



Politiprovokasjon som etterforskningsmetode og straffrihetsgrunn

av Sigurd Eggen

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2010*

1 INNLEDNING	1
1.1 Tema og problemstilling	1
1.2 Begrepsavklaring	2
1.3 Avgrensning	2
1.3.1 Lignende metoder	2
1.3.2 Bevisprovokasjon	3
1.3.3 Utenlandsk rett	3
1.4 Videre fremstilling	3
2 HVA ER POLITIPROVOKASJON?	4
2.1 Metoden	4
2.2 Rettskildene	5
2.3 Skillet mellom infiltrasjon og provokasjon	6
3 DE ULIKE TYPENE POLITIPROVOKASJON	7
3.1 Tiltaleprovokasjon	7
3.2 Avvergende provokasjon	8
3.2.1 Provokasjon som forebyggende middel	8
3.2.2 Provokasjon som reddende middel	9
3.3 Konstitutiv provokasjon	10
4 HENSYN BAK REGLENE	10
4.1 Politiets ansvar og målsetning	10
4.2 Kriminalitetsbekjempelse	11
4.3 Rettssikkerhetshensyn	12
4.3.1 Kriminalisering	13
4.3.2 Notoritet	14
4.3.3 Misbruk	15
4.3.4 Personvern	15
4.3.5 Tillit	16
4.3.5.1 Befolkningens tillit til politiet	17
4.3.5.2 Domstolenes tillit til politiet	17
5 GRENSEN MELLOM LOVLIG OG ULOVLIG PROVOKASJON	18
5.1 Grensedragningen	19
5.2 Grunnvilkåret	19
5.2.1 Initiativfaktoren	19

5.2.2 Markedsfaktoren	20
5.2.3 Betingelseslæren	22
5.3 Akseptable endringer	23
5.3.1 Endringer i tid	24
5.3.2 Endringer i sted	25
5.3.3 Endringer i utførelse	26
5.4 Øvrige materielle vilkår	27
5.4.1 Kravet om mistanke	27
5.4.2 Kriminalitetskravet	28
5.4.2.1 Forholdsmessighet	30
5.4.3 Indikasjonskravet	31
5.5 Prosessuelle og formelle krav og vilkår	32
5.5.1 Kompetansekravet	33
5.5.2 Krav om kontroll over etterforskningen	34
5.5.3 Krav til provokatøren	35
5.5.4 Fornærmedes interesse	37
5.5.5 Kravet om plan og dokumentasjon	38
6 VIRKNINGEN AV PROVOKASJON	39
6.1 Virkningen av lovlig provokasjon	39
6.1.1 Straffansvar for provokatøren?	40
6.2 Virkningen av ulovlig provokasjon	40
6.2.1 Straffrihet	41
6.2.2 De øvrige alternativ	44
6.2.2.1 Avvisning	44
6.2.2.2 Bevisavskjæring	45
6.2.2.3 Opphevelse	45
6.2.2.4 Straffenedsettelse	46
6.3 Høyesteretts kompetanse	46
7 FORHOLDET TIL EMK	48
7.1 EMK artikkel 6	49
7.2 EMK artikkel 8	50
8 BØR PROVOKASJONSREGLENE LOVFESTES?	51
9 LITTERATURLISTE	55
10 VEDLEGG	58

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Nye tider krever nye metoder. I trettiårsperioden mellom 1968 og 1998 steg antallet etterforskede narkotikaforbrytelser fra 201 til 30291.¹ Den eksplosive økningen i antall forhold, synliggjør ikke bare en bekymringsverdig samfunnsutvikling, men også det faktum at slike forhold opptar en større og større del av politiets og påtalemyndighetens hverdag.

Ofte er det vanskelig for politiet å få god nok etterretning i narkotikamiljøer. Miljøene fremstår som lukkede og organiserte, og sjelden ser noen av de involverte på seg selv som ofre for narkotikahandelen – det man i strafferettslig språkbruk vil kalle fornærmet. Dette vanskeliggjør politiets arbeid, og krever tidvis etterforskningsmetoder som kan beskrives som utradisjonelle. En av metodene som bevisst eller ubevisst har etablert seg, spesielt i narkotikasaker, er den såkalte politiprovokasjonen. Behovet for å bruke provokasjon har økt og vil sannsynligvis fortsette å øke også i fremtiden.

Provokasjon som metode ble innledningsvis kun brukt for å etterforske narkotikaforbrytelser. Kriminalitetsutviklingen i samfunnet, og særlig tendensene til organisering og større grad av kynisme, også på andre kriminalitetsområder, har medført at bruksområdet for provokasjon også har blitt utvidet.

Det er sikker rett at politiets adgang til å provosere frem lovbrudd ikke er ubegrenset.² Begrensningene er hovedsaklig begrunnet i rettssikkerhetshensyn for provokasjonens objekt, men også andre hensyn har spilt en rolle i regelutformingene. Denne oppgavens tittel innebærer en todeling mellom provokasjon som etterforskningsmetode og provokasjon som straffrihetsgrunn. Hovedmålet med den rettsdogmatiske redegjørelse vil dermed være å undersøke hvor grensen mellom lovlig og ulovlig politiprovokasjon går, hvilke hensyn som ligger bak reglene og hva følgene av en eventuell overtredelse vil være.

¹ Se vedlegg 1, <http://www.ssb.no/emner/00/aar2000/ttab-1999-09-01-01.html>

² Se blant annet Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I)

1.2 Begrepsavklaring

Politiprovokasjon har historisk sett vært beskrevet på forskjellige måter, blant annet som ”etterforskning med provokasjonstilsnitt”.³ Den nåværende forståelse av begrepet politiprovokasjon, må anses å dekke både det som bedømmes som lovlig og ulovlig provokasjon. Andorsen fremhever at denne begrepsbruken ikke er udelt heldig, grunnet den implisitte oppfatning av at politiet har gjort noe klanderverdig.⁴ Likevel er den blant annet lagt til grunn i NOU 2004:6.⁵ Da bruken av begrepet ser ut til å ha satt seg, vil politiprovokasjon også i denne fremstilling bli brukt som et fellesbegrep for både lovlig og ulovlig provokasjon.

1.3 Avgrensning

Emnet politiprovokasjon er bredt og sammensatt, og både av strukturelle og plassmessige hensyn vil ikke alle relevante problemstillinger bli behandlet her. Med ett unntak, vil ikke rene prosessuelle spørsmål, som bevisbyrdekrav, feil ved tiltalebeslutning eller andre feil og mangler ved etterforskningen, bli behandlet.

1.3.1 Lignende metoder

Flere etterforskningsmetoder har trekk som ligner på politiprovokasjon. Ett eksempel er de såkalte lokkeduetilfellene, hvor politiet plasserer ut et agn som skal friste den kriminelle til å begå lovbrudd, for eksempel en ulåst bil i et område med mange biltyverier. Politiet har her ikke direkte kontakt med gjerningsmannen, og lovbruddet skapes av hans egen reaksjon på agnet. Metoden skiller seg også fra provokasjonen når man ser på hvilke hensyn som gjelder for begrensninger i bruken, og vil av den grunn ikke bli videre behandlet.

Andre lignende metoder som inngår i avgrensningen er infiltrasjon, kontrollert leveranse og salgsprovokasjon. Sistnevnte metode er en underkategori av lokkeduetilfellene, og brukes som betegnelse på en situasjon hvor eksempelvis en passiv politimann blir tilbudt narkotika av en selger.

³ Se Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I (s. 1080)).

⁴ Kjell V. Andorsen, ”Proaktiv politietterforskning”, *Jussens venner 2001*, s. 1-27, her s. 3.

⁵ NOU 2004:6, ”Mellom effektivitet og personvern, politimetoder i forebyggende øyemed”, s. 83

1.3.2 Bevisprovokasjon

Bevisprovokasjon skiller seg fra normal provokasjon ved at provokasjonshandlingen skjer *etter* at den straffbare handling er begått. Målet med provokasjonen er derfor å skaffe bevis for at objektet har begått handlingen. Skillet ble uttalt i Rt. 1999 s. 1269

(Verksmesterdommen): ”Etter min oppfatning antar provokasjonshandlinger som tar sikte på å fremskaffe beviser for straffbare handlinger som er begått, så forskjellig karakter, at det ikke kan oppstilles felles retningslinjer for når slike provokasjonshandlinger kan aksepteres som lovlige etterforskningskritt” (s. 1271). Det ble videre pekt på at særlige hensyn gjorde seg gjeldende for bevisprovokasjon.

Bevisprovokasjon som tema, og da spesielt problemstillingene som oppstår i forhold til selvinkriminering, er såpass på siden av den alminnelige politiprovokasjon, at dette ikke vil bli videre behandlet.

1.3.3 Utenlandsk rett

Det vil i liten grad være nødvendig å bruke rettskilder fra utlandet i redegjørelsen. I politiprovokasjonens innledning i Norge var reglene uklare, og man så gjerne til nabolandene for inspirasjon. Nå foreligger det imidlertid nasjonale rettskilder som gir godt grunnlag for fremstillingen. Noen sammenligning med andre land vil dermed ikke kunne bidra med avgjørende momenter rettskildemessig, og inngår derfor i avgrensningen.

1.4 Videre fremstilling

Innledningsvis vil det være nødvendig å redegjøre generelt for hva politiprovokasjon er, og herunder klargjøre skillet mellom infiltrasjon og provokasjon. Det vil deretter komme en fremstilling av hvilke typer provokasjon som er relevante.

Videre vil jeg redegjøre for de hensyn som ligger bak de nåværende reglene om politiprovokasjon. Hensynene henger nært sammen og må vektlegges forskjellig for hver

regel. Deretter er det naturlig med en fremstilling av de materielle og formelle regler, krav og vilkår som gjelder for politiprovokasjon som metode, og videre hvilke virkninger provokasjon medfører. Som et enslig prosessuelt spørsmål er punktet om Høyesteretts kompetanse tatt inn i sistnevnte kapittel.

Emnet krever også at forholdet til Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen⁶ kort blir fremstilt, og avslutningsvis vil jeg kort drøfte hvorvidt reglene om politiprovokasjon bør lovfestes.

Hvordan politiprovokasjon, både som etterforskningsmetode og straffrihetsgrunn, har utviklet seg historisk sett, vil fremgå på de naturlige steder i selve oppgaveteksten.

2 Hva er politiprovokasjon?

2.1 Metoden

Politiprovokasjon er for mange et ullent begrep. Enkelte forbinder det med eksempelvis med provokasjonsbegrepet i straffeloven⁷ § 228, tredje ledd, mens andre antar at det er snakk om tilfeller beslektet med politivold. I denne sammenheng vil ingen av delene være korrekte.

Provokasjonen som er tema i denne fremstilling, innebærer at politiet, eller en sivil medhjelper, i det skjulte styrer et hendelsesforløp som fører til en straffbar handling. Riksadvokaten har definert provokasjon som ”når politiet ved infiltrasjon eller bruk av personer påvirker straffbare handlinger som andre foretar”.⁸ Formålet med provokasjonen er normalt å sikre bevis i de saker det erfaringsmessig har vist seg vanskelig å gjøre nettopp dette, men kan også begrunnes i et ønske om kontroll med det videre hendelsesforløp.⁹ Det er antatt at det er spesielt i narkotikasaker metoden kommer til bruk.¹⁰

⁶ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. mai 1950, heretter forkortet EMK.

⁷ Lov av 22. mai 1902 nr. 10, Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven).

⁸ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000, ”Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode”, s. 3.

⁹ Rundskriv nr. 2/2000, s. 3

¹⁰ Se NOU 2004:6 s. 83

Det er på det rene at provokasjon både kan anses som en etterforskningsmetode og en forebyggende metode. Utgangspunktet etter straffeprosessloven¹¹ § 224 er at den straffbare handling må være begått for at etterforskning skal iverksettes. Unntak kan imidlertid tenkes om det er snakk om en fortsatt forbrytelse, eller om politiet har et annet grunnlag for etterforskning mot den aktuelle personen.

Ofte vil provokasjonen bli foretatt før noe kriminelt er begått. Politiet får eksempelvis et tips om at en narkotikahandel er i gjære, og foretar en provokasjonshandling rettet mot en av de involverte. Flertallet av politimetodeutvalget bak NOU 2004:6 mener at politiprovokasjon i slike tilfeller må anses som en forebyggende handling, og ikke en etterforskningsmetode.¹² Skillet vil ofte være diffust, og variere etter hvilken type provokasjon det er snakk om. Riksadvokaten synes å legge vekt på formålet med handlingen.¹³ For fremskaffelse av bevis til bruk i straffeforfølgning, anses metoden her som et etterforskningsmiddel, med de strengere vilkår som da vil gjelde i forhold til avvergende provokasjon.¹⁴

2.2 Rettskildene

Reglene om politiprovokasjon er ulovfestede, noe som var et bevisst valg fra lovgiverne.¹⁵ Det må derfor kort redegjøres for hvilke rettskilder som ligger bak fremstillingen.

Innledningsvis bygde man på riksadvokat Dorenfeldts instruks,¹⁶ og ønsket at domstolene skulle utvikle reglene. Dette ble akseptert av Høyesterett i den grunnleggende dom Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I (s. 1079)).¹⁷ Ordningen medfører at praksis fra Høyesterett er den mest sentrale rettskilden. Det spesielle er at Høyesterett på dette område ikke bare tolker rettsreglene, men også i stor grad har skapt dem selv.

¹¹ Lov 1981-05-22 nr. 25: Lov om rettergangsmåten i straffesaker

¹² Jf. NOU 2004:6 s. 84

¹³ Rundskriv nr. 2/2000, s. 3.

¹⁴ Se punkt 3.2

¹⁵ Se Ot.prp. nr.35 (1978/79) s. 179

¹⁶ Lauritz J. Dorenfeldt, "Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?" *Lov og Rett* 1978, s. 291-303.

¹⁷ For mer utfyllende historikk rundt dette, se kapittel 8.

Riksadvokatens gjeldende rundskriv¹⁸ om politiprovokasjon ble gitt ut i 2000, og er fremdeles en viktig rettskilde. Rundskrivet har preg av intern instruks, men inneholder også riksadvokatens tolkning av Høyesterettspraksis, noe som gjør at det som kilde må ha vekt.

Selv om reglene om politiprovokasjon er ulovfestede, betyr ikke dette at det ikke foreligger forarbeider. Mest sentral er politimetodeutvalgets NOU 2004:6 "Mellom effektivitet og personvern, politimetoder i forebyggende øyemed", men som det fremgår av fremstillingen, har politiprovokasjon vært oppe til utredning også før dette. Politimetodeutvalget vektlegger Roald Hopsnes artikkel "Provokasjon som politimetode"¹⁹ i sin utredning. Da emnet ellers er lite behandlet i øvrig juridisk teori, må denne artikkelen, samt Kjell V. Andorsens "Proaktiv politietterforskning",²⁰ tillegges vekt som rettskilder.

Avslutningsvis er praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) en viktig rettskilde, også i norsk rett, noe som redegjøres for i kapittel 7.

2.3 Skillet mellom infiltrasjon og provokasjon

Infiltrasjon er en etterforskningsmetode som har flere likhetstrekk med provokasjon. Ved å utgi seg for å være en annen enn man egentlig er, kan en polititjenestemann eller medhjelper infiltrere et kriminelt miljø, og i kraft av sin nye posisjon innhente informasjon man ellers vanskelig ville fått tilgang til.

Det er likevel en forskjell på de rene infiltrasjonshandlinger, og de rene provokasjonshandlinger. Ifølge Hopsnes ligger forskjellen i at ved en provokasjon *styrer* politiet den straffbare adferden, mens en infiltratør forholder seg *passiv* i forhold til objektets straffbare handling.²¹ Synspunktet har støtte i NOU 2004:6,²² som også poengterer at styringen og påvirkningen skjer psykisk. Følgen av dette er at en infiltrasjon ofte kan gli over til å bli en provokasjon, avhengig av politiets eller medhjelperens opptreden. Det avgjørende moment vil være hvorvidt hendelsesforløpet er påvirket eller ikke.

¹⁸ Rundskriv 2/2000

¹⁹ Roald Hopsnes, "Provokasjon som politimetode", *Jussens venner* 2003, s. 62-130.

²⁰ *Jussens venner* 2001, s. 1-27.

²¹ Hopsnes, *Jussens venner* 2003, s. 78

²² Se s. 84.

Som jeg vil komme tilbake til i kapittel 4, er det flere reelle hensyn som ligger bak begrensningene i provokasjonsadgangen. Så lenge politiet i sin etterforskning ikke glir over på provokasjonsstadiet, vil eksempelvis sentrale hensyn som kriminaliserings- eller misbruksfare ikke gjøre seg like gjeldende.²³ Bruken av infiltrasjon er derfor ikke underlagt like sterke begrensninger som provokasjonen.

3 De ulike typene politiprovokasjon

I forarbeider og juridisk teori er politiprovokasjon ofte inndelt i flere typer, som hver for seg har forskjellige kjennetegn og begrensninger. Typeinndelingene varierer noe, både i omfang og innhold, men i all hovedsak synes det å være en konsensus om inndelingen av de mest relevante typene provokasjon.

I NOU 2004:6²⁴ velger man å foreta inndelingen etter hva informasjonen som fremkommer skal brukes til. Da det er på det rene at de forskjellige typer provokasjon har forskjellige begrensninger, betyr dette at politiet forut for provokasjonshandlingen må ha et mål med provokasjonen. Dette må ses i sammenheng med de prosessuelle og formelle krav.²⁵

3.1 Tiltaleprovokasjon

Ved bruk av tiltaleprovokasjon ønsker politiet å reise tiltale mot en eller flere mistenkte med grunnlag i provokasjonen.²⁶ Eksempelvis kan politiet ha fått tips om at et parti narkotika skal føres over grensen. De utgir seg så for å være interessert kjøper, og hvis man får i stand en handel, kan man på bakgrunn av provokasjonen tiltale de involverte for innføring og salg av narkotika. Videre, og kanskje viktigere, øker dette sannsynligheten for at politiet får tak i personer høyere opp i narkotikanæringskjeden.

Tiltaleprovokasjon må antas å være den mest anvendte provokasjonstypen, og det er gjerne i disse tilfellene kriminaliserings- og misbruksfaren i hovedsak gjør seg gjeldende. Det

²³ Se Hopsnes s. 78

²⁴ Se s. 83

²⁵ Se punkt 5.5

²⁶ Se NOU 2004:6 s. 84

avgjørende, som det vil bli redegjort for i punkt 5.2 flg., er at politiet selv ikke har skapt kriminaliteten, men at den ville skjedd uavhengig av politiets provokasjon.

3.2 Avvergende provokasjon

En annen type provokasjon er provokasjon som forebyggende eller reddende middel, såkalt avvergende provokasjon. Politiets mål med provokasjonen vil da typisk være å forebygge kriminalitet eller å sikre seg kontroll over en gjenstand en person ulovlig besitter.

3.2.1 Provokasjon som forebyggende middel

Politiet kan på et tidlig stadium i etterforskningen benytte provokasjon for å hindre at et narkotikaparti kommer ut i samfunnet, i stedet for å la lovbruddet gå sin gang, med det resultat at det medfører straffesaker for de involverte, og risiko for at deler av partiet kommer utenfor politiets kontroll. Ved bruk av provokasjon som forebyggende middel, oppfyller politiet sin oppgave om å forebygge kriminalitet, jf. politiloven²⁷ § 2 (2). Samtidig slipper potensielle lovbrøyttere i mange tilfeller unna straff, ofte fordi de ikke har gått fra planleggingsstadiet og over til enten forsøksstadiet eller fullbyrdet forbrytelsen. Avveiningen mellom hensynet til potensielle lovbrøyttere – man kan hindre at borgere blir lovbrøyttere - og hvilken grad samfunnet trenger beskyttelse²⁸ er noe politiet og påtalemyndigheten må vurdere fra sak til sak, og det er vanskelig å peke på noen fast praksis for når de forskjellige alternativene velges.

Et nylig eksempel som er i grenseland mellom avvergende provokasjon og ren avbrytelse beskrives i artikkelen ”- Vi kunne ikke sett foreldrene i øynene” publisert av Verdens Gang 31.1.2010.²⁹ Politiet hadde klare indikasjoner på at to mindreårige jenter skulle på smuglertur til Brasil, men stanset dem før de gikk på toget til flyplassen. De fikk dermed ikke muligheten til å følge stoffet på dets reise, og ofret i realiteten det som kunne blitt verdifull informasjon om et smuglernetverk.

²⁷ Lov 1995-08-04 nr. 53: Lov om politiet

²⁸ Samfunnet kan trenge beskyttelse fra både den potensielle lovbrøytteren og eksempelvis narkotikaen som kan være planlagt innført.

²⁹ <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=591476>

3.2.2 Provokasjon som reddende middel

Noe annerledes enn de forebyggende tilfellene, er sakene hvor politiet foretar provokasjon som et reddende middel. I slike tilfeller kan et lovbrudd allerede være begått, og politiets målsetning vil være å sikre seg kontroll over objektet for den kriminelle handling.

Et eksempel en slik redningsaksjon er Rt. 1998 s. 407 (Skrik). I forbindelse med tyveriet av maleriet ”Skrik” brukte politiet provokasjon som etterforskningsmetode. Det lyktes å få rådighet over maleriet, og det ble tatt ut tiltale mot en person for forsøk på heleri. Domstolene sto altså til slutt overfor både en tiltaleprovokasjon og en avvergende provokasjon.

Om den avvergende provokasjonen, selve redningen av maleriet, fant Høyesterett grunn til å understreke at ”... den aksjon politiet iverksatte i ”Skrik”-saken, hadde som overordnet og prisverdig mål å bringe maleriet i uskadet stand tilbake til Nasjonalgalleriet. Som redningsaksjon var politiets handlemåte vellykket, og jeg ser ikke noe ulovlig eller urettmessig ved den som redningsaksjon betraktet” (s. 409).

Den tiltalte ble imidlertid frifunnet for heleriforsøket, da det av flertallet ble ansett at han ved politiets aksjon ble forledet til å begå en handling han ellers ikke ville begått, et brudd på det såkalte grunnvilkåret.³⁰ Tiltaleprovokasjonen ble med andre ord ansett som ulovlig. Som følge av at en avvergende provokasjon og en tiltaleprovokasjon ble bedømt forskjellig i samme sak, presenterer det seg et vesentlig avvik mellom de to metodene: For avvergende provokasjon gjelder ikke grunnvilkåret.

Avvergende provokasjon skiller seg fra tiltaleprovokasjon nettopp ved at provokasjonens mål ikke er å ta ut tiltale mot enkeltindivider. Dette medfører at de rettssikkerhetshensyn som setter skranker for bruken av tiltaleprovokasjon, ikke gjør seg gjeldende med samme tyngde. Den naturlige følge av dette, er at begrensningene også blir færre, noe som har støtte i blant annet Riksadvokatens rundskriv.³¹

³⁰ Se punkt 5.2

³¹ Rundskriv nr. 2/2000, s. 6.

3.3 Konstitutiv provokasjon

Konstitutiv provokasjon er i juridisk teori³² brukt som betegnelse på situasjoner hvor politiet fremprovoserer den kriminelle handling, noe som normalt vil gjøre provokasjonen ulovlig. Det er derfor helt sentralt å klarlegge hvor grensen mot konstitutiv provokasjon går, noe som vil bli behandlet i kapittel 5.

4 Hensyn bak reglene

For at provokasjon skal være et lovlig etterforskningsmiddel, er det flere vilkår som må være oppfylt. Vilkårene kan variere etter type provokasjon, men felles for de alle er at det i større eller mindre grad foreligger begrensninger.

I motsetning til brorparten av de øvrige strafferettslige og straffeprosessuelle regler, er reglene om provokasjon ulovfestede. De skranker og begrensninger politi og påtalemyndighet må forholde seg til, er i all hovedsak utviklet gjennom rettspraksis, med inspirasjon og støtte blant annet fra riksadvokatens tjeneste- og rundskriv.³³ Dette medfører imidlertid ikke noe skarpt skille mellom provokasjonsreglene og de øvrige prosessuelle regler, derimot kan vilkårene sies å være ”utledet av de alminnelige prosessuelle grunnkrav”, jf. riksadvokaten.³⁴ Synet bekreftes i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I), hvor det uttales: ”I mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie” (s. 1079).

4.1 Politiets ansvar og målsetning

Før det redegjøres for hovedhensynene, er det relevant å se på politiets overordnede ansvar og målsetning, som det fremgår av politiloven. Dette må antas å gjenspeile seg også i de hensyn rettspraksis har lagt til grunn skal være bestemmende for provokasjonsmetodens begrensninger.

³² Se blant annet Hopsnes, Jussens Venner 2003, s. 65

³³ I NOU 1997: 15, ”Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet”, punkt 4.2.8.5 opplistes de såkalte ”riksadvokatens 8 punkter”. P.t. er rundskriv 2/2000 gjeldende regulering.

³⁴ Rundskriv nr. 2/2000, s. 3

Politi-loven § 1 andre ledd fremhever at politiet skal ”fremme og befeste borgernes rettssikkerhet, trygghet og alminnelige velferd for øvrig”. Dette må ligge i bunn for alt av politiets virksomhet, og det er verdt å merke seg at rettssikkerhet allerede her spesifikt nevnes.

Politiets oppgaver står beskrevet i § 2. De mest relevante i denne sammenheng finnes i andre og tredje ledd. Andre ledd sier at politiet skal ”forebygge kriminalitet”, mens tredje ledd sier at politiet skal ”avdekke og stanse kriminell virksomhet og forfølge straffbare forhold”. Som drøftet under punkt 3.2 kan disse oppgavene tidvis komme i konflikt med hverandre. Kniper man lovbrutere på et så tidlig stadium at man forebygger jf. § 2 andre ledd, risikerer man å ikke avdekke bakmennenes kriminelle virksomhet, slik § 2 tredje ledd krever.

Det vil alltid være mange hensyn å vektlegge ved bedømmelsen av en politiprovokasjon. Provokasjonens målsetning og eventuelle suksess kan være forskjellig sett fra politiets, samfunnets eller den fornærmedes perspektiv, og det vil derfor ikke kunne gis en formel for korrekt vektning for hvert enkelt tilfelle. Hopsnes mener at ”det er høyst usikkert hvilke hensyn som er styrende for regeldannelsen”.³⁵ Dette er å gå noe langt. Reglene er blitt til gjennom rettspraksis, og selve hovedhensynene kommer relativt klart frem i domsgrunnene, spesielt i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) som de fleste etterfølgende dommer bygger på. Etter mitt syn er det heller vektningen mellom hensynene som er noe usikker.

4.2 Kriminalitetsbekjempelse

Til fordel for en vid provokasjonsadgang taler hensynet til kriminalitetsbekjempelse. Provokasjon som etterforskningsmetode var relativt ukjent i Norge frem til slutten av 70-tallet, da narkotikaproblematikken kom inn over landet. For at politiet skulle klare å utføre sine oppgaver, krevdes det nye metoder, og kriminalitetsbekjempelse må derfor regnes som hovedhensynet bak provokasjonsadgangen.

At hensynet til kriminalitetsbekjempelse vil være sentralt, og kanskje også ha økt vekt i fremtiden, må være en naturlig slutning av Justisdepartementets uttalelser i Ot.prp.nr.60 (2004-2005): ”... samfunnet og den enkelte borger har et sterkere behov for vern enn

³⁵ Hopsnes, Jussens Venner 2003, s. 67.

tidligere. Dette tilsier at politiet bør gis bedre muligheter til å gripe inn i forkant og forhindre at alvorlige straffbare handlinger finner sted.”³⁶

Videre må det være rimelig å anta at bruken av provokasjon også virker forebyggende. Ved å komme inn under huden på velorganiserte, kriminelle miljø, hindrer man mest sannsynlig også rekruttering til disse, noe som kommer både de aktuelle individene og samfunnet til gode. Det er det også av betydning at narkotikakriminalitet kan settes i sammenheng med andre typer lovovertridelser, som vold, vinningskriminalitet, økonomisk kriminalitet og ruskjøring. De samfunnsøkonomiske kostnadene ved behandling og rehabilitering av rusmisbrukere er også en faktor, men kan neppe antas å være et moment i kriminalitetsbekjempelsen som bør medføre utvidet provokasjonsadgang.

4.3 Rettssikkerhetshensyn

I motsatt vektskål fra kriminalitetsbekjempelsen, befinner rettssikkerhetshensynene seg. Allerede i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) er det uttalt at ”... politiet må ha en adgang til å gripe til utradisjonelle etterforskningsmetoder, også etterforskning med provokasjonstilsnitt ... Men særlig når det gjelder den sistnevnte metode, krever både rettssikkerhetshensyn og hensynet til den alminnelige tillit til politiet at det må gjøres vesentlige begrensninger” (s. 1080)

Selve begrepet rettssikkerhetshensyn må anses som en paraplybetegnelse for flere hensyn, som samlet sett utgjør motvekten til ønsket om kriminalitetsbekjempelse. Som i all juridisk metode er det av største viktighet at balansen mellom hensynene blir korrekt. Er det lagt for stor vekt på kriminalitetsbekjempelse, får man en vid adgang til politiprovokasjon, og samfunnet kan i ytterste konsekvens få kjennetegn man oftest forbinder med politistater. Skulle det derimot være lagt for mye vekt på rettssikkerhetshensyn, kan resultatet være en oppblomstring av kriminalitet og et maktesløst politi.

I det følgende vil de viktigste rettssikkerhetshensyn bli gjennomgått.

³⁶ Odelstingsproposisjon nr. 60 (2004-2005), ”Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)”, s. 8.

4.3.1 Kriminalisering

Ved en provokasjon trer normalt politiet inn i et gjerningsforløp før den kriminelle handlingen er begått. Det kan derfor tenkes at det er selve provokasjonen som får personen til å begå den kriminelle handlingen. Følgen blir at politiet *kriminaliserer* borgere som i utgangspunktet var lovlydige. I NOU 2004:6³⁷ uttales det som hovedpoeng at: ”Det betenkelige ved provokasjon er at politiet bidrar til å bygge opp gjerningsmannens vilje til å begå den straffbare handling”. Hensynet må ses i nær sammenheng med grunnvilkåret.³⁸

Betenkeligheten ved kriminalisering må videre antas å kunne ledes ut fra andre straffeprosessuelle og forvaltningsmessige hensyn, blant annet at man skal unngå maktmisbruk og vilkårlighet. Politiets hovedoppgave er å forebygge kriminalitet - skaper man den selv går man langt utover det som er deres mandat.

I denne sammenheng har Hopsnes flere gode poeng når han ser kriminaliseringshensynet i et rettsstatsperspektiv.³⁹ Hans utgangspunkt er at rettsstaten ikke skal skape regelbrudd som så sanksjoneres, noe som kan begrunnes i flere hensyn. Det innlysende hensyn er hensynet til samfunnet, hvor utgangspunktet er at borgere, og da spesielt lovlydige borgere, ikke skal kriminaliseres av politiet. Hensynet som lett kan overses, er hensynet til den fornærmede. For hver straffbare handling som skapes, vil det som regel også skapes en fornærmet. Det er lett å fokusere på lovbryterens og samfunnets rettigheter og rettssikkerhetskrav, men også hensynet til fornærmede må vektlegges når det etableres begrensninger for bruk av politiprovokasjon.

Videre er det ikke tvilsomt at førstegangs-kriminalisering medfører uønskede bivirkninger. Risikoen for fortsatt kriminell virksomhet øker, den kriminelle kan oppleve sosial stigmatisering og man kan erfare den såkalte prisonerings-effekten.⁴⁰ Samlet sett må disse momentene medføre at kriminaliseringsfaren tillegges vesentlig vekt i utformingen av regler og begrensninger for lovlig politiprovokasjon.

³⁷ Se s. 84

³⁸ Se punkt 5.2

³⁹ Hopsnes, Jussens Venner 2003, s. 70-71.

⁴⁰ Ved et opphold i fengsel er det vanskelig å ikke bli påvirket av omgivelser, vaner og de øvrige fangers normer og verdier. Dette vanskeliggjør returen til det lovlydige samfunn, og øker sannsynligheten for et videre opphold på den kriminelle løpebane. For mer om prisonerings-effekten, se Thomas Mathiesen, ”Retten i samfunnet – en innføring i retts sosiologi”, 5. utgave, Oslo 2005, s. 49-54.

Til tross for at kriminaliseringshensynet er et viktig rettssikkerhetshensyn, vil viktigheten variere etter type provokasjon. Ved bevisprovokasjon er den straffbare handling allerede begått, og ved avvergende provokasjon tilsier selve provokasjonens art og mål at hensynet sjelden vil være særlig relevant. Det er altså først og fremst ved tiltaleprovokasjon bekymringene om kriminalisering gjør seg gjeldende.

4.3.2 Notoritet

Gjennom utviklingen av reglene om politiprovokasjon, har det blitt etablert visse krav til notoritet. Dette har støtte blant annet fra politiregisterutvalget, som har uttalt: ”I større grad enn for andre offentlige organer er det for politiet svært viktig at det skapes notoritet rundt tjenestehandlingene, slik at de kan etterprøves, både internt og ved eventuelt ekstern behandling av opplysninger.”⁴¹

Målet med notoritet er altså etterprøvbarhet. Dette blir nevnt allerede i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroïn I), hvor det noe vagt sies: ”Videre kan det være grunn til å stille nærmere krav til utførelsesmåten, og likeledes til den beslutningsprosess og kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten” (s. 1080). Uttalelsen blir fulgt opp i Rt. 1998 s. 407 (Skrik), hvor Høyesterett fant at ”... aksjonen er ikke dokumentert eller belyst på den måten bruk av en så vidt ekstraordinær etterforskningsmetode bør være” (s. 412), med den enstemmige konklusjon at aksjonen hadde så alvorlige mangler at den ikke kunne godtas som grunnlag for domfellelse.^{42 43}

Samlet sett viser dette at notoritet er et hensyn som er vektlagt i utformingen av reglene, og det er rimelig å betrakte notoritet som hovedhensynet bak de formelle og prosessuelle reglene som kreves fulgt skal en politiprovokasjon være lovlig.

⁴¹ NOU 2003:21, ”Kriminalitetsbekjempelse og personvern. Politiets og påtalemyndighetens behandling av opplysninger”, s. 131

⁴² I NOU 2004:6 s. 87 synes utvalget å tillegge førstvoterende følgende sitat: ”Vesentlige rettssikkerhetshensyn ble dermed tilsidesatt ved at den del av etterforskningen som aksjonen representerer, ikke har kunnet etterprøves ...”. Jeg tolker domsavsnittet som en oppsummering av forsvarerens anførsler, og anser av den grunn ikke domsavsnittet som noen konklusjon fra førstvoterende.

⁴³ Temaet berøres også i Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimheroïnssaken).

4.3.3 Misbruk

Målet om å unngå maktmisbruk er nært knyttet opp til hensynet om å unngå kriminalisering av lovlidige borgere. I et vidt perspektiv vil dette være et samfunnsproblem, et syn som deles av politimetodeutvalget, som neppe tar for hardt i når de uttaler: ”Det vil være betenkelig dersom provokasjon skulle bli benyttet til å kriminalisere bestemte personer, for eksempel politiske eller personlige fiender.”⁴⁴

Utvalget uttaler videre at: ”Politiet bør ikke ha anledning til å bruke provokasjon til å kriminalisere bestemte personer, særlig dersom valget bygger på usaklige motiv”.⁴⁵

Eksempler på usaklige motiv vil være et ønske om å fjerne eller stigmatisere personlige eller politiske fiender.⁴⁶ Det kan etter mitt syn vanskelig tenkes et tilfelle hvor bevisst provokasjon av enkeltpersoner bygget på et usaklig motiv kan anses som noe annet enn maktmisbruk, med den konsekvens at provokasjonen vil være ulovlig. Selv om politiet skulle ha et saklig motiv, eksempelvis mistanke om at en borger driver med kriminell aktivitet, vil en bevisst, oppkonstruert og styrt straffbar handling mot denne personen medføre sterke betenkeligheter, og vil nok i praksis sjelden godtas av en domstol.

For å kontrollere at misbruk ikke forekommer, er domstolene avhengige av å ha gode regler som sikrer notoritet, som vist overfor. Dette synliggjør sammenhengen mellom hensynene som går under rettssikkerhetsparaplyen, og hvordan samspillet mellom disse utkrystalliserer seg i konkrete regler vedrørende provokasjon.

4.3.4 Personvern

Hensynet til personvern retter seg først og fremst mot objektet for provokasjonen, og er til en viss grad lovfestet gjennom EMK artikkel 8.⁴⁷ Dette innebærer blant annet at borgere har rett til privatliv og rett til å være i fred. Gjennomfører politiet en provokasjon, vil disse rettighetene i utgangspunktet bli krenket, da en provokasjon ofte forutsetter forutgående

⁴⁴ NOU 2004:6 s. 84

⁴⁵ NOU 2004:6 s. 86

⁴⁶ Ett eksempel lånt fra Hopsnes, Jussens venner 2003, fotnote 41, er Tore Tønne-saken. Tønne var tidligere helseminister, og ble i 2002 mistenkt for økonomisk kriminalitet. Dagen etter at tiltale ble tatt ut, ble Tønne funnet død, og dødsfallet ble karakterisert som en personlig tragedie. Eksempelet viser at straffeforfølgning og eventuell medfølgende medieoppmerksomhet kan få store konsekvenser for den mistenkte.

⁴⁷ Se punkt 7.

overvåkning. Den naturlige risiko man løper med slik overvåkning, er at man overvåker lovlydige borgere. Det må derfor eksistere andre hensyn som kan oppveie for overvåkningen.

Om dette sier Justisdepartementet: ”Et lavt overvåkningsnivå innebærer frihet som mange setter høyt. Dersom man ikke utvider politiets adgang til å gripe inn i forkant av straffbare handlinger, gir man imidlertid også spillerom for forbrytere til å begå grove forbrytelser, noe som kan gi mange lovlydige samfunnsborgere en følelse av utrygghet eller ufrihet.”⁴⁸ Dette medfører at det må være en balansegang mellom hensynet til kriminalitetsbekjempelse og personvern hensyn.

Det kan likevel ikke være tvil om at personvern hensyn har veid, veier og skal veie tungt i utformingen av reglene om politiprovokasjon. I motsetning til eksempelvis kriminaliseringshensynet, gjør personvern hensyn seg gjeldende både ved tiltaleprovokasjon og avvergende provokasjon. I et dynamisk samfunn, hvor både kriminaliteten og overvåkningsmulighetene stadig er i utvikling, vil det være utfordrende for domstolene å finne den rette balansen mellom to motstridende hensyn.

Som en digresjon kan det nevnes at det i skrivende stund er en opphetet offentlig debatt om hvorvidt Norge skal inkorporere det såkalte datalagringsdirektivet (EU-direktiv 2006/24/EF). Debatten er i denne sammenheng interessant fordi motstanderne av direktivet legger vekt på personvern hensyn, mens tilhengerne mener direktivet er nødvendig for å bekjempe kriminalitet – mye likt den vekting som tidvis må foretas i vurderingen av provokasjonshandlinger.

4.3.5 Tillit

Skal politimyndigheten i en moderne rettsstat fungere tilfredsstillende, er den avhengig av tillit. Uten dette vil respekten for metodene, avgjørelsene og prosessene forsvinne, noe som i seg selv må antas å være kriminalitetsskapende. Kravet om tillit kan sies å være todelt.

⁴⁸ Odelstingsproposisjon nr. 60 (2004-2005), side 8.

4.3.5.1 Befolkningens tillit til politiet

For det første er politiet avhengig av tillit fra statens borgere, noe som er uttrykt allerede i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I): ”Men særlig når det gjelder den sistnevnte metode, krever ... hensynet til den alminnelige tillit til politiet at det må gjøres vesentlige begrensninger” (s. 1080). Politiprovokasjon som etterforskningsmetode står her i en særstilling. For den alminnelige borger er det en ukjent metode, og med den overvåknings- og kriminaliseringsmuligheten som teoretisk eksisterer for politiet ved bruk av metoden, vil begrensninger i provokasjonsadgangen være nødvendig for å opprettholde tilliten. Tillitshensynet må vektlegges ved regler om adgangen til provokasjon, da det kan redusere tilliten om provokasjon benyttes for hyppig.

Det er selvsagt poengløst om reglene skulle eksistere uten at politiet fulgte dem. Dette ville være mer tillitsnedbrytende enn om det var selve regelverket som hadde mangler. I den sammenheng henger tillitshensynet nært sammen med notoritetshensynet. Er notoriteten ivaretatt, vil kontrollen med politiets metoder være bedre, noe som igjen vil være tillitskapende. Kontrollen blir i all hovedsak foretatt av domstolene, og det er de som er part i det andre relevante tillitsforholdet.

4.3.5.2 Domstolenes tillit til politiet

For politiets eget vedkommende er det av betydning at domstolene har tillit til deres metoder. Er kontrolladgangen begrenset, vil dette kunne svekke verdien av bevis politiet presenterer i en eventuell straffesak som følge av en provokasjon. Er det eksempelvis uklart hvordan politiet har fått fatt i beviset, vil dette medføre nedsatt bevisverdi.

Hopsnes problematiserer den vridning av bevistema som kan oppstå ved at det stilles spørsmålsteget ved selve provokasjonshandlingen, og har i sin fremstilling flere gode poeng.⁴⁹ Først og fremst øker risikoen for uriktige domfellelser, spesielt i jursaker, ved at sakens vurderingstema blir selve provokasjonshandlingen, i stedet for den aktuelle kriminelle

⁴⁹ Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 74

handling. Behovet for klare og enkle regler som gjør det enkelt å kontrollere notoriteten vises dermed.

Videre kan problemet kobles opp mot den allmenne tillit til politiet. I Rt. 2002 s. 1043 ble påtalemyndigheten pålagt å fremlegge dokumenter som kunne si noe om hvorvidt provokasjon var benyttet, og om denne eventuelt var lovlig. Påtalemyndigheten valgte å henlegge saken, med den følge at en person tatt med 35 kg heroin i en ryggsekk ikke ble tiltalt. Det er neppe en dristig påstand å si at slike saker ikke øker tilliten til politi og påtalemyndighet.

Behovet for tillit mellom domstolene og politiet ble understreket allerede av Dorenfeldt,⁵⁰ og det må antas at hensynet har vært relativt sentralt ved utarbeidelsen av de nåværende regler. Temaet kan imidlertid problematiseres i relativt stor grad, og etter mitt syn er de nevnte tillitsbehov ett av argumentene for lovfesting av provokasjonsreglene.

5 Grensen mellom lovlig og ulovlig provokasjon

Gjennom rettspraksis er det fastsatt vilkår som må oppfylles for at politiprovokasjon skal være et lovlig etterforskningsmiddel. Som vist overfor er det flere hensyn som ligger bak, hensyn hvor den aktuelle vekt vil variere avhengig etter hvilket vilkår man analyserer. Samlet sett utgjør disse vilkårene det som er grensen mellom lovlig og ulovlig provokasjon.

Det er verdt å merke seg at det i noe juridisk teori blitt sondret mellom begrepene konstitutiv og deklarerende etterforskning,⁵¹ hvor konstitutiv vil beskrive ulovlig etterforskning grunnet dens fremkallende art, mens deklarerende er på den lovlige siden, da etterforskningen/provokasjonen er avslørende eller konstaterende. Sondringen baserer seg på grunnvilkåret som beskrevet i punkt 5.2.

⁵⁰ Dorenfeldt, LoR 1978, s. 299

⁵¹ Se blant annet Andorsen, Jussens Venner 2001, s. 8 med videre henvisning til Hans Gammeltoft-Hansen, "Agent controlleur", Tidsskrift for rettsvitenskap 1984, side 89-131, særlig side 99-100.

5.1 Grensedragningen

Et viktig poeng er at reglene utarbeidet i rettspraksis kun gjelder for politiprovokasjon. Politiet har flere metoder som er nært beslektet med provokasjon, men det er både i teori og praksis oppstilt et skille mellom disse metodene og provokasjonen.⁵² Politiet må ha påvirket den straffbare handlingen for at provokasjonsreglene skal komme til anvendelse, og det må i tillegg ha vært kontakt mellom politiet og objektet for provokasjonen. Dette kan anses som den nedre grense for lovlig provokasjon. Den øvre grense går ved overgangen til konstitutiv provokasjon.

5.2 Grunnvilkåret

Det sentrale og grunnleggende vilkår for tiltaleprovokasjon er at politiet ikke må ha fremprovosert den straffbare handling tiltalen gjelder. Vilkåret har vært gjeldende fra politiprovokasjonens spede start, og i den grunnleggende dom Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) ble det for første gang formulert som prejudikat: ”Det synes å være alminnelig enighet om – og jeg finner det for min del klart – at det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått” (s. 1080).⁵³ Vilkåret er fulgt opp i samtlige relevante avgjørelser siden, og er en konsis enighet både i rettspraksis, forarbeider og juridisk teori om at det er dette som regnes som grunnvilkåret.

Det videre spørsmål blir så hva som skal til for at politiet må anses for å ha fremkalt den straffbare handlingen.

5.2.1 Initiativfaktoren

Av naturlig betydning for vurderingen er hvem som har tatt initiativet til den straffbare handlingen.⁵⁴ I Rt. 1993 s. 473 (Piratdrosjedom I) hadde en bilsjåfør på nattestid blitt stanset av to politimedhjelpere, og blitt bedt om å skysse dem. Passasjerene, og ikke sjåføren, hadde

⁵² Se punkt 1.3 om avgrensningen

⁵³ I den aktuelle saken fant Høyesterett at provokasjonen ikke var i strid med grunnvilkåret.

⁵⁴ Også dette uttalt i Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080)

tatt opp spørsmålet om betaling. Politiet tok ut tiltale for piratdrosjevirkosomhet, noe Høyesterett frifant tiltalte for. Som et moment i frikjennelsen av tiltalte ble det uttalt: ”Dette konkrete transportforhold var således klart initiert av politiets medhjelpere” (side 475). Dette ble ansett som nok til at man kunne si at politiet hadde fremkalt en handling som ellers ikke ville blitt begått. Nyansforskjellen vises om man sammenligner med Rt. 1994 s. 319 (Piratdrosjedom II). Faktum i saken var relativt likt, men her hadde tiltalte selv fremsatt kravet om vederlag, og tiltalte hadde tidligere på kvelden kjørt to andre turer mot betaling. Tiltalte hadde altså i større grad tatt initiativet til lovbruddet. Samlet sett var dette nok til å fastslå av politiet ikke hadde fremkalt den kriminelle handlingen.⁵⁵

På bakgrunn av dette har riksadvokaten i rundskriv nr. 2/2000 uttalt: ”Skal det være tillatt for politiet og påtalemyndigheten å påvirke gjennomføringen av en straffbar handling, må initiativet til handlingen tas av siktede” (s. 4). Uttalelsen kan isolert sett virke noe bombastisk, da det kan tenkes enkeltsaker hvor initiativprosessen er uklar eller sammensatt. Det må imidlertid være på det rene at hvor politiet bruker press, trusler og/eller overtalelser, vil dette medføre at provokasjonen er ulovlig.⁵⁶ Totalt sett viser rettskildene at fastleggelse av initiativprosessen er en viktig faktor i spørsmål om grunnvilkåret, noe som igjen viser behovet for notoritet i prosessen.

5.2.2 Markedsfaktoren

Med dommen i Rt. 1998 s. 407 (Skrik) ble en annen problemstilling i forhold til grunnvilkåret behandlet, nemlig betydningen av at det foreligger et marked for den straffbare handling, og da spesielt med tanke på ulovlig omsetning av eksempelvis narkotika eller tyvegods. I den aktuelle saken hadde tiltalte i utgangspunktet tatt initiativet til å overlevere det stjalne maleriet ”Skrik” mot en løsesum på rundt 3 millioner kroner. I samarbeid med New Scotland Yard, fikk politiet overbevist tiltalte om at en amerikansk kulturinstitusjon var villig til å betale løsepengene, og man fikk avtalt et møte hvor man viste frem løsepengene og ble enige om et tidspunkt man skulle bytte maleriet mot pengene.

⁵⁵ Problemstillingen om grunnvilkåret berøres også i Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimsheroinnsaken).

⁵⁶ Synspunktet støttes av politimetodeutvalget, NOU 2004:6 s. 86.

Høyesteretts flertall (3-2) uttalte på bakgrunn av dette: ”Om politiets aksjon tenkes borte, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført ... Etter lagmannsrettens beskrivelse av saksforholdet synes det ikke å ha vært andre aktuelle kjøpere som var villige til å betale det angitte beløp så noenlunde der og da” (s. 410). Som følge av dette fant flertallet at grunnvilkåret ikke var oppfylt. Flertallets syn baserte seg i stor grad på betingelseslæren, som vil bli omtalt i punkt 5.2.3.

De dissenterende dommerne fant i motsetning til flertallet at grunnvilkåret var oppfylt, og vektla initiativfaktoren i sterkere grad. Om markedet for ”Skrik” uttales det: ”Det kan nok være så at det i den konkrete situasjon ikke var andre aktuelle kjøpere som ville ha reflektert på tilbudet. *Men jeg kan ikke se at et slikt forhold – som fremstår som irrelevant for gjerningsmannens straffeskyld – kan tillegges betydning ved bedømmelsen av om politiet i rettslig henseende kan sies å ha fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått*” (s. 413, min kursivering).

På bakgrunn av dommen har imidlertid riksadvokaten i sin instruks fastsatt at ”politiet kan bare tre inn hvor det allerede eksisterer et ”marked” for den aktuelle type straffbar virksomhet”.⁵⁷

Problemstillingen viser hvor komplekst spørsmålet om grunnvilkåret kan være. Hvis initiativfaktoren trekker i en retning, og markedsfaktoren i en annen, hva skal være avgjørende? Den naturlige forståelse av rettskildene vil være at kravet om markedseksistens snevrer inn området for lovlig provokasjon relativt kraftig. I et så spesielt sak som Skrik-saken, er det etter mitt syn grunn til å spørre om Høyesteretts flertall snevrer inn adgangen for mye.⁵⁸ Mindretallets votum synes å være i mer harmoni med uttalelsen i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroïn I) om at ”det må legges betydelig vekt på hvem som har tatt initiativet til den straffbare handling” (s. 1080).

⁵⁷ Rundskriv 2/2000, s. 4

⁵⁸ Politimetodeutvalget antyder en lik oppfatning, NOU 2004:6 s. 86

5.2.3 Betingelselæren

Flertallet i Skriksaken baserte altså sin avgjørelse på den såkalte betingelselæren. Læren kan formuleres slik: Hvis etterforskningsmetoden (provokasjonen) tenkes bort, ville følgen (den straffbare handlingen) uteblitt? Læren er mest anvendt i erstatningsretten, også da som en metode for å fastlegge årsakssammenheng.⁵⁹ Både årsakslæren og differanselæren har for ordens skyld blitt brukt som navn på det som i det følgende vil bli betegnet som betingelselæren.

Grunnvilkåret for politiprovokasjon er de facto et spørsmål om nettopp årsakssammenheng. Har politiet fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått, er ikke grunnvilkåret oppfylt. Årsaken til at den straffbare handlingen ble begått må derfor klarlegges.

Høyesterettsflertallet bygger i Rt. 1998 s. 407 (Skrik) på en streng betingelselære uten uttalte unntak. Politiets aksjon tenkt borte, var det uklart når og hvordan en eventuell helerihandling av maleriet ville funnet sted. På bakgrunn av både eldre og nyere rettspraksis, kan en slik streng lære neppe legges til grunn i grunnvilkårsvurderingen.

Allerede i den grunnleggende Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) ble det oppstilt en reservasjon i forhold til betingelselæren, med uttalelsen: ”Men under enhver omstendighet finner jeg ... at politiets mulige bidrag til at A ble trukket inn i saken, *er for fjernt og indirekte* til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forhold fra hans side” (s. 1083, min kursivering). Det oppstilles altså et tilleggsvilkår, som medfører at uansett om politiets etterforskningsmetode var en nødvendig betingelse for den straffbare handling, vil likevel grunnvilkåret være oppfylt om påvirkningen var for fjern og indirekte. Tilleggsvilkåret drøftes ikke i Skrikdommen.

At tilleggsvilkåret eksisterer, bekreftes også i avgjørelser avgitt etter Skrikdommen. I Rt. 2000 s. 1482 uttales det: ”For at politiet skal anses å ha fremkalt handlingen, er det ikke tilstrekkelig at den ikke ville ha blitt begått dersom politiets opptreden i saken tenkes borte” (s. 1486), før det vises til Rt. 1984 s. 1076 og dens uttalelser om fjern og indirekte

⁵⁹ Se eksempelvis Peter Lødrup, ”Lærebok i erstatningsrett”, 5. utgave, Oslo 2005, s. 254 flg. Betingelselæren har også innen erstatningsretten blitt utsatt for kritikk, se Lødrup, s. 274-275 med videre henvisninger.

påvirkning.⁶⁰ På bakgrunn av dette må tilleggsvilkåret oppstilt i sistnevnte dom regnes som gjeldende rett.

Det videre spørsmål blir så hva som kan regnes som ”fjernt og indirekte”. Problemet er ikke videre drøftet i de nevnte dommene, og det kan vanskelig oppstilles noen faste momenter til hjelp i løsningen. Hopsnes mener man må vurdere den individuelle sakens faktum opp mot de bakenforliggende hensyn som drøftet i kapittel 4.⁶¹ Dette kan være en god tilnærming, og den legges til grunn også av politimetodeutvalget, som uttaler: ”Har politiets kontakt virket inn på personens beslutning om å begå den straffbare handling, vil spørsmålet om det foreligger en ulovlig provokasjon bero på en samlet vurdering av om politiets handling bryter med de grunnleggende hensyn som begrunner at politiet ikke må fremkalle kriminalitet”.⁶²

Skal man sammenfatte dette, må konklusjonen bli at det opereres med en modifisert betingelseslære ved vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt. Bryter politiet med de grunnleggende hensyn som ligger bak provokasjonsinstituttet, vil ikke grunnvilkåret være oppfylt, og provokasjonen må da regnes som konstitutiv. De forskjellige hensynenes relevans og vekt vil variere etter hva faktum i den aktuelle saken er.

5.3 Akseptable endringer

Det er sikker rett at politiet har en viss adgang til å påvirke hendelsesforløpet uten at dette vil føre til at grunnvilkåret ikke oppfylles. Formuleringen om at det må ”godtas at politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse” fra Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I (s. 1080)) har tålt tidens tann, og er uttalt også i de senere sentrale provokasjonssaker.⁶³ Adgangen er også nedtegnet i riksadvokatens rundskriv.⁶⁴

Det interessante i denne sammenhengen blir imidlertid å se hvor langt det kan tillates at politiet går i å utnytte adgangen. En naturlig språklig forståelse av begrepet ”visse endringer”, tilsier at det må gå en grense for hvor omfattende endringene kan være.

⁶⁰ I en nyere kjennelse, Rt. 2007 s. 268, stadfestes uttalelsene i Rt. 2000 s. 1482.

⁶¹ Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 100 flg.

⁶² NOU 2004:6, s. 86

⁶³ Eksempelvis Rt. 1998 s. 407 (s. 410) og Rt. 2000 s. 1223 (s. 1227 og dissensvotumet s. 1232).

⁶⁴ Rundskriv 2/2000, s. 3.

5.3.1 Endringer i tid

Årsaken til at politiet kan ønske en endring i tid vil variere. En tidsforskyving vil i seg selv neppe gjøre noe med gjerningspersonens forsett og psykiske vilje til å gjennomføre den straffbare handlingen, men samtidig må grensen gå et sted. Er forberedelsene mangelfulle, kan politiet ønske å gjennomføre eksempelvis en kontrollert narkotikahandel på et senere tidspunkt enn først oppsatt. Normalt vil en slik endring ikke være i strid med grunnvilkåret. Er derimot selgeren i tvil om gjennomføringen av handelen, kan en eventuell fremflytting av tidspunktet være det som får han til å gjennomføre handelen. Andorsen påpeker at bevissituasjonen ofte vil være uoversiktlig i slike tilfeller, men det må likevel antas at man i en slik situasjon ofte vil konstatere at provokasjonen er konstitutiv, grunnet manglende oppfyllelse av grunnvilkåret.⁶⁵ Blir forskyvningen i tid så stor at man i realiteten kreerer en ny salgssituasjon i forhold til den opprinnelige, kan det også argumenteres for at politiet har skapt den straffbare handlingen.

En relevant problemstilling i forhold til tidsendring i narkotikasaker, dreier seg om selve anskaffelsen av stoffet. Utsetter politiet en planlagt provokasjonshandel, kan gjerningspersonen selge narkotikaen til andre personer. For å oppfylle den senere handel med politiet, må han anskaffe ny narkotika. Spørsmålet blir da om politiet har provosert fram den straffbare handlingen som anskaffelsen er.

Problemet var oppe til drøfting i Rt. 2000 s 1223 (Trondheimsheroinsaken). Flertallet (dissens 4-1) fant at det etterfølgende erverv i seg selv ikke gjorde provokasjonen ulovlig. En motsatt praksis ville medført en meget snever adgang til provokasjon, og det ble uttalt: ”Dersom det skulle stilles det krav til lovlig provokasjon at mellommannen allerede besitter narkotikaen når salgavtalen inngås, synes konsekvensen å være at provokasjon som et middel i etterforskningen vil få meget liten anvendelse på det området der det formentlig har sin største betydning, nemlig ved narkotikaomsetning” (s. 1229). Det ble videre pekt på den vanskelige bevissituasjonen som ville oppstå for politiet dersom en slik regel ble lagt til grunn, da det ville være enkelt for selgeren å påstå han hadde skaffet narkotikaen etter at salgavtalen ble inngått.

⁶⁵ Andorsen, Jussens venner 2001, s. 9

Spørsmålet synes med dette å være avgjort. Det er imidlertid grunn til å peke på kvantumsskillet som Andorsen reiser.⁶⁶ Om man sammenligner en anskaffelse av et stort narkotikaparti på bakgrunn av en avtale med politiet, og en anskaffelse av et mindre parti av en gjerningsperson som ofte gjør dette, vil det være mer nærliggende å konstatere brudd på grunnvilkåret i førstnevnte situasjon. Provokasjonshandlingen vil da ofte bli ansett å ha fremkalt den straffbare handling.

5.3.2 Endringer i sted

En endring i stedet for hvor den straffbare handling gjennomføres, vil i utgangspunktet ha liten betydning hvis endringen er innenfor landets grenser. Hvorvidt et narkotikasalg foregår utenfor Oslo S eller Verdal jernbanestasjon vil normalt ikke ha noe å si for straffbarheten i handlingen.

Problematisk kan det derimot bli dersom man endrer land den straffbare handling skal begås i. Er eksempelvis innførsel av en spesiell type narkotika lovlig i ett land, men ulovlig i Norge, vil politiet ved en eventuell overtalelse om endring av innførselssted ha skapt en straffbar handling her i landet. I Rt.1984 s. 1076 (Politiheroin I) hadde politiet fått endret leveringssted for et parti narkotika fra Danmark til Norge. Høyesterett fant at dette måtte aksepteres, blant annet fordi man måtte regne med at man sto overfor et etablert distribusjonsapparat, og selve transporten av stoffet var utenfor politiets innflytelse og kontroll.⁶⁷ Det kan etter dette vanskelig tenkes at endring av sted for gjennomføring vil medføre brudd på grunnvilkåret, med mindre den aktuelle handling ville vært lovlig i det opprinnelig tenkte gjennomføringslandet.

Endringer i tid og sted i seg selv vil altså sjelden være nok til å konstatere konstitutiv provokasjon. Om grensdragningen sier Hopsnes: ”Avgjørende må etter min oppfatning være om politiets kontakt har vært årsak til en endring i objektets handlinger på en måte som enten har *gjort handlingen straffbar* eller *gjort handlingen mer straffverdig*.”⁶⁸ Selv om et lignende konkret vurderingsområde foreløpig ikke er uttalt i rettspraksis, fremstår etter mitt syn

⁶⁶ Andorsen, Jussens venner 2001, s. 10

⁶⁷ Side 1083.

⁶⁸ Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 97

Hopsnes oppfatning som fornuftig og dekkende for de hensyn grunnvilkåret skal balansere. Vurderingen må som følge av dette bli basert på de grunnleggende hensyn bak reglene om politiprovokasjon, og ikke på en gradsvurdering av politiets innvirkning, jf. politimetodeutvalget.⁶⁹

5.3.3 Endringer i utførelse

Videre kan det tenkes at politiet føler et behov for å endre måten den straffbare handling begås på. Med dette vil politiet bidra til at handlingen utføres på en annen måte enn gjerningspersonen opprinnelig har planlagt, noe som teoretisk sett kan føre til problemer med å oppfylle grunnvilkåret.

Politiet kan for eksempel overtale gjerningspersonen til å innføre narkotikaen med bil i stedet for båt.⁷⁰ En slik endring kan føre til at sjåfører som opprinnelig ikke var tiltenkt plass på båten må hyres inn, og på den måten blir involvert i saken. Endringen kan etter mitt syn ikke medføre straffrihet for de nye sjåførene. Med mindre politiet bevisst endrer utførelsen for å involvere en kjent person, vil ikke kriminaliseringshensynet gjøre seg tilstrekkelig gjeldende til å konstatere brudd på grunnvilkåret. I tillegg er det, som Andorsen peker på, også grunn til å anta at et slikt årsaksbidrag vil bli ansett for å være for fjernt og indirekte til å kunne finne at politiet har fremkalt lovbruddet.⁷¹

Om en slik endring av utføringen som nevnt overfor, uttaler Andorsen: ”Et argument *for* at politiet ved en slik endring av innførselen også er årsak til lovbruddet, kan være at det er lettere for politiet å avsløre involverte til lands enn til vanns, og at gjerningspersonene på grunn av politiintervensjonen har utsatt seg for en høyere oppdagelsesrisiko enn de ellers ville ha gjort.”⁷² Dette kan vanskelig være avgjørende. Selve lovbruddet ville blitt gjennomført uansett, og det er ikke belegg i de øvrige rettskilder for at økt oppdagelsesrisiko er ansett som et relevant moment i vurderingen. Hensynet som taler for politiprovokasjon er kriminalitetsbekjempelse. At politiet øker oppdagelsesrisikoen vil være i tråd med dette, og neppe i konflikt med kriminaliseringshensynet. Det er også et moment i vurderingen at politiet ved en slik endring har større kontroll med hendelsesforløpet.

⁶⁹ NOU 2004:6, s. 86.

⁷⁰ Eksempel fra Andorsen, Jussens venner 2001, s. 11

⁷¹ Andorsen, Jussens venner 2001, s. 11

⁷² Andorsen, Jussens venner 2001, s. 11

5.4 Øvrige materielle vilkår

For å konstatere at en politiprovokasjon er lovlig, er det imidlertid ikke nok at grunnvilkåret er oppfylt. Det finnes flere vilkår som stiller krav både til politiets etterforskning og til selve den straffbare handling. Vilkårene er i likhet med grunnvilkåret utarbeidet gjennom riksadvokatens rundskriv og rettspraksis.

5.4.1 Kravet om mistanke

På den tiden politiprovokasjon stort sett ble brukt i etterforskning av narkotikaforbrytelser, var det i riksadvokatens såkalte ”åtte punkter” nedfelt et krav om at: ”Det skal foreligge sterk mistanke mot en eller flere personer. Skjellig grunn til mistanke er i utgangspunktet ikke nok”.⁷³

I nåværende rundskriv er det ikke oppstilt noe lignende mistankekrav.⁷⁴ Det kan likevel ikke bety at det ikke må foreligge en viss mistanke fra politiet mot objektet for at de skal kunne utføre en provokasjonshandling. Mistanken må jf. politimetodeutvalget være objektiv, noe som innebærer at den må være forankret i ytre konstaterbare og dermed kontrollerbare omstendigheter.⁷⁵ Dette må ses i relasjon til notoritets hensynet. Kravet om mistanke henger nemlig nært sammen med vurderingen som gjøres av grunnvilkårsoppfyllelsen. Det vil være problematisk for politiet å hevde at provokasjonen ikke har skapt den straffbare handling, dersom man forut for provokasjonen ikke kan dokumentere mistanke mot gjerningspersonen.

At mistankekravet må være et moment i denne vurderingen, støttes av EMDs dom av 9. juni 1998 *Teixeira de Castro v. Portugal*,⁷⁶ hvor det vektlegges at myndighetene ikke hadde ”good reason to suspect that Mr. Teixeira de Castro was a drug trafficker”, men at de heller hadde grunn til å tro det motsatte, ettersom ”he had no criminal record and no preliminary investigation concerning him had been opened”.⁷⁷

⁷³ Punktene er gjengitt i NOU 1997:15 punkt 4.2.8.5

⁷⁴ Rundskriv 2/2000

⁷⁵ NOU 2004:6 s. 48

⁷⁶ Klagesak nr. 25829/94

⁷⁷ Dommens punkt 38.

Et moment som vil tilsi at mistankekravet er oppfylt, vil være om provokasjonens objekt pleier å begå lignende straffbare handlinger. Man må da vurdere objektets rulleblad, hvilket miljø han tilhører og hyppigheten av de tidligere handlingene. I Rt. 2000 s. 1482 ble det uttalt: ”Politiet har ved å la aksjonen fortsette etter at D trakk seg, gjort det mulig å finne frem til flere deltakere i narkotikamiljøet” (s. 1486). Etter mitt syn må setningen tas til inntekt for et lavere mistankekrav enn uttalt i riksadvokatens ”åtte punkter”, i alle fall for objekt som tilhører et kjent kriminelt miljø og hvor formodningen tilsier at de på ett eller annet nærliggende tidspunkt vil bli innblandet i lik kriminell virksomhet. Kriminaliseringsfaren for disse objektene vil være sterkt redusert basert på deres egne tidligere handlinger, og da blir betenkelighetene færre. Hopsnes peker på at personvern hensyn heller ikke kan tillegges for stor vekt, ”ettersom den som driver kriminell virksomhet ikke har samme krav på vern om sin personsfære”.⁷⁸ Dette fremstår som rimelig i forhold til objekter som i praksis driver kontinuerlig kriminell virksomhet, men konsekvensen av en slik praksis må bli at personvern hensynene øker i vekt jo lengre tid det har gått fra objektet foretok sin siste kriminelle handling. I praksis kan dette vise seg å bli en svært vanskelig vurdering.

5.4.2 Kriminalitetskravet

I Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroïn I) uttales det om politiprovokasjon: ”Metoden bør således bare kunne aksepteres ved alvorlige lovovertrædelser” (s. 1080). Uttalelsen er av politimetodeutvalget betegnet som kriminalitetskravet for proaktive etterforskningsmetoder.⁷⁹

Synet på hva som regnes som en alvorlig lovovertrædelse må antas å forandre seg over tid. Det finnes likevel visse faste momenter som må vektlegges i vurderingen. Strafferammen for lovbruddet gir eksempelvis en indikasjon på hvor alvorlig lovgiver anser lovbruddet for å være. Er strafferammen høy, vil dette trekke i retning av at forholdet må regnes som en alvorlig lovovertrædelse. I sammenheng med dette bør også straffenivået i rettspraksis for den aktuelle overtrædelse vurderes. Benyttes det normalt bøter eller samfunnsstraff for en overtrædelse med høy strafferamme, kan dette være et argument for at overtrædelsen likevel ikke er alvorlig.

⁷⁸ Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 103

⁷⁹ NOU 2004:6 s. 87

Videre er det i Rt. 1993 s. 473 (Piratdrosjedom I) uttalt: ”Ved bedømmelsen av om det dreier seg om slik kriminalitet at etterforskningsmetoder av denne art kan aksepteres, bør man nok ikke bare se på strafferammen, men også ta hensyn til *den samfunnsmessige betydning* av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet” (s. 475, min kursivering). Den samfunnsmessige betydning av kriminalitetsbekjempelsen må antas å være varierende over tid, noe som gjennom det oppstilte momentet gjør vilkåret fleksibelt.

Selv om politiprovokasjon oftest har vært anvendt som et etterforskningsmiddel i narkotikasaker, må det anses som sikker rett at metoden ikke er begrenset til denne type lovbrudd. I Rt. 1998 s. 407 (Skrik) ble det av tiltaltes forsvarer anført at politiprovokasjon ikke var tillatt i saker om vinningsforbrytelser. Dette ble avvist av Høyesterett, som pekte på at strafferammen for forbrytelsen var relativt høy, og at materiet hadde en ”særdeles høy både økonomisk og ideell verdi” (s. 409). I riksadvokatens rundskriv fremheves det også at seksuelle overgrep mot barn og spredning av barnepornografi vil være tilfeller hvor provokasjon lovlig kan anvendes for å avsløre straffbare forhold.⁸⁰ Den allmenne tilgangen til internett må antas å ha økt omfanget og gjort det enklere å begå slike lovbrudd, og den samfunnsmessige betydning av å bekjempe slik kriminalitet må derfor ha blitt større. Adgangen er derfor i harmoni med vurderingsmomentene oppstilt i rettspraksis.

Utover disse eksemplene er det ikke direkte uttalt andre kriminelle handlinger hvor det bør være provokasjonsadgang. Riksadvokaten uttaler generelt i sitt rundskriv at etter hans oppfatning er det ”ikke hensiktsmessig å instruksfeste i detalj ved hvilke typer straffbar virksomhet provokasjon kan benyttes. Bedømmes kriminaliteten som et alvorlig samfunnsproblem på grunn av omfang eller karakter, bør metoden kunne brukes, forutsatt at de prosessuelle vilkår ... er oppfylt.”⁸¹

I vurderingen av om en lovovertrедelse er alvorlig, synes utviklingen å gå bort fra en ren strafferammevurdering, og mer over i en bedømmelse av den aktuelle lovovertrедelse sett opp mot samfunnets behov for beskyttelse mot den.⁸²

⁸⁰ Rundskriv 2/2000, s. 4-5.

⁸¹ Rundskriv 2/2000, s. 5.

⁸² Politimetodeutvalget har i NOU 2004:6 s. 199 tatt til orde for et utgangskrav om at provokasjon kun kan anvendes ved mistanke om brudd på straffebud med fem års strafferamme, med enkelte unntak. Forslaget er foreløpig ikke lovfestet.

5.4.2.1 Forholdsmessighet

Som en del av kriminalitetskravet, eksisterer det også et krav om forholdsmessighet. Kravet gjelder generelt for politiets virksomhet, jf. politiloven § 6 andre ledd, og ikke bare for provokasjon. Vurderingstemaet fremgår av riksadvokatens rundskriv, hvor det uttales: ”Midlet tillates derfor bare benyttet hvor det fremstår som forholdsmessig, vurdert mot det samfunnsøkonomiske den aktuelle kriminalitet representerer”.⁸³ Likheten i vurderingstema synliggjør at forholdsmessighetskravet i utgangspunktet må regnes som en del av kriminalitetskravet. For å vurdere om en provokasjon er et forholdsmessig etterforskningsmiddel, må man se på momenter som strafferamme og samfunnets behov for beskyttelse mot den aktuelle kriminelle handling. Hopsnes peker på at også indikasjonskravet⁸⁴ vil være et vurderingsmoment, til tross for at det er et eget vilkår.⁸⁵ Reglens sammenheng tatt i betraktning, fremstår dette som fornuftig. Da politiprovokasjon er et inngripende middel, vil provokasjonen lett fremstå som uforholdsmessig om politiet hadde reelle handlingsalternativer.

Det foreligger relativt lite rettspraksis som drøfter kriminalitets-/forholdsmessighetskravet. De to piratdrosjedommene er imidlertid interessante. I Rt. 1993 s. 473 (Piratdrosjedom I) var en mann tiltalt for piratdrosjekjøring etter den daværende samferdselsloven av 4. juni 1976 nr. 63, § 26 jf. § 7 nr. 1. Høyesterett fant at det forelå brudd på flere vilkår for lovlig politiprovokasjon, men uttalte også: ”Jeg finner det imidlertid klart at slike forhold som de den foreliggende sak gjelder, ikke kan begrunne etterforskningsmidler med provokasjonspreg” (s. 475).

Med dette skulle man tro at provokasjonshandlinger som etterforskningsmiddel i saker gjeldende disse lovreglene, nærmest automatisk ville bli ansett som konstitutive. I Rt. 1994 s. 319 (Piratdrosjedom II)⁸⁶ var imidlertid en mann tiltalt for overtredelse av de samme lovregler. Her valgte Høyesterett relativt bevisst⁸⁷ å hoppe over drøftingen av

⁸³ Rundskriv 2/2000, s. 4

⁸⁴ Se punkt 5.4.3

⁸⁵ Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 108

⁸⁶ Avgjørelsen var en kjennelse, ikke en dom, men det ser ut til at dette navnet henger ved avgjørelsen.

⁸⁷ Kjennelsens s. 321, ”For mitt standpunkt i saken imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn på de spørsmål ...”

forholdsmessighetskravet, selv om flere momenter i saken trakk i retning av at det hadde blitt utført en provokasjonshandling godkjent av politiet på forhånd. Den tiltaltes anke ble forkastet, noe som medførte at den fellende dom fra byretten ble stående. Hvis man tolker kjennelsen meget bløthjertet, kan resultatet forklares med at Høyesterett ikke fant at det hadde skjedd noen provokasjonshandling overhodet. Skulle det motsatte være tilfelle, finner jeg resultatet relativt uforklarlig, sett opp mot tolkningen av de rettskilder som forelå før kjennelsen ble avsagt. Kjennelsen kan i det minste ikke tas til inntekt for et senket kriminalitets-/forholdsmessighetskrav.

5.4.3 Indikasjonskravet

Den grunnleggende Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) oppstilte også det som nå er kjent som indikasjonskravet.⁸⁸ På side 1080 uttales det: ”Metoden bør således bare kunne aksepteres ... når vanlige etterforskningsmetoder må anses utilstrekkelige”. Kravet er også nedfelt i riksadvokatens rundskriv.⁸⁹

Det naturlige spørsmål blir dermed hva det vil si at vanlige etterforskningsmetoder må anses utilstrekkelige. Vurderingen må i utgangspunktet foretas av politiet og påtalemyndigheten, som av erfaring vil kunne estimere hvilke etterforskningsmetoder som vil være nødvendige. Er mindre inngripende metoder uhensiktsmessige og antatt resultatløse, vil indikasjonskravet normalt være oppfylt.

Det er på det rene at det ikke oppstilles noe krav om at mindre inngripende metoder må ha vært forsøkt før man utfører provokasjonen. Dette ville medført sløsing av ressurser, et mindre effektivt etterforskningsapparat og fare for tap av bevis i hastesaker. Politiet og påtalemyndigheten må imidlertid ha foretatt en konkret vurdering av de mindre inngripende metodene, og konkludert med at de ikke vil være hensiktsmessige, før man går til en slik ekstraordinær etterforskningsmetode som politiprovokasjon er.

Videre blir spørsmålet om domstolene har adgang til å overprøve politiet og påtalemyndighetens vurdering av om andre etterforskningsmetoder var utilstrekkelige.

⁸⁸ Andorsen, Jussens venner 2001, s. 15 bruker dog uttrykket ”krav om subsidiaritet”. Begrepsforskjellen medfører ingen realitetsendring i forhold til kravets innhold.

⁸⁹ Rundskriv nr. 2/2000, s. 5.

Andorsen mener at politiets egen vurdering må være avgjørende, og regelmessig være endelig, ”... fordi den praktisk sett vanskelig kan etterprøves av andre.”⁹⁰ Hopsnes⁹¹ tolker rettspraksis i retning av at det er adgang til domstolsprøving, et syn jeg deler. Selv om en slik vurdering ofte vil medføre vanskeligheter, kan ikke dette være nok til å avskjære prøvingsadgangen for indikasjonsvilkåret. En slik adgang vil være i tråd med hensynet om notoritet og vil også til en viss grad styrke rettssikkerheten for den tiltalte.

5.5 Prosessuelle og formelle krav og vilkår

For at provokasjon skal være en lovlig etterforskningsmetode, er det oppstilt en rekke ikke-materielle vilkår. I Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) er det uttalt: ”Videre kan det være grunn til å stille nærmere krav til utførelsesmåten, og likeledes den beslutningsprosess og kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten” (s. 1080), uten at særskilte vilkår oppstilles. Enkelte av vilkårene fremgår nå av riksadvokatens rundskriv.⁹²

Det er sikker rett at vilkårene nevnt nedenfor gjelder for tiltaleprovokasjon. Mer uklart er det imidlertid hvilke krav man kan sette til den avvergende provokasjon. Det fremgår av riksadvokatens rundskriv at begrensningene er ”... vesentlig færre”, men at en avvergende provokasjon i det minste ikke må ”... innebære at politiet gir foranledning til ny eller annen kriminalitet, og virksomheten må være under slik kontroll at den ivaretar de involvertes sikkerhet.”⁹³ Politimetodeutvalget nøyter seg med å konstatere at: ”Det er uklart om de andre vilkår for bruk av provokasjon gjelder”.⁹⁴ Hopsnes argumenterer for at vilkårene bør gjelde: ”Avvergende provokasjon kan dersom den ikke underlegges kontroll, også få en kriminaliserende effekt. Etter min oppfatning burde disse vilkårene også vært oppstilt i forhold til avvergende provokasjon.”⁹⁵ Tanken kan i det minste ikke avvises.

Faktum er at det er usikkert hvilke prosessuelle og formelle krav som kan stilles til avvergende provokasjon. Kriminaliseringshensynet må vektlegges, men må i likhet med de

⁹⁰ Andorsen, Jussens venner 2001, s. 15

⁹¹ Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 109-100

⁹² Rundskriv 2/2000, s. 5-6.

⁹³ Rundskriv 2/2000 s. 6

⁹⁴ NOU 2004:6 s. 88

⁹⁵ Hopsnes, Jussens venner 2001, s. 127

andre hensyn som taler mot provokasjon, vektlegges noe mindre ved avvergende provokasjon enn ved tiltaleprovokasjon. De følgende vilkår gjelder i det minste for tiltaleprovokasjon.

5.5.1 Kompetansekravet

Ikke hvem som helst innenfor politiet eller påtalemyndigheten kan beslutte at provokasjon skal anvendes som etterforskningsmetode. At avgjørelsen må tas av kompetente personer, må i første rekke begrunnes i rettssikkerhets- og tillitshensyn.

Om hvem som har denne personelle kompetansen, følger det av riksadvokatens rundskriv at: ”Beslutningen skal treffes av statsadvokaten i distriktet ... Samtykke fra riksadvokaten kreves ikke lenger i noe tilfelle.”⁹⁶ Videre angir rundskrivet også den såkalte begjæringskompetansen: ”Politimester eller visepolitimester tar stilling til om statsadvokatens tillatelse til å benytte provokasjon som etterforskningsmiddel skal søkes innhentet.” Politimesteren kan delegere begjæringskompetansen til andre av påtalemyndighetens tjenestemenn, såfremt statsadvokaten har gitt skriftlig samtykke.⁹⁷

I Rt. 1998 s. 407 (Skrik) var det jf. lagmannsrettens dom ikke oppfylt kompetansekrav. Høyesterett bygget på dette, og brukte det som et moment for konklusjonen som lød: ”Jeg finner at den delen av etterforskningen i ”Skrik”-saken som politiets aksjon representerer, er beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for en domfellelse” (s. 412). Også i Rt. 2000 s. 1482 var spørsmål om kompetansekravets betydning. Der ble det uttalt relativt direkte: ”Jeg kan ikke se at det forhold at det ikke ble innhentet samtykke fra kompetent påtalemyndighet, gjør politiets handlemåte i denne saken – som har klare likhetstrekk med kontrollert overlevering – ulovlig” (s. 1486).

Den begrensede rettspraksis om spørsmålet, trekker i retning av at kompetansekravet ikke er et ufravikelig vilkår. Dette støttes også av Rt. 2007 s. 268, hvor det heller ikke var innhentet samtykke. Høyesterett godtok dette, og mente riksadvokatens rundskriv måtte leses slik at samtykke bare var nødvendig hvor det praktisk sett var mulig. I den aktuelle saken måtte politiet handle raskt, og rakk av den grunn ikke å innhente samtykke. Det interessante er at Høyesterett i relasjon til riksadvokatens rundskriv uttaler: ”Under ingen omstendighet kan

⁹⁶ Rundskriv 2/2000, s. 5

⁹⁷ Jf. rundskriv 2/2000, s. 5

brudd på denne interne instruks føre til frifinnelse når den benyttede metode anses forsvarlig” (avsnitt 20). Etter dette må kompetansekravet anses som et moment i en totalvurdering av politiets og påtalemyndighetens forberedelse, gjennomføring og generelle saksbehandling, hvor det avgjørende i forhold til lovlighetsvurderingen av provokasjonen vil være om prosessen har vært forsvarlig.

5.5.2 Krav om kontroll over etterforskningen

Det foreligger også et krav om at politiet må ha kontroll over etterforskningen. Dette er for det første viktig av notoritetshensyn – politiet skal kunne dokumentere etterforskningsresultatet og prosessen som ledet frem til det, og for det andre tillitshensyn – domstolene og samfunnet ellers må finne at resultatet og prosessen er pålitelig.

I Rt. 2000 s. 1482 var det fra tiltaltes side anført at politiet ikke hadde hatt tilstrekkelig kontroll over hendelsesforløpet. Om dette uttalte Høyesterett: ”Etter de opplysninger som foreligger, finner jeg også å måtte legge til grunn at den kontrollordning som var etablert *var forsvarlig* ... Etter min oppfatning *fulgte politiet overleveringen såpass tett* at kontrollen med at partiet ikke skulle komme på avveie var tilstrekkelig” (s. 1487, min kursivering). En naturlig språklig forståelse av uttalelsen er at det for det første er et krav at kontrollordningen må være forsvarlig. For det andre er det et moment i forsvarlighetsvurderingen hvor tett kontrollen faktisk har vært.

Det kreves imidlertid ikke at politiet har komplett kontroll over hendelsesforløpet. I dommens neste avsnitt sies det: ”Selv om politiet ikke skulle ha hatt full kontroll over at narkotikapartiet ikke kom på avveie, kan jeg for øvrig ikke se at etterforskningsskrittet av den grunn ikke kunne brukes som grunnlag for domfellelse. Når det ved bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt stilles krav om ... en betryggende dokumentasjons- og kontrollordning, er det ... med sikte på å sikre påliteligheten av etterforskningsresultatet. I den foreliggende sak er det ikke noe grunnlag for å stille spørsmål ved denne.”⁹⁸ Jeg er enig med Andorsen, som beskriver en slik fremgangsmåte som resultatbetinget.⁹⁹ Dommen må tolkes slik at også

⁹⁸ Rt. 2000 s. 1482 (s. 1487, min kursivering)

⁹⁹ Andorsen, Jussens venner 2001, s. 16

kontrollkravet går inn i en totalvurdering av den totale prosessuelle og formelle vilkårspakken, og ikke er noe enkeltstående, avgjørende vilkår.¹⁰⁰

5.5.3 Krav til provokatøren

Det kan videre spørres om hvem som kan utføre provokasjonshandlingen, altså opptre som provokatør.¹⁰¹ I riksadvokatens rundskriv av 1980,¹⁰² som gjaldt provokasjon ved narkotikaforbrytelser, var det forutsatt at kun politimenn kunne opptre som provokatører. Noe slikt krav er ikke uttalt i det gjeldende rundskriv.¹⁰³ Spørsmålet om sivile personer kan opptre som provokatører, må på bakgrunn av rettspraksis i utgangspunktet besvares bekreftende.

Hensynet til kriminalitetsbekjempelse trekker i denne retning, spesielt hvor det er snakk om provokasjon som etterforskningsmetode mot et spesielt kriminelt miljø. Å anvende en sivil person miljøet vet ikke er ansatt i politiet, vil her øke sannsynligheten for at provokasjonen ender med et vellykket resultat, sett fra politiets side. Bruken av sivile provokatører er imidlertid ikke problemfri. For det første skal det tas hensyn til selve provokatøren. Hvis politiets bruk av en sivil provokatør medfører personlig risiko for provokatøren, mener Andorsen fremgangsmåten må være utelukket av etiske årsaker.¹⁰⁴ Synspunktet fremstår som fornuftig. Innen visse yrker, deriblant polityrket, medfører arbeidet til dels fare. Dette er noe man har fått utdanning i å beherske og takle på best mulig måte. Aksept av en politistilling medfører også en aksept av risiko.¹⁰⁵ En overførsel av en slik risiko til en sivil provokatør, uten samme utdanning og erfaring, fremstår som uforvarselig. Det kan imidlertid stille seg noe annerledes dersom en uforutsett risiko oppstår *under* provokasjonen, eksempelvis ved gjennomføringen av en narkotikahandel. I slike tilfeller vil det ofte være vanskelig å bebreide politiet eller påtalemyndigheten.

¹⁰⁰ Dette støttes av Rt. 1998 s. 407 (Skrik) hvor det i Høyesteretts argumentasjon for at aksjonens prosessuelle mangler måtte medføre frifinnelse uttales: "De to engelske agentenes opptreden i saken og dennes betydning for spørsmålet om domfelte har begått et forsøk på heleri, *var ikke i tilstrekkelig grad under kontroll av politiet...*" (s. 412).

¹⁰¹ Begrepsbruken varierer her noe. Eksempelvis Andorsen, Jussens venner 2001, s. 14-15 bruker begrepet "sivile agenter" om provokatører.

¹⁰² Gjengitt i NOU 1997:15 punkt 4.2.8.5

¹⁰³ Rundskriv 2/2000

¹⁰⁴ Andorsen, Jussens Venner 2001, s. 15.

¹⁰⁵ Se Henning Jakhelln, "Oversikt over arbeidsretten", 4. utgave, Oslo 2007, s. 265 med videre henvisning til Rt. 1989 s. 329.

Hopsnes er av den oppfatning at sivile provokatører kan benyttes også i risikosituasjoner, såfremt provokatøren er informert om den potensielle risikoen og likevel samtykker til å stille opp.¹⁰⁶ Det må imidlertid foretas en grensedragnings mot de tilfeller hvor risikoen er så stor at et samtykke ikke vil være gyldig. I tråd med argumentasjonen i forrige avsnitt, mener jeg at Hopsnes her tar til orde for en vel vid adgang til benyttelse av sivile provokatører. Er det i det hele tatt antatt at det ved provokasjonen vil kunne oppstå en fare for provokatørens liv og helse, kan ikke hensynet til kriminalitetsbekjempelse veie opp for dette.

Følgen av at man ikke tar hensyn til provokatørens sikkerhetsrisiko, kan imidlertid sjelden bli at selve provokasjonen anses som ulovlig. Det er ikke av hensyn til provokasjonens objekter de nevnte hensyn eksisterer. Konsekvensene må heller formodes å bli disiplinærreaksjoner mot de ansvarlige for etterforskningen, kombinert med et eventuelt erstatningsansvar overfor den sivile provokatøren hvis risikoen skulle ha realisert seg under provokasjonen.

Det må videre stilles krav til selve provokatøren, og ikke bare krav til hensyn for ham. Dette gjelder spesielt i saker hvor bevisvurderingen er vanskelig. Slik var tilfellet i Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimheroinsaken). Spørsmålet i saken var om provokasjonen var lovlig eller ikke. Tvilen hadde bakgrunn i at tiltalte hevdet provokatøren hadde vært pådriveren for å få til avtalen om kjøp av heroin. Provokatøren mente tiltalte hadde kommet med tilbudet om salg av heroinet på eget initiativ.

Normalt vil påtalemyndighetens bevisførsel basere seg på provokatørens vitnemål, noe som kan være tilstrekkelig for domfellelse. Problemet for politiet og påtalemyndigheten i denne saken var at den sivile provokatøren de hadde alliert seg med, selv var narkotikamisbruker. Høyesterett konstaterte at det hele var et troverdighetsspørsmål, og uttalte: ”I en slik situasjon forekommer det meg i strid med grunnleggende rettsikkerhetsprinsipper at politiet velger en informant som selv er narkotikamisbruker” (s. 1231). Det ble antatt at det forelå en fare for at en slik provokatør ville gå for ivrig til verks i sin gjerning, ettersom hun selv enten hadde, eller kunne få, straffesiktelsener mot seg og videre kunne ha et avhengighetsforhold til sine kontaktpersoner i politiet. På bakgrunn av dette fant Høyesterett at det sto som ”... klart at C [provokatøren] var uskikket til å innta den sentrale posisjon som kjøper i en politiaksjon der det ikke allerede før aksjonen startet var klarlagt på annen måte at selgeren hadde anskaffet

¹⁰⁶ Hopsnes, Jussens Venner 2003, s. 114

heroinet ... [I] vår sak finner jeg dette forholdet avgjørende for at aksjonen har så alvorlige mangler at den ikke kan godtas som grunnlag for domfellelse" (s. 1231).

Det synes å være enighet i juridisk teori¹⁰⁷ om hva konsekvensen av dommen er: Dommen kan ikke tas til inntekt for et generelt forbud mot sivile provokatører fra et kriminelt miljø, men det går en grense for lovlig bruk av sivile provokatører. Det avgjørende må igjen være en totalvurdering av prosessen, og her med spesiell vekt på om det foreligger "tilstrekkelig notoritet omkring gjennomføringen og provokatørens motiv", som Hopsnes uttrykker det.¹⁰⁸

5.5.4 Fornærmedes interesse

I andre typer saker enn narkotikasakene, vil det ofte være en uskyldig tredjepart involvert, normalt beskrevet som den fornærmede. Ved provokasjon lar ofte politiet lovbruddet gå sin gang, for så å gripe inn i etterkant. Dette kan gå utover den uskyldige tredjeparten, enten fysisk, psykisk eller økonomisk, noe som ikke kan aksepteres.

Kravet om at man skal ivareta også fornærmedes interesse under en politiprovokasjon er ikke uttalt i rettspraksis eller i riksadvokatens rundskriv, men det synes å være enighet i juridisk teori om at det må oppstilles en slik skranke.¹⁰⁹ Muligens kan Rt. 2000 s. 1345 tolkes til inntekt for dette, da det uttales: "Det har lenge vært lagt til grunn i rettpraksis at politiet må ha adgang til i en viss utstrekning å benytte utradisjonelle eller ekstraordinære etterforskningsmetoder ... særlig hvor det ikke er noen privat fornærmet" (s. 1347, min kursivering).

Hopsnes mener det generelle vilkåret bør være at "politiets provokasjon ikke fremprovoserer en handling som utgjør et betydelig inngrep i fornærmedes interesse".¹¹⁰ Hva som utgjør et betydelig inngrep er uklart. Det er innlysende at politiet ikke kan provosere frem grov vold, eller unnlate å gripe inn om man kommer over drapsplaner. Slike forhold må gå under det som betegnes som betydelig. Gråsonen mellom ubetydelige og betydelige inngrep er stor, og

¹⁰⁷ Se blant annet Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 111 og NOU 2004:6 s. 87.

¹⁰⁸ Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 111.

¹⁰⁹ Se Andorsen, Jussens venner 2001, s. 13 og Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 113-114.

¹¹⁰ Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 113.

hensynet til kriminalitetsbekjempelse kan heller ikke her veie så tungt at det medfører fare for en uskyldig tredjeperson, i alle fall ikke helsemessig.

5.5.5 Kravet om plan og dokumentasjon

Av riksadvokatens rundskriv følger det at: ”Forut for politimesterens anmodning, og overordnet påtalemyndighets avgjørelse, må det alltid være utarbeidet en plan for hvordan provokasjonshandlingen skal utføres. Provokasjonen må gjennomføres slik at politiet ... kan dokumentere hva som skjer.”¹¹¹ Kravet henger nært sammen med kravet om kontroll over etterforskningen.¹¹² Hovedhensynet bak kravet er også her notoritet. Domstolene skal kunne etterprøve og kontrollere politiet, slik at rettssikkerheten til de involverte i tilstrekkelig grad blir ivaretatt. Et annet prosessuelt hovedhensyn er kontradiksjon - tiltalte skal ha mulighet til å imøtegå politiets påstander. Er prosessen og metodene svakt dokumentert vanskeliggjøres dette, og da foreligger det en utfordring rettssikkerhetsmessig.

Når det gjelder kravet til at det foreligger en plan, er dette et krav som ser ut til å ha relativt lite vekt i totalvurderingen. Den rettspraksis hvor dette har vært drøftet, er tilnærmet tause om hva kravet innebærer. Jeg er enig med Hopsnes, som mener riksadvokatens rundskriv på dette punkt må være å regne som en ren intern instruks, og ikke noe som kan vippe en provokasjonsvurdering verken den ene eller andre veien, såfremt notoriteten rundt provokasjonsprosessen og gjennomføringen ellers er god nok.¹¹³

Kravet til dokumentasjon har derimot større betydning. I Rt. 1998 s. 407 (Skrik) kom Høyesterett til at politiets aksjon totalt sett var beheftet med så store mangler og betenkeligheter at den ikke kunne brukes som grunnlag for domfellelse. Som ett av momentene i vurderingen ble det uttalt: ”Aksjonen er ikke dokumentert eller belyst på den måten bruk av en så vidt ekstraordinær etterforskningsmetode bør være” (s. 412).

Problemstillingen er også berørt i Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimsheroinsaken) hvor politiet hadde unnlatt å informere om at provokasjon var benyttet. Også her ble aksjonen totalt sett bedømt som så mangelfull at den ikke kunne danne grunnlag for domfellelse.¹¹⁴

¹¹¹ Rundskriv 2/2000, s. 5-6

¹¹² Se punkt 5.5.2

¹¹³ Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 112

¹¹⁴ Det avgjørende moment dreide seg dog om selve provokatørens person, se punkt 5.5.3

Hva så om dokumentasjonen i utgangspunktet er god nok, men påtalemyndigheten ikke vil legge frem bevisene? Dette spørsmålet var oppe i EMDs dom av 27. oktober 2004 *Edward and Lewis v. The United kingdom*.¹¹⁵ Påtalemyndigheten i sakene hadde nektet å legge frem bevis for de nasjonale domstolene, med den følge at kontradiksjon var umuliggjort. Begge saksøkerne hevdet at de var utsatt for ulovlig politiprovokasjon. Domstolen mente de ikke hadde mulighet til å ta stilling til selve provokasjonshandlingen, men om bevisfremleggingen uttalte de på generell basis: ”The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party” (avsnitt 52). Det ble videre redegjort for visse unntak som nasjonal sikkerhet og vitnebeskyttelse, men konklusjonen ble at ingen av saksøkerne hadde fått en ”fair trial” jf. EMK artikkel 6 (1).

6 Virkningen av provokasjon

En provokasjon kan av domstolene bedømmes enten som lovlig eller ulovlig. Spørsmålet blir da hvilke rettsvirkninger avgjørelsen får for de ulike aktørene. Emnet som kan problematiseres mest er virkningene av en ulovlig provokasjon, og det kan derfor være enkelt å glemme at også en lovlig provokasjon har rettsvirkninger.

6.1 Virkningen av lovlig provokasjon

For den tiltalte gjerningsperson sier det seg som regel selv hva rettsvirkningen av en lovlig provokasjon vil være: Han er strafferettslig ansvarlig for det fremprovoserte lovbrudd. Dette er målet med en politiprovokasjon. Det er imidlertid på det rene at politiet kan begå visse feil, uten at provokasjonen av den grunn blir ulovlig. I teorien kan det derfor argumenteres for at straffenedsettelse bør være en alternativ virkning, se punkt 6.2.2.4.

¹¹⁵ Klagesak nr 39647/98 og 40461/98.

6.1.1 Straffansvar for provokatøren?

Det kan stilles spørsmål ved om en sivil provokatør er strafferettslig ansvarlig for eventuelle lovbrudd han foretar under provokasjonen. Eksempelvis kan det tenkes at han har kjøpt narkotika fra provokasjonens objekt. Det er sikker rett at politiet ikke har kompetanse til å samtykke i den straffbare handlingen. Dette vil ikke medføre ansvarsfrihet. Samtidig vil det virke urimelig om en medhjelper av politiet som bidrar til kriminalitetsbekjempelse skal straffes for dette. Ikke minst ville dette gjøre politiets rekruttering av sivile provokatører håpløs, noe som i seg selv vil redusere provokasjonens effektivitet som etterforskningsmetode.

Andersen mener løsningen må være å tolke den aktuelle straffebestemmelse innskrenkende, basert på en hensynsvektning.¹¹⁶ Samfunnet har en interesse av å bekjempe kriminalitet, og ikke minst av å oppklare den kriminalitet som er begått. Etterforskningshandlingen er med andre ord ”mer ønskelig enn straffverdig”.¹¹⁷ Innfallsvinkelen er fornuftig, og jeg kan ikke se at det i rettspraksis har vært tilfeller hvor en sivil provokatør har blitt holdt strafferettslig ansvarlig for lovbrudd gjort som provokatør under en lovlig provokasjon. Det samme må også gjelde for politiets vedkommende. Så lenge provokasjonen er bedømt som lovlig, vil det være direkte selvmotsigende om de involