye kriminelle.⁵³ Mange vil kunne la seg friste, dersom agnet representerer rask gevinst og risikoen for å bli oppdaget anses liten. Flere av de samme hensyn som taler for begrensninger ved provokasjon gjør seg dermed også gjeldende i lokkeduetilfellene. I lokkeduetilfellene er imidlertid gjerningsmannens forsett utelukkende skapt av hans reaksjon på ytre påvirkning. I motsetning til provokasjon har politiet ikke vært i direkte kontakt med den kriminelle. Det er helt og holdent gjerningsmannen selv som tar initiativ til handlingen. Risikoen for kriminalisering og at politiet skaper ny kriminalitet, er dermed kvalitativt mindre i lokkeduetilfellene, noe som tilsier at det må skilles mellom metodene med hensyn til regulering.

⁵³ NOU 2004:6 pkt. 7.5.5

3.3 Nærmere om hva som særpreger provokasjon

3.3.1 Objektet må være i villfarelse

I alle Høyesterettsdommer hvor etterforskningsmetoden har blitt klassifisert som provokasjon, har objektet som provokasjonen rettes mot vært i villfarelse med hensyn til politiets innblanding. Gammeltoft-Hansen uttrykker det slik at "...fremtrædelsesformen er civil..."⁵⁴ Dersom objektet ikke hadde vært i villfarelse, ville det ikke foreligget fare for at politiet ved sin innblanding kunne skape kriminalitet eller kriminalisere ellers lovlydige borgere. Det ville heller ikke vært fare for misbruk, fordi politiet vanskelig kan få en person som vet at det er politiet han samhandler med, til å begå en straffbar handling. Villfarelse er således et grunnvilkår⁵⁵ for at det skal foreligge provokasjon, men er ikke et særtrekk som skiller provokasjon fra andre manipulerende metoder. Ved alle de tre metodene gjennomgått ovenfor er objektet i villfarelse. Det som skiller provokasjon fra infiltrasjon og kontrollert leveranse, er styringen av den straffbare handlingen. Ved å blande seg inn i hendelsesforløpet er politiet årsak til at det skjer en endring i utførelsen. Ved bruk av lokkeduer kan politiets agn ha vært motiverende for at objektet begår den straffbare handlingen, men politiet har ikke vært i direkte kontakt med objektet. Hopsnes skriver at det som kjennetegner provokasjon "...er at objektet må ha vært i villfarelse om politiets innblanding. Videre må det ha vært en kontakt mellom provokatøren og objektet som har vært styrende for den kriminelle adferden."⁵⁶

⁵⁴ Gammeltoft-Hansen s. 103

⁵⁵ Gammeltoft-Hansen s 102 og Hopsnes s. 82

⁵⁶ Hopsnes s. 82

3.3.2 Kontakt mellom objektet og provokatøren

For at en metode skal kunne betegnes som provokasjon er det en forutsetning at det har vært kontakt mellom objektet og politiagenten.⁵⁷ Dersom det ikke har vært kontakt, men politiet bare har lagt til rette for situasjonen, er det tale om et lokkeduetilfelle. Hva er det så som skal til for å oppfylle kravet om kontakt mellom politiagenten og objektet? Dersom politiet fysisk samhandler med objektet, må vilkåret klart være oppfylt. Det er imidlertid ikke nødvendig med fysisk kontakt for at det skal oppstå fare for misbruk og kriminalisering, eller at politiet skaper kriminalitet. Provokatøren vil ha like stor mulighet til å påvirke objektet gjennom for eksempel en telefonsamtale. Hensynene bak vilkårene for provokasjon tilsier dermed at det avgjørende må være om provokatøren, gjennom en eller annen form for kommunikasjon, direkte har påvirket objektet.

3.3.3 Årsakskravet

Endelig er det avgjørende for om det er tale om provokasjon at politiets innblanding har påvirket objektet ved utførelsen av den straffbare handlingen. Dersom det ikke foreligger påvirkning, vil en være over i andre metoder. Spørsmålet er hva det betyr at politiet må påvirke, og hvordan dette må skje. Hopsnes skriver at politiets kontakt må ha vært styrende for den kriminelle adferden. På bakgrunn av dette oppstiller han et årsakskrav: det må være "...årsakssammenheng mellom politiets kontakt og en endring i objektets straffbare handling. ..."⁵⁸ Gammeltoft-Hansen er inne på det samme, men han sier ikke eksplisitt at det må foreligge årsakssammenheng. Etter hans mening er det

⁵⁷ Se Hopsnes s 82-83

⁵⁸ Hopsnes s. 83

sentrale at initiativet til kontakten må komme fra politiet.⁵⁹ Jeg oppfatter det likevel slik at det er valg av terminologi som er ulik, og ikke meningsinnholdet. Uenighet foreligger imidlertid når teoretikerne redegjør for på hvilken måte politiets kontakt må påvirke objektet. I følge Hopsnes er det bare i tilfeller hvor det gjennom kontakten har vært en form for psykisk medvirkning⁶⁰ at det foreligger provokasjon.⁶¹ Gammeltoft-Hansen gir uttrykk for at medvirkningen også kan være av fysisk art.⁶² For å komme nærmere en konklusjon kan det være opplysende å se på hensynene bak reglene. En kan tenke seg at politiet utelukkende legger fysisk til rette for en straffbar handling. I seg selv medfører ikke dette kriminaliserings- eller misbruksfare. Rett nok er det fare for at politiet ved å tilrettelegge fysisk også påvirker objektets subjektive vilje til å gjennomføre handlingen, og i et slikt tilfelle vil hensynene få betydning. Men dersom det skjer, er det jo fordi den fysiske medvirkningen også har virket psykisk.

Høyesterett synes å reservere provokasjonsinstituttet for tilfeller der det foreligger psykisk medvirkning. I Rt 1986 s. 779 ble narkotika beslaglagt hos en kurer ved innførselen. Politiet arrangerte, i samarbeid med kureren, overlevering av stoffet til mottakeren. Forsvareren påstod saken avvist grunnet ulovlig provokasjon. Høyesterett mente fremgangsmåten hadde mer trekk til felles med kontrollert leveranse. Retten uttaler: ”...Fremgangsmåten i denne sak avviker – etter mitt skjønn – ikke i særlig grad fra tradisjonell etterforskning... Med sikte på å få avdekket et bredere – trolig organisert – omsetningsapparat foranlediget av politiet – i full forståelse og fullt samvirke med B [kureren] –at denne uten noe avvik fulgte det opplegg som hans oppdragsgiver hadde gitt anvisning på. ...” Politiets medhjelper (kureren) medvirket helt klart fysisk, men ved

⁵⁹ Gammeltoft-Hansen s. 104

⁶⁰ Det strafferettslige medvirkningsbegrepet, se Andenæs 2004 s. 323-338

⁶¹ Hopsnes s. 83-85

⁶² En del av forklaringen kan være at han mener at også lokkeduetilfellene er provokasjon, se Gammeltoft-Hansen s. 101-105

å følge oppdragsgiverens anvisninger, virket ikke hans handlinger inn på objektets psykiske motivasjon for å gjennomføre salget.⁶³ Etter dette er jeg tilbøyelig til å si meg enig med Hopsnes, at det bare er i situasjoner der politiet har utøvet psykisk medvirkning, vi står overfor provokasjon.

Et spørsmål som henger sammen med årsakskravet, er *hvor stor* endring politiets påvirkning må ha medført på utførelsen av den straffbare handling.⁶⁴ Høyesterett har aldri drøftet spørsmålet direkte, men praksis gir likevel en viss veiledning i hvor grensen må trekkes. Spørsmålet kan belyses gjennom to saker hvor provokasjon var påstått benyttet, men hvor Høyesterett mente det forelå kontrollert leveranse. Overgangen mellom provokasjon og kontrollert leveranse kan være glidende, jf pkt 3.2.2. Politiagentens aktivitetsnivå i forhold til å påvirke utførelsen av den straffbare handlingen vil være avgjørende for grensedragningen. En av de aktuelle sakene er Rt 1990 s. 531 (Asylmottakssaken). A og D hadde anskaffet sprengstoff med sikte på å sprengte et asylmottak. C, som opprinnelig hadde støttet planene, ble etter hvert skeptisk og bestemte seg for å avsløre virksomheten. I samarbeid med politiet fortsatte C i samme rolle, men med garanti om at politiet skulle stanse sprengningen før den kom til utførelse. Forsvarerne hevdet at politiet hadde påvirket A og D gjennom C og at det forelå ulovlig provokasjon. Høyesterett uttaler: ”...Gs [politiets] overvåking i dette tilfellet av planen om å ødelegge X [asylmottaket], hadde karakter av en kontrollert aksjon... Som tilfellet var i saken fra 1986 lot G i den foreliggende sak – i full forståelse og samvirke med C – denne *uten noe avvik* følge det opplegg som hans medspillere,, hadde gitt anvisning på” [Min kursivering].⁶⁵ Det Høyesterett sier er at så lenge politiets medvirkning ikke har medført noen endring i det opprinnelige opplegget, vil det ikke være tale om provokasjon. Antitetisk tolket vil provokasjon foreligge ved enhver

⁶³Jf Rt 1990 s. 531

⁶⁴ Hopsnes s. 85

⁶⁵ Avgjørelsen Høyesterett viser til er Rt 1986 s. 779.

endring. En kan finne støtte for en så lav terskel i de grunnleggende hensynene på området. Når politiet påvirker ved utførelsen av en kriminell handling, vil det være vanskelig å kontrollere om påvirkningen går ut over en fastsatt grense. For å unngå bevistvil bør vilkårene for å benytte provokasjon anvendes ved en hvilken som helst endring.

3.4 Den rettslige plasseringen av bevisprovokative handlinger

Årsakskravet tilsier at politiets medvirkning må ha medført en endring i utførelsen av den straffbare handlingen. Bevisprovokasjon kjennetegnes ved at politiet skaffer bevis for en *allerede begått* straffbar handling. En komponent kan ikke virke bakover i tid. Politiets innblanding vil dermed ikke ha vært medvirkende ved den straffbare handlingen som allerede har funnet sted. Årsakskravet taler dermed for at det går et skille mellom tiltaleprovokasjon og bevisprovokasjon.

Også i rettspraksis påpekes skillet mellom metodene. I Rt 1999 s. 1269 (Fengselsbetjentdommen) uttaler Høyesterett: "...Etter min oppfatning antar provokasjonshandlinger som tar sikte på å fremskaffe beviser for straffbare handlinger som allerede er begått, så forskjellig karakter, at det ikke kan oppstilles felles retningslinjer for når slike provokasjonshandlinger kan aksepteres som lovlige etterforskningsskritt." Selv om Høyesterett ikke forklarer dette nærmere, er det naturlig å forstå uttalelsen slik at de mener bevisprovokasjon styres av andre hensyn enn tiltaleprovokasjon. Grunnen til at det må oppstilles begrensninger for bruk av

provokasjon, er at politiet skal forhindre, avverge og avdekke,⁶⁶ ikke skape kriminalitet.⁶⁷ Bevisprovokasjon brukes for å skaffe bevis for allerede begåtte straffbare handlinger og vil i seg selv ikke skape mer kriminalitet. På den andre siden er det vanlig at politiet i forbindelse med bevisprovokasjon også fremprovoserer en ny straffbar handling. Politiet mistenker eksempelvis objektet for å oppbevare narkotika. Ved å fremkalle et salg, skaffes samtidig bevis for oppbevaring og erverv. Selve salget (den nye straffbare handlingen) er imidlertid å betrakte som en tiltaleprovokasjon, fordi politiet medvirker ved gjennomføringen.⁶⁸

Et annet hensyn som taler for begrensninger ved bruk av provokasjon, er at politiet kan misbruke metoden til å hekte bestemte personer.⁶⁹ Når en straffbar handling allerede er begått, kan ikke politiets fremgangsmåte virke kriminaliserende i forhold til denne handlingen. Rett nok kan politiet bruke bevisprovokasjon mot utvalgte personer, og selv om personen har begått en kriminell handling, er dette et inngrep i hans private sfære.⁷⁰ På den andre siden er den kriminelles krav på vern i stor grad opphevet gjennom hans samfunnsskadelige virksomhet. Dermed vil heller ikke misbrukshensynet i nevneverdig grad gjøre seg gjeldende ved bevisprovokasjon.

Det foranstående viser at bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon er vesensforskjellige metoder, noe som taler for at de bør holdes adskilt, også med hensyn til regulering. I

⁶⁶ Jf Lov om politiet av 23. juni 1995 nr. 42 § 2 nr. 2 og nr. 3.

⁶⁷ Hopsnes s. 86

⁶⁸ Salget fremprovosert av politiet er i strid med grunnvilkåret og derfor en ulovlig provokasjon. Det er imidlertid lovlig å fremkalle en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått for å skaffe bevis for en allerede gjennomført straffbar handling, forutsatt at det ikke reises tiltale for handlingen som er fremprovosert.

⁶⁹ Jf pkt 1.4

⁷⁰ Hopsnes s 87

praksis er det imidlertid slik at metodene ofte glir over i hverandre. Et tilfelle kan være at det går lang tid mellom provokasjonshandlingen og fremskaffelse av beviset. Den som utsettes for provokasjonen stjeler for eksempel våpnene som en følge av politiets bevisprovokasjon, og tyveriet er således foranlediget av tyvens tro på at han har en kjøper.⁷¹ Det som startet som en bevisprovokasjon ender opp som en tiltaleprovokasjon, og hensynene bak provokasjonsinstituttet vil være tilstede med full tyngde. Et annet praktisk eksempel er at politiet har som hensikt å foreta en bevisprovokasjon for å skaffe bevis for besittelse av narkotika, men i ettertid lar det seg ikke bevise at objektet var i besittelse av stoffet på det aktuelle tidspunktet. Dette var tilfellet i Trondheimsheroinsaken. C informerte politiet om at hun var tilbudt å kjøpe 1 kilo heroin av A. Politiet planla i samarbeid med C å fremprovosere et salg med hensikt å skaffe bevis for oppbevaring, samt å beslaglegge stoffet. A fikk stoffet overlevert av B som hadde ervervet narkotikaen. Det kunne ikke bevises om ervervet hadde skjedd før salgsavtalen med C kom i stand. Retten måtte derfor legge til grunn at det kunne være avtalen som foranlediget ervervet. Førstvoterende uttaler: ”...Jeg har [...] vanskelig for å se at et etterfølgende erverv i seg selv kan gjøre provokasjonen ulovlig. Jeg antar at det er meget vanlig ved omsetning av større partier narkotika at mellommenn søker å begrense mest mulig den periode de selv besitter stoffet, og at det derfor vil være normalt at stoffet først blir ervervet etter at det er inngått avtale om salg. ...” Det førstvoterende peker på er at det ikke hadde noen betydning for lovligheten av fremgangsmåten at politiet hadde som formål å gjennomføre en bevisprovokasjon. Det avgjørende var om vilkårene for provokasjon var oppfylt.

Trondheimsheroinsaken og eksempelet med våpentyveri viser at det i enkelte tilfeller er hensiktsmessig at vilkårene er de samme for bevisprovokasjon som for

⁷¹ Riksadvokatens rundskriv pkt. III 2.2

tiltaleprovokasjon. Når riksadvokaten i rundskrivet⁷² har oppstilt like vilkår for bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon, gjelder det imidlertid ikke bare i tilfeller metodene glir over i hverandre, men i alle tilfeller politiet har som formål å fremprovosere bevis for en alt begått kriminell handling. Det vil si at riksadvokaten legger til grunn at vilkårene også gjelder i situasjoner det ikke er tvilsomt at den straffbare handlingen var begått da bevisprovokasjonen gjennomføres. Etter min mening gir dette vilkårene et for bredt anvendelsesområde. Når den kriminelle handling alt er begått, kan politiet umulig medvirke til denne ved senere innblanding. Hensynene bak vilkårene vil derfor i mindre grad gjøre seg gjeldende. Riksadvokaten modifierer rett nok utgangspunktet når han sier at grunnvilkåret⁷³ regelmessig vil være oppfylt i disse situasjoner, men han sier ingenting om de øvrige vilkår. Jeg antar at riksadvokaten har unnlatt å gi en mer differensiert regulering av bevisprovokasjon, fordi det til sist vil være opp til domstolen å ta stilling til i hvilke tilfeller vilkårene skal tillegges betydning.

4 Vilkårene for politiprovokasjon – øvre grense

4.1 Innledning

Vilkårene for å anvende provokasjon er utformet av riksadvokaten og Høyesterett. Fra først av var vilkårene gitt av riksadvokaten som intern instruks til påtalemyndighetens tjenestemenn. I ettertid har Høyesterett i stor grad oppstilt samme vilkår, som skranker

⁷² Riksadvokatens rundskriv pkt. III 1

⁷³ Se pkt 4.2

for hvordan politiet på akseptabel måte kan anvende provokasjon for å skaffe bevis til en etterfølgende straffesak.

4.2 Materielle vilkår

4.2.1 Grunnvilkåret

4.2.1.1 Politiet skal ikke fremprovosere straffbare handlinger

I *Politiheroin*¹ formulerer Høyesterett det som senere er blitt omtalt som grunnvilkåret ved politiprovokasjon. Politiet hadde trådt inn i en mistenkts telefonkontakt med en utenlandsk narkotikaleverandør og avtalt levering i Norge. De som forestod leveringen ble kort tid etter arrestert. Førstvoterende legger til grunn at han anser som et grunnvilkår ved denne form for etterforskning ”...*at det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått...*”(min kursivering). Videre uttaler han at: ”...I utgangspunktet er etterforskning med provokasjonstilsnitt bare berettiget når politiet måtte legge til grunn at den straffbare handling ville ha blitt begått også uavhengig av dets rolle i begivenhetsforløpet. Men det må etter min mening godtas at politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse. ...” Høyesterett trekker her opp rammene for hva som kan aksepteres ved anvendelsen av provokasjon, men noe presist avgrensningskriterium er det ikke. For å komme nærmere hvor grensen for lovlig provokasjon går, er det nødvendig å splitte grunnvilkåret opp i mindre, mer konkrete og håndterbare momenter.

I norsk rett er det, ved vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt, vanlig å se på årsakssammenhengen mellom politiets kontakt og den kriminelle handlingen.⁷⁴

Provokasjon kan som nevnt bare skje ved psykisk påvirkning av objektets subjektive forsett. Ved den nedre grense var spørsmålet om politiet hadde vært årsak til en endring i utførelsen av den straffbare handling. Her er spørsmålet om politiets kontakt har vært årsak til en endring i objektets handlinger på en måte som har gjort handlingen straffbar eller mer straffverdig.⁷⁵ Om grunnvilkåret er oppfylt, beror på en totalvurdering av ulike momenter, der en avveining av hensynene som bærer forbudet ligger i bunn. Momenter av særlig betydning i vurderingen er hvem som har tatt initiativet til handlingen⁷⁶, og om det eksisterer et marked for den straffbare handlingen.⁷⁷ Videre må det som sagt godtas visse endringer i tid, sted og utførelsesmåte.

4.2.1.2 Initiativets betydning for om grunnvilkåret er oppfylt

Dersom det er den mistenkte som tar initiativet til å gjennomføre den straffbare handlingen, trekker dette klart i retning av at handlingen ville blitt gjennomført uavhengig av politiets innblanding. Når mistenkte helt av seg selv har besluttet å begå handlingen, er det liten fare for at politiet ved sin aktivitet skaper mer kriminalitet eller kriminaliserer ellers lovlydige borgere. I *Politiheroin 1* uttaler Høyesterett at ved vurderingen om grunnvilkåret er oppfylt: ”...må det legges betydelig vekt på hvem som har tatt initiativet til den straffbare handling. ...” Det nærmere saksforholdet var at D, som satt varetektsfengslet, mottok et telegram fra en leverandør om at han ville få

⁷⁴ NOU 2004:6 pkt. 7.5.2.5

⁷⁵ NOU 2004:6 pkt 7.5.2.5.1 og Hopsnes s. 97

⁷⁶ Jf *Politiheroin 1*

⁷⁷ Jf *Skriksaken*

oversendt narkotika. Leverandøren var ikke kjent med at D var varetektsfengslet. Politiet utga seg for D, og sa seg interessert i å motta stoffet. Domstolen mente at når leverandøren tok initiativet til narkotikahandelen, tilsa dette at politiet ikke hadde fremprovosert handlingen. Grunnvilkåret var oppfylt.

Også i andre saker har initiativet vært et avgjørende moment. I Rt 1993 s. 473 (Piratdrosje 1) hadde politiets medhjelpere stanset en tilfeldig bil, og spurte om skyss, i en gate hvor det ble antatt drevet piratdrosjevirkosomhet. Sjøføren sa seg villig til å ta med politiets medhjelpere, som deretter spurte hvor mye han skulle ha betalt. I byretten ble sjøføren dømt for brudd på den dagjeldende samferdselsloven.⁷⁸ Tiltalte ble frifunnet i Høyesterett fordi forholdet ikke falt inn under lovens ordlyd. Selv om det ikke var av betydning for utfallet i saken, tok Høyesterett også stilling til politiets fremgangsmåte. Det ble fremhevet at den aktuelle transporten var: ”klart initiert av politiets medhjelpere”. Høyesteretts resonnement var at politiets medhjelpere, ved å ta initiativet, hadde fremprovosert den straffbare handlingen. Grunnvilkåret var ikke oppfylt. Også i Trondheimsheroinsaken drøftes initiativets betydning.⁷⁹ C, som var politiets informant, inngikk i samråd med politiet en avtale om kjøp av 1 kilo heroin av A og B. De to sistnevnte ble dømt for erverv og oppbevaring. Høyesterett la til grunn at A og B, uten påvirkning fra informanten C, hadde skaffet stoffet på eget initiativ. Når initiativet kom fra leverandørene, talte det for at grunnvilkåret var oppfylt. A og B ble likevel frifunnet, men på annet grunnlag.⁸⁰ I Skriksaken tillegges mindretallet initiativet avgjørende betydning. En person var dømt i lagmannsretten for forsøk på grovt heleri, fordi han hadde optrådt som mellommann for tyvene som hadde stjålet maleriet ”Skrik”. Politiet hadde i samarbeid med engelske politiagenter utgitt seg for å være interessert kjøper. Mindretallet uttaler at: ”...det var A [tiltalte] som i samarbeid med hovedmannen tok

⁷⁸ Lov av 4 juni 1976 nr 3 om samferdsel § 7 nr 1, jf § 26 nr 1

⁷⁹For saksforholdet, se pkt 3.4

⁸⁰Saken endte med frifinnelse grunnet manglende kontroll og notoritet med etterforskningen, jf pkt 4.3.3

initiativet til tilbakelevering av maleriet mot betaling av løsesummen. A må sies å ha fremsatt, eller i alle fall antydnet, et tilbud som forutsatte en helerihandling fra hans side, og politiet trådte inn i dette tilbudet.” I og med at initiativet til salget kom fra A, mente mindretallet at helerihandlingen ikke var fremkalt av politiet. Flertallet frifant tiltalte. De mente handlingen *var* fremprovosert av politiet. Det interessante er at mens mindretallet legger avgjørende vekt på initiativet, så nevner ikke flertallet dette i sitt resonnement. Flertallet baserer sin konklusjon helt og holdent på at det ikke fantes noe ”marked” for å selge et maleri som ”Skrik”, og at politiet ved å stille som kjøperer derfor fremprovoserte den straffbare handlingen.⁸¹ Dersom en ser på hensynene bak provokasjonsinstituttet, mener jeg at mindretallets vurdering har mest for seg. Så lenge tiltalte viste aktiv vilje til å begå helerihandlingen, er det minimal fare for at politiet kan kriminalisere en lovlydig borger eller skape kriminalitet. Det kan heller ikke ha betydning for straffverdigheten av handlingen at det var politiet som stod som kjøper, så lenge initiativet kom fra tiltalte.

Det foreligger ingen eksempler på saker hvor grunnvilkåret anses oppfylt, der politiet har tatt initiativet. Det må derfor kunne slås fast at det er en betingelse for at grunnvilkåret skal være oppfylt, at initiativet til den straffbare handling er tatt av mistenkte. Synspunktet støttes av riksadvokaten som i rundskrivets pkt. III 2.2 skriver at ”initiativet til handlingen må tas av siktede” for at provokasjon skal være lovlig.

⁸¹ Jf pkt. 4.2.1.3

4.2.1.3 Det må eksistere et "marked" for den kriminelle handlingen

Skriksaken viser at Høyesterett ikke alltid legger avgjørende vekt på initiativet ved vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt. Flertallet kom til at helerihandlingen var fremprovosert av politiet, på tross av at initiativet kom fra mistenkte. Det avgjørende var at politiet med sin inntreden skapte eneste aktuelle avsetningsmulighet for maleriet. Høyesterett uttaler: "...om politiets aksjon tenkes bort, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført." Flertallet peker på at det var høyst usikkert om helerihandlingen overhodet hadde blitt gjennomført om politiet ikke hadde stilt opp som kjøper, fordi det ikke fantes noe marked for et slikt verdenskjent kunstverk. Politiets inngripen var avgjørende for at den straffbare handlingen ble gjennomført og grunnvilkåret var krenket.

På bakgrunn av Skriksaken har også riksadvokaten oppstilt et vilkår om at det må: "...eksistere et marked for den straffbare handling, for eksempel omsetning av tyvegods, salg av narkotika eller omsetning av barnepornografi."⁸² I de fleste tilfeller antar jeg at det vil eksistere et marked for slike "varer". Eksempelvis ved omsetning av narkotika vil det som regel alltid finnes interesserte kjøpere. I Trondheimsheroinsaken, som gjaldt salg av narkotika, nevner Høyesterett markedskravet, men dette ble uten videre ansett oppfylt. Følgelig kan dette tyde på at markedskravet bare får betydning når det er tale om ekstraordinære varer eller gjenstander som er vanskelig omsettelig.

⁸² Riksadvokatens rundskriv pkt. III 2.2

4.2.1.4 I hvor stor grad kan politiet påvirke hendelsesforløpet

Det er klart uakseptabelt at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått. På den andre siden innebærer provokasjon at politiet påvirker og styrer hendelsesforløpet. Høyesterett har derfor fastslått at det må: "...godtas at politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse. ..." ⁸³ Det kan påstås at Høyesterett med dette vage og skjønnsmessige kriteriet har gitt seg selv relativt stort spillerom ved vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt.

I Politiheroen 1 medførte politiets inngripen endring i tid ved at politiet fremskyndte leveringen av stoffet. Til dette uttaler førstvoterende: "...i betraktning av risikoen for at leverandørene skulle få kjennskap til at D var i varetektsfengsel, finner jeg det rimelig at politiet ønsket overleveringen avvirket så snart som mulig." Høyesterett synes å legge avgjørende vekt på at politiet hadde et aktverdig formål for å foreta tidsforskyvningen, og at dette veide tyngre enn betenkelighetene. Hvilken endring i tid som godtas ut over dette må avgjøres konkret i den enkelte sak. Vanligvis vil ikke endring av den straffbare handling i tid ha strafferettslig relevans. ⁸⁴ Om narkotikaen overleveres onsdag eller fredag, er irrelevant. Det kan imidlertid tenkes situasjoner der en tidsforskyvning kan komme på kant med grunnvilkåret. Endring i det avtalte leveringstidspunktet gjør for eksempel at narkotikaselgeren aner uråd og trekker seg tilbake. Etter ny kontakt med politiagenten bestemmer han seg likevel for å selge. Her kan det stilles spørsmål ved om handlingen hadde blitt begått om det ikke hadde vært for politiets aktivitet. Bevismessig er dette et vanskelig spørsmål, fordi svaret beror på hva som har foregått i gjerningsmannens hode. I et slikt tilfelle må tiden uansett bli et sentralt moment i den totale årsaksvurderingen.

⁸³ Jf Politiheroen 1

⁸⁴ Andorsen s. 9-10

I Politiheroin 1 ble også leveransestedet endret, fra København til Oslo, uten at Høyesterett anså dette som problematisk i seg selv. Endring av stedet for den straffbare handlingen kommer vanligvis ikke i konflikt med grunnvilkåret.⁸⁵ Om handlingen skjer i Bergen eller Stavanger, påvirker normalt ikke gjerningsmannens psykiske motivasjon for å begå lovbruddet, eller har betydning for straffbarheten. Spørsmålet i Politiheroin 1 var imidlertid om endringen av leveransestedet var årsak til at en bestemt person ble involvert i saken. Kureren, som leverte narkotikaen i Oslo, påstod han ble trukket inn i saken, fordi politiet hadde insistert på at stoffet skulle leveres i Oslo i stedet for København. Høyesterett mente årsaksforholdet her fremstod noe uklart, men at politiets mulige bidrag til at kureren ble trukket inn i saken, under enhver omstendighet var for ”fjernt og indirekte” til at politiet kunne sies å ha fremkalt hans straffbare forhold. Høyesterett bruker som støtteargument at politiet måtte regne med å stå overfor et ”etablert distribusjonsapparat”, og hvordan stoffet skulle bringes til Norge gjennom dette apparatet, ”var et spørsmål som lå utenfor politiets innflytelse og kontroll”. En kan se det slik at Høyesterett bygger inn en begrensning for hvor langt politiets påvirkning kan trekkes i en årsaksrekke. Uansett om politiets aktivitet er en nødvendig betingelse, så oppfylles ikke årsakskravet dersom politiets påvirkning er for ”fjern og indirekte”.

Begrensningen mot fjern og indirekte påvirkning er videreført i senere rettspraksis. I Rt 2000 s. 1482 hadde politiet stoppet en lastebil med 199 kilo hasj. B og C som kjørte bilen, sa seg villig til å bistå politiet med å avsløre mottakerleddet. Planen var at stoffet skulle leveres D ved en veikro. D ante imidlertid at noe var ”galt” og trakk seg fra avtalen. B og C fikk i oppdrag av politiet å kontakte sin leverandør - F- for å finne en ny mottaker. Ved overlevering ble den nye mottakeren arrestert. Han sa ja til å bistå med å avsløre sin bakmann. Straffesaken gjaldt denne siste mottakeren, A. Forsvareren mente politiets handlemåte utvilsomt var årsak til at A kom inn som ny mottaker. Høyesterett

⁸⁵ Andorsen s. 10-11

sa seg ikke uenig, men viste til uttalelsen i Politiheroin 1 om at politiets mulige bidrag var for ”fjernt og indirekte”. Dette ble begrunnet med at det ikke var politiets opptreden ved veikroen som var den ”umiddelbare foranledning” til at A valgte å motta narkotikaen. Avgjørende for A sin handling var opplegget til F. Det at F kontaktet A, og involverte ham i saken, var ikke påvirket av politiet. I Rt 2007 s. 328, som omhandler et svært lignende tilfelle, legges samme resultat til grunn.

Også i de sistnevnte dommene setter Høyesterett en grense for hvor langt årsakssammenhengen kan trekkes. For tiltalte kan avgrensningen fremstå som urimelig i og med at politiets innblanding tross alt var en nødvendig betingelse for at han begikk den straffbare handlingen. Hva er det så Høyesterett vektlegger? Et av de viktigste hensynene bak provokasjonsinstituttet, er å hindre at politiet hekter bestemte personer. Det vil derfor være sentralt i vurderingen, om politiet kjente identiteten til objektet for provokasjonen. I Politiheroin 1, og i de to dommene i avsnittet over, ble provokasjonen utført gjennom en uvitende tredjeperson. Videre var det denne uvitende tredjepersonen som trakk tiltalte inn i saken. Involveringen av tiltalte skjedde uten at politiet hadde mulighet til å påvirke hvem som kom til å gjennomføre handlingen. Således forelå ingen fare for misbruk fra politiets side. Dersom man også i slike tilfeller skulle anse lovbruddet som fremprovosert av politiet, ville provokasjon som etterforskningsmetode bli fullstendig undergravet. Høyesterett legger avgjørende vekt på effektivitetshensynet kontra misbrukshensynet. Skal man klare å bekjempe organisert kriminalitet, må provokasjon tillates i tilfeller politiet ikke har kontroll over hvem provokasjonen virker overfor.

Politiet kan også gi årsak til visse endringer i utførelsen av den straffbare handlingen.⁸⁶ Ved påvirkning av denne typen skal det mindre til før handlingen blir straffbar eller mer

⁸⁶ Jf Politiheroin 1

straffverdig. Rt 2006 s. 120 er et klart eksempel på at politiets påvirkning oversteg det akseptable. Saken var at A satt varetektsfengslet i en narkotikasak. Han fortalte en medinnsatt, G, at han ønsket å ta livet av C, som var siktet i samme sak. G opplyste dette til politiet, som utstyrte ham med skjult båndopptaker, og ba ham få A til å snakke om drapsplanene. Dette lyktes, og G foreslo for A at Gs bror skulle engasjeres for å utføre drapet. Det ble avtalt hva A skulle betale. A ble dømt i lagmannsretten for forsøk på å inngå drapsforbund, jf strl § 233a, jf § 49. Høyesterett opphevet dommen. Førstvoterende uttaler at situasjonen utviklet seg slik at det gjennom politiinformanten ”vart skapt ei handling som ikkje elles ville ha funne stad”. G hadde laget et opplegg som det ikke kunne legges til grunn at A ellers ville forsøkt å komme inn i. Høyesterett konkluderer med at det ikke bare var tale om mindre endringer for den samme handlingen, ”men eit heilt sjølvstendig opplegg.”

Oppsummert kan en si at endringer i tid og sted normalt ikke har strafferettslig relevans, men at det likevel må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Dersom politiets innblanding er en nødvendig betingelse for at den straffbare handlingen blir begått, så foreligger likevel ikke ulovlig provokasjon dersom påvirkningen er ”for fjern og indirekte”. Grensen har i rettspraksis blitt trukket hvor det ligger utenfor politiets innflytelse og kontroll at tiltalte begår lovbruddet. Når politiets påvirkning har medført at nye personer blir trukket inn i saken, har dette blitt akseptert, forutsatt at politiet ikke kjente identiteten til objektet provokasjonen virket overfor.

4.2.2 Krav om sterk mistanke

Bestemmelsene i straffeprosessloven som åpner for metodebruk angir et generelt krav til mistanke om begått straffbar handling, eller planlegging av slik handling. Dette inngangskriteriet er særlig viktig, fordi det peker ut hvem metodebruken kan anvendes ovenfor.⁸⁷ Mistankekravet inneholder to elementer. For det første må det foreligge et faktisk grunnlag som sier noe om personen, som skal utsettes for metodebruken, har fullbyrdelsesforsett. Kravet er objektivt i den forstand at mistanken må begrunnes i ytre konstaterbare omstendigheter. Med dette sikres at metodebruken ikke baseres på en subjektiv overbevisning hos den som treffer beslutningen. Det andre elementet er at det må kreves en viss grad av sannsynlighet for at personen har begått, eller planlegger å begå, handlingen.

Det generelle kravet for å starte etterforskning er at det foreligger omstendigheter som gir ”rimelig grunn til å undersøke” om det foreligger et straffbart forhold, jf straffeprosessloven § 224 første ledd.⁸⁸ Når det er spørsmål om å anvende etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt, er inngangsvilkåret strengere. I riksadvokatens instruks for politiprovokasjon i narkotikasaker ble mistankekravet formulert slik: ”Det skal foreligge sterk mistanke mot en eller flere personer. Skjellig grunn til mistanke er ikke nok”. Kravet til mistankens styrke er altså høyere enn sannsynlighetsovervekt⁸⁹, men lavere enn det som kreves for domfellelse.⁹⁰ Den høye

⁸⁷ Jf. NOU 2004:6 pkt 6.2.1

⁸⁸ Om vilkåret ”rimelig grunn til å undersøke” se NOU 1997:15 pkt 4.1.1 og riksadvokatens rundskriv av 22. desember 1999 pkt. II 4.

⁸⁹ I Rt 1993 s. 1302 ble det lagt til grunn at skjellig grunn til mistanke innebærer et krav sannsynlighetsovervekt for at mistenkte har begått den straffbare handlingen.

⁹⁰ Jf Andenes 2000 s. 177 flg. For domfellelse gjelder den alminnelige bevisbyrderegelen.

Påtalemyndigheten må bevise tiltaltes skyld utover enhver rimelig tvil.

terskelen underbygger at provokasjon anses som en særlig inngripende metode. Til sammenligning kreves bare ”skjellig grunn til mistanke” for å iverksette tvangsmidler som ransaking og varetektsfengsling.⁹¹ Kravet om sterk mistanke er også oppstilt av Høyesterett. I *Politiheroin 1* henviser Høyesterett til riksadvokatens dagjeldende instruks og legger til grunn at kravet om sterk mistanke ”klart” er oppfylt. I *Skriksaken* er mistankekravet nevnt, men det drøftes ikke. Dommen kan likevel tas til inntekt for at kravet også oppstilles ved annen kriminalitet enn narkotikakriminalitet. Så vidt meg bekjent er mistankekravet ikke drøftet i senere rettspraksis, og er heller ikke inntatt i gjeldende instruks fra riksadvokaten. Ingenting tyder imidlertid på at kravet ikke fortsatt gjelder. Jeg antar den manglende behandling av vilkåret beror på at det sjelden kommer på spissen.

4.2.3 Krav om alvorlig kriminalitet

Politiprovokasjon kan ikke benyttes ved alle typer kriminalitet. Etter gjeldende rett oppstilles krav om at det straffbare forhold politiet tar sikte på å avdekke, må være av alvorlig art. Kravet kan begrunnes i det alminnelige forholdsmessighetskravet; det skal være balanse mellom alvorligheten av forholdet som etterforskes og de metoder som anvendes.⁹² I *Politiheroin 1* uttaler Høyesterett at etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt bare bør aksepteres ved ”alvorlige lovovertrædelser”. I forarbeidene til straffeprosessloven ble drøftelsen om bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder knyttet til ”visse alvorlige saker”.⁹³ Spørsmålet er hva det betyr at kriminaliteten må

⁹¹ Jfr strprl § 171 og § 192.

⁹² Jf pkt 4.5

⁹³ Ot.prp nr 35 (1978-79) s. 179

være alvorlig. I Piratdrosje 1 trekker Høyesterett frem to sentrale momenter som skal vektlegges i vurderingen. Foruten strafferammen må en ”ta hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet.” Selv om momentene er vage, Høyesterett sier for eksempel ikke noe om hvor høy strafferammen må være, så gir de en viss veiledning i vurderingen av hva som er alvorlig kriminalitet.

Det er ikke tvilsomt at politiprovokasjon kan benyttes i alvorlige narkotikasaker.⁹⁴ Av Skriksaken følger det at metoden også kan anvendes ved vinningskriminalitet. All vinningskriminalitet vil imidlertid ikke være så alvorlig at den legitimerer provokasjon. Riksadvokaten antyder i rundskrivets pkt. III 2.3 at omfanget, organiseringen og verdien av gjenstandene er avgjørende momenter. Videre i samme avsnitt gir riksadvokaten uttrykk for at det ikke er hensiktsmessig å instruksfeste i detalj ved hvilke typer kriminalitet provokasjon kan benyttes. Han trekker likevel frem etterforskning av barnepornografi på internett, som eksempel på saker, hvor det etter hans mening er forenlig med Høyesteretts retningslinjer å anvende provokasjon. Selv om strafferammen for slike forbrytelser er forholdsvis lav, er samfunnsskadeligheten så stor at metoden må kunne anvendes. Jeg mener at det også er grunn til å anta at senere års utvikling i retning av mer organisert kriminalitet medfører at flere kriminalitetstyper oppfyller kravet til alvorlig kriminalitet, for eksempel omfattende spritsmugling og menneskehandel. Begge kriminalitetstypene er i høy grad av samfunnsskadelig karakter, og er vanskelig å avdekke med tradisjonell etterforskning.

Hva som er alvorlig kriminalitet, lar seg vanskelig fastlegge eksakt. Det kan derfor være hensiktsmessig å skille ut visse straffbare forhold som *ikke* anses så alvorlig at provokasjon kan benyttes ved etterforskningen. I Piratdrosje 1 ga Høyesterett uttrykk

⁹⁴Jf. Politiheroi 1, Rt 1992 s. 1088, Rt 2000 s. 1482 og Rt 2007 s. 268

for at piratdrosjekjøring, klart ikke var alvorlig nok til å anvende provokasjon. En kan da stille spørsmål ved avgjørelsen i Piratdrosje 2. Også i denne saken var objektet tiltalt for piratdrosjekjøring. Når det gjaldt betydningen av at provokasjon var anvendt, la Høyesterett utelukkende vekt på at grunnvilkåret var oppfylt. De sivile provokatørene hadde ikke ”fremprovosert en straffbar handling som ellers ikke ville ha funnet sted”. At piratdrosjekjøring ikke anses som et så alvorlig forhold at provokasjon ikke skal anvendes, ble ikke kommentert. Objektet ble dømt etter tiltalen. Dommen kan ikke forstås på annen måte enn at Høyesterett ikke fant å tillegge brudd på vilkåret om alvorlig kriminalitet avgjørende betydning. I totalvurderingen ble det antageligvis lagt vekt på at det i Piratdrosje 2 dreide seg om omfattende piratdrosjevirkosomhet, mens det i Piratdrosje 1 kun var tale om ett enkeltstående tilfelle.

Hva er så begrunnelsen for å oppstille et krav om alvorlig kriminalitet? Grunnvilkåret medfører at politiet ikke kan anvende provokasjon til å ”hekte” bestemte personer for mer eller mindre dagligdagse overtredelser.⁹⁵ Bruk av metoden medfører imidlertid fare for at politiet kan kriminalisere og skape kriminalitet. Faren for å lede ellers lovlydige borgere ut i kriminalitet, øker betydelig dersom provokasjon anvendes ved mindre alvorlig kriminalitet. Det foreligger derfor gode grunner for bare å tillate provokasjon ved alvorlige straffbare handlinger som er vanskelig å avdekke med ordinære metoder.

⁹⁵ Hopsnes s. 108-109

4.2.4 Indikasjons- og forholdsmessighetskravet

Ettersom politiprovokasjon regnes som mer enn vanlig inngripende, er det også oppstilt vilkår om at politiet må påvise et konkret behov for å bruke metoden. Dette betegnes som indikasjonskravet.⁹⁶ I Politiheroen 1 formulerer Høyesterett som et absolutt krav at påtalemyndigheten har: ”...forsvarlig grunnlag til å anta at andre etterforskningskritt ikke vil lede til tilfredsstillende resultat. ...”⁹⁷ Vilkåret følger også av riksadvokatens rundskriv hvor det uttales at: ”...provokasjon som etterforskningsmiddel bare kan aksepteres når - andre - tradisjonelle etterforskningsmetoder er utilstrekkelige”.⁹⁸

Så vidt jeg oppfatter er det som uttales av riksadvokaten og Høyesterett i samsvar med behovsprinsippet i politiretten, som generelt gir uttrykk for et krav om at metodebruken må være nødvendig.⁹⁹ Jeg forutsetter derfor at indikasjonskravet kan splittes opp i flere kumulative krav slik som behovsprinsippet.¹⁰⁰ Indikasjonskravet gir da for det første uttrykk for et subsidaritetskrav. Når politiet har flere alternative virkemidler til disposisjon, skal det minst inngripende som hovedregel velges først. Det betyr at dersom politiet kan nå frem med tradisjonelle metoder, kan provokasjon ikke benyttes. Dette kan imidlertid ikke innebære at politiet i den konkrete sak, alltid først må ha forsøkt å nå frem på tradisjonelt vis. For det første ville det være unødvendig sløsing med ressurser, og for det andre kunne en utsettelse medføre tap av muligheten til å sikre bevis. Med andre ord er det påtalemyndighetens vurdering av muligheten for å nå frem

⁹⁶ NOU 2004:6 pkt 6.3.2

⁹⁷ Se også Piratdrosje 1 og Skriksaken

⁹⁸ Riksadvokatens rundskriv pkt. III 2.4

⁹⁹ Behovsprinsippet kommer bl.a til uttrykk i politiloven § 6 første og andre ledd, § 8 andre ledd og § 9 tredje ledd.

¹⁰⁰ Auglend mfl s. 414-417.

med tradisjonelle metoder som er avgjørende, og som regel vil denne vurderingen være endelig, fordi den praktisk sett er vanskelig å overprøve.

Videre inneholder indikasjonskravet et krav om at bruken av metoden ikke må overskride det som er påkrevet for å oppnå det aktuelle målet. Tiltaket, og effekten av tiltaket, skal være tilstrekkelig, men heller ikke mer. Vilkåret gjelder både hvilket middel som brukes, intensitet og varighet. Dersom påtalemyndigheten for eksempel har besluttet kommunikasjonskontroll etter strpl § 216a, skal denne avsluttes når politiet har skaffet seg de nødvendige opplysningene.

Endelig vil indikasjonskravet inneholde et vilkår om at middelet som benyttes må være adekvat, det vil si egnet til å løse det aktuelle oppdraget. Provokasjon skal således bare benyttes i situasjoner metoden er formålstjenlig.

For å benytte politimetoder er det et grunnkrav at det er forholdsmessighet mellom mål og middel.¹⁰¹ Mens indikasjonskravet fokuserer på politiets behov for å anvende provokasjon, retter forholdsmessighetskravet også oppmerksomheten mot virkningen for den som utsettes for metoden.¹⁰² Det må foretas en interesseavveining hvor inngrepets styrke for individet avveies mot nytten av å anvende provokasjon. I NOU 2004:6 pkt 10.6.6 uttaler metodeutvalget generelt om det alminnelige forholdsmessighetskravet at: ”Politiets konkrete behov, må veies mot sannsynlig skade for dem som utsettes, og mot hvor mange som kan rammes. Det må også trekkes inn i avveiningen om mistanken knytter seg til en alvorlig straffbar handling.” Om

¹⁰¹ Fremkommer av politiloven § 6 andre ledd, og i straffeprosessloven § 170a er forholdsmessighetskravet lovfestet som et generelt vilkår for bruk av tvangsmidler under etterforskningen. Bestemmelsene er utslag av det alminnelige forholdsmessighetsprinsippet som gjelder i hele forvaltningsretten.

¹⁰² Auglend mfl s. 417-418

politiprovokasjon spesielt uttaler utvalget at det alminnelige krav om forholdsmessighet gjelder, men at det her vil ha mindre betydning ved siden av indikasjons- og kriminalitetskravet.¹⁰³ Disse kravene vil som regel forhindre at politiprovokasjon anvendes i tilfeller hvor politiets behov for å anvende metoden står i misforhold til de negative konsekvenser objektene som utsettes opplever. Det kan likevel tenkes tilfeller hvor kravet til alvorlig kriminalitet og indikasjonskravet er oppfylt, men andre omstendigheter tilsier at provokasjon er for inngripende. For eksempel der uskyldige tredjepersoner rammes. Ved slike omstendigheter vil forholdsmessighetsvurderingen ha selvstendig betydning ved siden av kriminalitets- og indikasjonskravet.

4.3 Prosessuelle krav

4.3.1 Krav til beslutningskompetanse

For at domstolene og publikum skal ha tillit til politiets etterforskningsmetoder, er det viktig at beslutningen om å anvende inngripende metoder tas på kompetent nivå. I Politiheroin 1 påpeker førstvoterende at det ved anvendelsen av etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt er grunn til å stille krav til beslutningsprosessen innen påtalemyndigheten. I Skriksaken følges dette opp ved å vise til riksadvokatens rundskriv fra 1980, hvor det heter at politimesteren treffer beslutningen om å ta i bruk provokasjon, men det må innhentes samtykke fra statsadvokaten før operasjonen gjennomføres.¹⁰⁴ Regelen er videreført i gjeldende instruks fra riksadvokaten der det

¹⁰³ NOU 2004:6 pkt 7.5.2.5.2

¹⁰⁴ Rundskrivet oppsummeres i hovedsak i NOU 1997:15 pkt 4.2.8.5

står at beslutningen skal treffes av statsadvokaten i distriktet, etter begjæring fra politimesteren eller visepolitimesteren.¹⁰⁵ Ved ikke å kreve riksadvokatens samtykke unngår man at han inhabiliseres, i forhold til en eventuell etterfølgende klage.¹⁰⁶

4.3.2 Krav til provokatøren

Når vilkårene for provokasjon skal oppstilles, er det naturlig å se nærmere på hvem som kan opptre som provokatør. Det er ikke tvilsomt at polititjenestemenn, i kraft av sin politimyndighet¹⁰⁷, kan inneha rollen. Spørsmålet er om politiet kan benytte sivile provokatører. Tidligere fastsatte riksadvokaten i instruks forbud mot å benytte andre enn polititjenestemenn som provokatører.¹⁰⁸ I gjeldende rundskriv er det ikke nedtegnet et slikt forbud, bare et generelt krav om at sikkerheten til de involverte må være ivarettat.¹⁰⁹ Grunnen kan være at riksadvokaten ikke vil stenge for at sivile kan benyttes i tilfeller hvor det er svært vanskelig for polititjenestemenn å få innpass. Det er imidlertid flere betenkeligheter med å benytte sivile i provokatørrollen. Hva er for eksempel den sivile provokatørens motivasjon for å bistå politiet? Dersom motivasjonen beror på at han forventer motytelser fra påtalemyndigheten, kan faren for at akseptable grenser brytes være overhengende. I Trondheimsheroinsaken var spørsmålet om bruk av sivile provokatører sentralt. Politiet hadde benyttet en kvinne som ble ansett for å tilhøre narkotikamiljøet som provokatør. Fremgangsmåten ble kritisert av Høyesterett som

¹⁰⁵ Riksadvokatens rundskriv pkt III 2.4

¹⁰⁶ Jf strpl § 59a

¹⁰⁷ Jf politiloven § 4. Om politimyndighet, se Auglend mfl s. 317 flg

¹⁰⁸ Riksadvokatens rundskriv av 1980, pkt 8. Gjengitt i NOU 1997:15 pkt 4.2.8.5.

¹⁰⁹ Riksadvokatens rundskriv pkt 2.4

uttalte: ”...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 [...] er avhengig av sin politikontakt. Det eksisterer en åpenbar fare for at slike personer ”ville gå for ivrig og resultatsøgende til værks, og herved overskride de fastlagte grenser for dette særlige etterforskningsmiddels anvendelsesområde”, slik Gammeltoft-Hansen uttrykker det. ...” Flertallet fant at politiaksjonen, på grunn av den sivile provokatørens rolle, var beheftet med så mange feil og mangler, at det ikke var grunnlag for domfellelse. Dommen kan likevel ikke tas til inntekt for et totalforbud mot bruk av sivile provokatører, selv om denne tilhører et kriminelt miljø.¹¹⁰ Det Høyesterett trekker frem som avgjørende i en slik situasjon er om objektets rettssikkerhet er ivaretatt. Sentralt i vurderingen vil være om politiet har hatt tilstrekkelig kontroll med provokatøren, og om dette kan dokumenteres i ettertid.¹¹¹ Dommen viser at det med hensyn til rettssikkerheten går en grense for lovlig bruk av sivile som provokatører.

4.3.3 Krav til kontroll og notoritet

For å ivareta rettssikkerheten tilstrekkelig, bør det sikres at politiet bare anvender provokasjon i tilfeller vilkårene er oppfylt. Dette kan gjøres gjennom å kreve at det foreligger rutiner som sikrer at gjennomføringen lar seg etterprøve. I Rt 2000 s. 1482 uttalte Høyesterett at ved bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt må det:

¹¹⁰Jf NOU 2004:6 pkt 7.5.2.5.3

¹¹¹ Krav til kontroll og notoritet er et eget vilkår, jf oppgavens pkt 4.3.3. I rettspraksis vil problemstillinger knyttet til anvendelsen av sivile provokatører regelmessig bli knyttet opp mot dette vilkåret. Dette var også tilfellet i Trondheimsheroinsaken.

”...etableres en betryggende dokumentasjons- og kontrollordning [...] med sikte på å sikre påliteligheten av etterforskningsresultatet.”¹¹² Å sikre notoritet rundt etterforskningen er avgjørende for påliteligheten, og dermed en svært viktig rettssikkerhetsgaranti. Andorsen kaller dette kort og godt for bevissikringshensyn.¹¹³ Riksadvokaten oppstiller i tillegg et krav om at det alltid må være: ”...utarbeidet en plan for hvordan provokasjonshandlingen skal utføres.”¹¹⁴ At det er utarbeidet en plan på forhånd, kan klart være med på å sikre at politiet holder oversikten og har kontroll med gjennomføringen. På den andre siden er domstolene som kjent ikke bundet av riksadvokatens instruks. Dersom notoriteten omkring gjennomføringen er tilstrekkelig ivaretatt, vil det neppe være av betydning for aksjonens lovlighet, om det var utarbeidet en plan på forhånd. Om kravet til notoritet er oppfylt, vil bero på om domstolen, etter en konkret helhetsvurdering, finner dokumentasjonen tilstrekkelig til å kunne vurdere om etterforskningen ligger innenfor lovlige rammer.

I Skriksaken var kravet til kontroll og notoritet ikke oppfylt. Norsk politi hadde utarbeidet en plan i samarbeid med engelsk politi for å bringe maleriet ”Skrik” tilbake til Nasjonalgalleriet. To engelske agenter møtte tyvene og viste frem løsepenger. Det ble avtalt at maleriet skulle utveksles neste dag. På grunn av at de engelske agentene ikke avga forklaring, forelå ikke nærmere opplysninger om hvordan avtalen kom i stand. Høyesterett uttalte til dette at: ”...de to engelske agentenes opptreden i saken og dennes betydning for om domfelte har begått forsøk på heleri, var ikke i tilstrekkelig grad under kontroll av politiet, og aksjonen er ikke dokumentert eller belyst på den måten bruk av en så vidt ekstraordinær etterforskningsmetode bør være.” Dommen er et tydelig eksempel på hva som ikke godtas. På den andre siden er Skriksaken antakeligvis mindre retningsgivende i grensetilfeller. At hovedfokuset ikke var å få heleren tiltalt, men å få

¹¹² For saksforholdet se pkt 4.2.4. Se også Skriksaken og Tronheimsheroinnsaken.

¹¹³ Andorsen s. 16

¹¹⁴ Riksadvokatens rundskriv pkt. III 2.4

”Skrik” uskadet tilbake, antar jeg var av betydning for hvordan aksjonen ble gjennomført.

Det kreves ikke at politiet skal ha fullstendig kontroll med hendelsesforløpet for at aksjonen skal godtas. I Rt 2000 s. 1482 spanet politiet på en hasjleveranse fra den ble oppdaget og frem til overlevering. Forsvareren påstod, at ved å la handlingen gå sin gang, hadde politiet ikke kontroll med om narkotikaen kom på avveie. Høyesterett mente imidlertid at politiet fulgte: ”...overleveringen så pass tett at kontrollen med at partiet ikke skulle komme på avveie var tilstrekkelig.” For at vilkåret skal være oppfylt, kreves det således ikke at politiet kan dokumentere eksakt hva som har skjedd i alle ledd av hendelsesforløpet. På den andre siden vil nok kravet være strengere i tilfeller som Skriksaken der politiet deltok i en del av hendelsesforløpet som var avgjørende for straffbarheten.¹¹⁵ Jeg tenker da på at politiet fremstod som kjøpere og at det derfor var avgjørende å kunne dokumentere hvem initiativet til avtalen kom fra.¹¹⁶

4.3.4 Provokasjonen må være forenlig med prosessuelle grunnprinsipper

I rundskrivets pkt. III 2.4 oppstiller riksadvokaten som vilkår at provokasjonen ikke må: ”...være uforenlig med prosessuelle grunnprinsipper eller regler...” Det er grunn til å

¹¹⁵ Tilsvarende i Trondheimsheroinsaken

¹¹⁶ Jf pkt 4.2.1.2

anta at dette vilkåret er utformet med bakgrunn i Fengselsbetjentdommen.¹¹⁷ Her ble provokasjonen ansett for å være i strid med det grunnleggende rettsstatsprinsippet, at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har plikt til å bidra til egen domfellelse, jf strpl § 232, SP art. 14 nr. 3 bokstav g¹¹⁸ og EMK art. 6 nr. 1.

Saksforholdet i Fengselsbetjentdommen var at B hadde rømt fra et fengsel, og en fengselsbetjent, A, ble mistenkt for å ha bistått med flukten. A hadde vært fengslet i saken og avhørt flere ganger, men var løslatt. Under etterforskningen innledet politiet et samarbeid med en innsatt, C. I samtale mellom A og C, sa A seg villig til å hjelpe C med å rømme. C fikk organisert et møte mellom A og en som skulle hjelpe med rømningen. Medhjelperen var i virkeligheten en politimann, D, utstyrt med skjult båndopptaker. D fikk i dette møtet A til å innrømme at han hadde bistått ved Bs rømning. Spørsmålet i saken var om lydbåndet kunne føres som bevis i retten. For å komme frem til en løsning tok Høyesterett først stilling til om beviset var ulovlig ervervet. Førstvoterende trakk frem prinsippet i norsk rett om at den som er mistenkt for en straffbar handling, ikke har plikt til å forklare seg, jf strpl § 232. Videre pekte han på at Norge også er forpliktet gjennom internasjonale konvensjoner til å ivareta dette prinsippet, og han viser til SP art. 14 nr. 3 bokstav g og EMK art. 6 nr. 1.¹¹⁹ Etter dette legger førstvoterende til grunn at: "I dette tilfellet er A ved politiets bruk av C og politibetjent D blitt forledet til å forklare seg om den befatning som han etter politiets syn skal ha hatt med Bs rømning [...] uten at A selv hadde invitert til kontakt med C og

¹¹⁷ For en nærmere analyse av Fengselsbetjentdommen, se Strandbakken 2003 s. 195 flg. Strandbakken mener at Høyesterett tilla hensynet til selvinkriminering for stor vekt på bekostning av den materielle sannheten i denne saken.

¹¹⁸ FN-konvensjonen av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter

¹¹⁹ I folkeretten formuleres dette prinsippet som et forbud mot selvinkriminering. Forbudet kommer ikke direkte til uttrykk i EMK, men anses for å være innfortolket i kravet til "fair trial", jf EMK art. 6 nr. 1

D. Etter min mening har politiet ved den fremgangsmåte som ble valgt, ikke i tilstrekkelig grad respektert mistenktes rett til å forholde seg taus.”

Politiets hensikt med provokasjonen i Fængselsbetjentdommen var å skaffe bevis for en allerede begått straffbar handling, altså en bevisprovokasjon. Sentralt i avgjørelsen var at det allerede var innledet en prosess mot A, i og med at han allerede var siktet, og tidligere avhørt flere ganger. Tiltaleprovokasjon er etterforskningskritt som skjer før den straffbare handlingen har funnet sted. Prosessuelle prinsipper som gjør seg gjeldende ved bevisprovokasjon gjør seg dermed ikke gjeldende ved tiltaleprovokasjon. Dette taler for at vilkåret, om forenlighet med prosessuelle grunnprinsipper, bare gjelder for bevisprovokasjon. Synspunktet støttes av metodeutvalget, som bare nevner vilkåret i forbindelse med bevisprovokasjon.¹²⁰

5 Rettsvirkninger ved brudd på vilkårene

5.1 Innledning

Dette kapitlet handler om hvilken rettsvirkning brudd på vilkårene får for den strafferettslige forfølgningen av den som har vært utsatt for provokasjonen. Det forutsettes at det foreligger en fullbyrdet straffbar handling og at straffbarhetsbetingelsene¹²¹ er oppfylt. Utgangspunktet er da at gjerningsmannen skal

¹²⁰ NOU 2004: 6 pkt 7.5.4

¹²¹ Andenes 2004 s. 101 flg.

straffes. Dette kan imidlertid synes mindre rimelig i tilfeller der politiet, ved innhenting av bevisene, har gått frem i strid med vilkårene for provokasjon. Betenkelighetene gjør seg særlig gjeldende der politiet har fremprovosert den straffbare handlingen.

5.2 Brudd på grunnvilkåret

Dersom det er politiets handling som er årsak til at en straffbar handling blir begått, er etterforskningen ulovlig. Riksadvokaten fremhever i pkt. III 2.2 i rundskrivet at i slike tilfeller skal det ikke reises tiltale. Politi og påtalemyndighet kan imidlertid ha annen oppfattning enn domstolene, om hvor grensen for lovlig provokasjon går, slik at tiltale likevel blir reist. Spørsmålet er hva som blir rettsvirkningen i slike tilfeller. I den grunnleggende dommen, *Politiheroin 1*, angir førstvoterende tre mulige utfall av ulovlig provokasjon. Dersom tiltale er reist i et tilfelle av ulovlig provokasjon, er en av mulighetene at bevisene som er frembrakt ved provokasjonen, avskjæres. Videre nevnes som et alternativ at saken avvises. Dette alternativet synes lite gjennomtenkt. Avvisning forutsetter at vilkårene for provokasjon betraktes som en nødvendig prosessforutsetning, og da slik at denne mangler, i et tilfelle av ulovlig provokasjon. Andorsen mener det ikke er rettslig grunnlag for å oppstille et slikt alternativ.¹²² Hopsnes på sin side mener at denne type prosessforutsetning må kunne oppstilles på ulovfestet grunnlag, men at det da kan bli fare for gjentagende bevisføring.¹²³ Det siste mulige utfallet som skisseres er at tiltalte blir å frifinne. Høyesterett fant i *Politiheroin 1*

¹²² Andorsen s. 21

¹²³ Hopsnes s. 115

ikke grunn til å gå nærmere inn på disse tre alternativene, da grunnvilkåret ikke ansås brutt.

I Rt 1992 s. 1088¹²⁴ tar Høyesterett for første gang, riktignok i et obitet dictum, stilling til virkningen av ulovlig provokasjon. Førstvoterende gir uttrykk for at å anvende straff for handlinger som er fremprovosert av politiet, først og fremst vil: "...finnes støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet. ...". Han avfeier så at det i disse tilfellene mangler noen prosessforutsetning som kan gi grunnlag for avvisning, og uttaler: "...Jeg finner at man bør se det slik at det foreligger en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjonen. ...". Det synes uklart hva Høyesterett mener når de henviser til rettsstridsreservasjonen, i og med at en straffbar handling aldri kan bli rettmessig selv om den er fremkalt av politiet. Uttalelsen er kritisert i teorien.¹²⁵ Andorsen mener at det ville være mer korrekt å se det slik at det foreligger en ulovfestet unnskyldningsgrunn. Da kunne man la være å straffe gjerningsmannen, men handlingen betraktes fortsatt som rettsstridig.¹²⁶ Jeg er enig med Andorsen i at dette kunne vært et alternativ. På den andre siden mener jeg at Høyesteretts uttalelse kan tolkes slik at det er virkningen, frifinnelse, det siktes til ved sammenligningen med rettsstridsreservasjonen, og ikke det at handlingen blir rettmessig.

Selv om førstvoterende i Rt 1992 s. 1088 gir uttrykk for at frifinnelse bør være virkningen ved ulovlig provokasjon, viker han fra å oppstille dette som en generell regel. Han poengterer at spørsmålet kan oppstå i meget ulike situasjoner og synes deretter å legge til grunn at avgjørelsen må bero på en konkret avveining mellom de

¹²⁴ Saken gjaldt innførsel av 235 gram heroin. En polititjenestemann utga seg for å være kjøper. Anførselen om ulovlig provokasjon førte ikke frem.

¹²⁵ Andenæs 2000 s. 288 flg, Andorsen s. 22

¹²⁶ Andorsen s. 22

kryssende hensyn. Det virker derfor litt merkelig når Høyesterett i Skriksaken, med henvisning til Rt 1992 s 1088, slår fast at det følger av rettspraksis at tiltalte skal frifinnes dersom: "...det foreligger forledelse utover en slik ramme [ulovlig provokasjon]. Høyesterett legger altså til grunn at ulovlig provokasjon er en frifinnelsesgrunn, med henvisning til en dom, som med sine vage formuleringer, neppe kan tas til inntekt for en slik rettssetning. På tross av denne rettskildemessige uklarheten har rettsvirkningen ved ulovlig provokasjon, som ble lagt til grunn i Skriksaken, blitt fulgt opp i senere rettspraksis.¹²⁷ Også metodeutvalget bifaller at virkningen av ulovlig provokasjon skal være frifinnelse.¹²⁸ En må derfor trygt kunne slå fast at ulovlig provokasjon er en ulovfestet frifinnelsesgrunn.

5.3 Brudd på øvrige materielle krav

Kravet til mistanke er lite problematisert i rettspraksis. Det kan tyde på at når politiet går til det skritt å anvende provokasjon, vil vilkåret regelmessig være oppfylt. Siden det neppe vil bli konstatert brudd på mistankekravet, blir også den eventuelle rettsvirkningen av ren teoretisk interesse.

Kravet til alvorlig kriminalitet henger nært sammen med forholdsmessighetskravet. Jeg behandler derfor disse under ett, som et spørsmål om virkningen ved brudd på forholdsmessighetskravet. Det foreligger ingen Høyesterettsavgjørelser som har tatt stilling til dette. I Piratdrosje 1 konstaterte Høyesterett brudd på forholdsmessighetskravet, men siden tiltalte ble frifunnet på annet grunnlag, tok ikke

¹²⁷ Jf Trondheimsheroinsaken, Rt 2000 s. 1482 og Rt 2006 s. 120

¹²⁸ NOU 2004:6 pkt 10.7.5.2

Høyesterett stilling til virkningen av at kravet var overskredet. Et av de viktigste hensynene bak forholdsmessighetskravet er å sikre at ellers lovlige borgere ikke kriminaliseres. Faren for misbruk av metoden og kriminalisering av bestemte personer, ville øke dersom politiet kunne anvende provokasjon ved mindre alvorlige overtredelser. Dette fordi ved mindre etisk klanderverdige handlinger er det sannsynlig at noen og enhver kunne gi etter for provokasjon. Hopsnes tar på s. 120 til orde for at de sterke bakenforliggende hensyn tilsier at brudd på forholdsmessighetsprinsippet bør tillegges samme virkning som brudd på grunnvilkåret. Jeg er enig i at brudd på dette vilkåret er alvorlig og at det bør få konsekvenser. Men dersom etterforskningen ellers fremstår som forsvarlig, mener jeg at frifinnelse blir for sterk virkning. Uansett hvor stor fristelsen er, foreligger det ingen unnskyldning for å begå en straffbar handling!

5.4 Brudd på kravet til kontroll og notoritet

I Skriksaken ble tiltalte frifunnet fordi det forelå brudd på grunnvilkåret. Selv om det ikke var nødvendig for utfallet i saken, fant Høyesterett også grunn til å vurdere måten aksjonen ble gjennomført på. Høyesterett påpeker at aksjonen på flere punkter avviker fra riksadvokatens instruks. For det første var det ikke innhentet samtykke fra kompetent myndighet, verken riksadvokaten eller statsadvokaten hadde behandlet saken. Videre forelå ingen detaljert plan, og løsepengene som ble benyttet var ikke offentlige norske midler. Politiet hadde heller ikke god nok kontroll med de to engelske agentenes opptreden, og aksjonen var ikke i tilstrekkelig grad dokumentert. Etter denne gjennomgangen konkluderer Høyesterett med at etterforskningen var: "...beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for

domfellelse [...] Jeg kan ikke se annet enn at vi her står ovenfor en ulovfestet frifinnelsesgrunn, slik at A må frifinnes også på dette grunnlag.”

I Skriksaken fastslår altså Høyesterett at også brudd på kravet til kontroll og notoritet er en ulovfestet frifinnelsesgrunn. Det samme legges senere til grunn i Trondheimsheroinsaken. Også her mente Høyesterett at politiets etterforskning led av så store mangler at det ikke var grunnlag for domfellelse. Det var særlig politiets bruk av den sivile provokatøren, tilhørende narkotikamiljøet, som ble ansett uforsvarlig.

Når Høyesterett kommer frem til at kravet til kontroll og notoritet er brutt, er det etter en samlet vurdering av flere prosessuelle feil. I saker der det for eksempel bare har vært tale om manglende beslutning fra kompetent myndighet, har feilen ikke blitt tillagt vekt. I Rt 2007 s. 268¹²⁹ uttaler Høyesterett om det manglende samtykket fra statsadvokaten: ”...Under ingen omstendighet kan brudd på denne interne instruks føre til frifinnelse når den benyttede metoden anses forsvarlig.” At det er gjort *en* feil, vil således ikke tillegges betydning så lenge fremgangsmåten sett under ett fremstår forsvarlig. Bare i tilfeller der aksjonen etter en samlet vurdering lider av så store mangler at bevisgrunnlaget ikke er tilfredsstillende, vil det bli tale om frifinnelse.

Det kan stilles spørsmål ved at rettsvirkningen, ved brudd på kontrollkravet, er den samme som ved brudd på grunnvilkåret.¹³⁰ Det er unektelig ulikheter mellom etterforskning som fremkaller en straffbar handling, som ellers ikke ville blitt begått, og etterforskning som lider av ulike mangler. I forhold til brudd på grunnvilkåret er spørsmålet av ren materiell art (skyldspørsmålet), mens brudd på kravet til kontroll og notoritet er av prosessuell art (saksbehandlingsfeil). Det kan virke urimelig at feil ved

¹²⁹ Se også Rt 2000 s. 1482.

¹³⁰ Se også Andorsen s. 16-17

saksbehandlingen skal få samme konsekvens som når politiet har fremkalt lovbruddet. I de tilfellene det ”bare” foreligger saksbehandlingsfeil, er det på det rene at handlingen ville blitt begått uten politiets innblanding, noe som kan tale for at gjerningsmannen bør straffes uansett. På bakgrunn av dette kan det være nærliggende å anta at begrunnelsen for frifinnelse i disse tilfellene bygges på hensyn til å skulle skjerpe politiets etterlevelse av kravene til forsvarlig etterforskning. Andorsen skriver imidlertid på s. 24 at en slik begrunnelse – å ”straffe” – politiet ved å frifinne gjerningsmannen, er dårlig i samsvar med norsk rettstenkning. Jeg mener at prevensjonshensyn kan være en del av begrunnelsen, men slik jeg oppfatter rettspraksis på området, er det hovedsakelig beviskravet som vektlegges. Med det strenge beviskravet som stilles i straffesaker, vil det være vanskelig å ta stilling til om den straffbare handlingen er fremprovosert av politiet, dersom etterforskningen lider av flere alvorlige feil, og av den grunn mangler notoritet.

5.5 Brudd på kravet til forenlighet med prosessuelle grunnprinsipper

I pkt 4.9 ble det lagt til grunn at vilkåret om forenlighet med prosessuelle grunnprinsipper bare gjelder i forhold til bevisprovokasjon. Spørsmålet er da hvilken virkning det får for objektet at politiet har gått frem i strid med dette vilkåret. I Fengselsbetjentdommen slo Høyesterett fast at beviset som var skaffet til veie gjennom bevisprovokasjonen, var innhentet i strid med mistenktes rett til å forholde seg taus.¹³¹ Beviset ble vurdert som ulovlig ervervet, og Høyesterett stilte spørsmål om det

¹³¹ For saksforholdet, se pkt 4.9.

på dette grunnlag skulle avskjæres. Førstvoterende uttrykker at avgjørelsen beror på en konkret vurdering. Han uttaler at det blant annet må legges vekt på om føring av beviset vil representere en fortsettelse av det rettsbrudd innhenting av beviset representerte. I så tilfelle må beviset avskjæres. Fremleggelse av bevis innhentet i strid med retten til å forholde seg taus, var etter Høyesteretts mening en ytterligere rettskrenkelse. Lagmannsrettens dom ble opphevet fordi beviset frembrakt ved provokasjonen skulle vært avskjært.

Har politiet ved en bevisprovokasjon gått frem i strid med vilkåret om forenlighet med prosessuelle grunnprinsipper, kan dette altså få den virkning at beviset avskjæres. Bruddet får således ikke direkte rettsvirkning for objektet. Indirekte vil det likevel få betydning, fordi domstolen ikke kan bygge på beviset som er frambrakt ved provokasjonen, og grunnlaget for å avsi fellende dom kan dermed bli for tynt. Dersom det aktuelle beviset var påtalemyndighetens hovedbevis i saken, må virkningen for objektet regelmessig bli frifinnelse.

6 Litteraturliste

Juridisk litteratur

- Andenæs 2000 Andenæs, Johs. Norsk Straffeprosess, bind I 3. utgave 2000.
- Andenæs 2004 Andenæs, Johs. Alminnelig Strafferett. 5. utgave 2004 ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn
- Andenæs 2008 Andenæs, Johs. Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene. Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen, 2008.
- Andorsen Andorsen, Kjell. Provokativ etterforskning. Jussens Venner 1/2001
- Auglend mfl Auglend, Ragnar L., Henry John Mæland og Knut Røsandhaug, Politirett. 2. utgave 2004
- Bjerke/Keiserud Bjerke, Hans Krisian og Eirik Keiserud. Straffeprosessloven, bind II. 3. utgave 2009
- Dorenfeldt Dorenfeldt, L.J. Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker? Lov og Rett 1978.
- Fredriksen Fredriksen, Steinar. Innføring i straffeprosess. 2. utgave 2009
- Gammeltoft-Hansen Gammeltoft-Hansen, Hans. Agent Controlleur. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1984.
- Gisle Gisle, Jon. Jusleksikon. 2. utgave 2005
- Hopsnes Hopsnes, Roald. Provokasjon som politimetode. Jussens Venner 2/ 2003.
- Mohn-Rieber Mohn-Rieber, Georg Fredrik. Etterforskning og påtalemyndighet. Nytt i strafferetten nr. 2 1996.
- Myhrer Myhrer, Tor-Geir. Påtalemyndighetens praksis som rettskilde. Tidsskrift for rettsvitenskap 2003.
- Nygaard Nygaard, Nils. Rettsgrunnlag og standpunkt. 2 utgave 2004

Eskeland Eskeland, Ståle. Strafferett, 2. utgave 2006
Strandbakken Strandbakken, Asbjørn. Uskyldspresumsjonen ”In dubio pro reo”
2003

Forarbeider

Ot.prp. nr. 35 (1978-79) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker

Innst. O. nr. 37 (1980-81) Innstilling fra justiskomiteen om rettergangsmåten
i straffesaker

NOU 1997:15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet

Ot. Prp. Nr. 64 (1998-99) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven
m.v (etterforskningsmetoder m.v)

Innst. O. nr. 3 (1999-2000) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i
straffeprosessloven og straffeloven m.v (etterforskningsmetoder m.v)

NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern (Politimetoder i forebyggende øyemed)

Ot. prp. Nr. 60 (2004-05) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven
(romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)

Innst. O. nr. 113 (2004-05) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i
straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre
alvorlig kriminalitet)

Rettspraksis

Rt. 1984 s. 1076 Politiheroin 1

Rt. 1986 s. 779
Rt. 1990 s. 531
Rt. 1992 s. 1088 Politiheroin 2
Rt. 1993 s. 473 Piratdrosje 1
Rt. 1994 s. 319 Piratdrosje 2
Rt. 1998 s 407 Skriksaken
Rt. 1999 s. 1269 Fængselsbetjentdommem
Rt. 2000 s. 966 Bøhlerdommen
Rt. 2000 s. 1223 Trondheimsheroinsaken
Rt. 2000 s. 1482
Rt. 2003 s. 549
Rt. 2006 s. 120
Rt. 2007 s. 268
Rt. 2008 s. 1659

EMD

Tyrer mot Storbritannia. Klagesak nr 5856/72

Rundskriv fra riksadvokaten

Riksadvokatens retningslinjer fra 1980 for bruk av provokasjon i narkotikasaker, gjengitt i NOU 1997:15 pkt 4.2.8.5

Riksadvokatens rundskriv av 22. desember 1999 nr. 3. Etterforskning.

Riksadvokatens rundskriv av 26. april 2000 nr. 2. Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode.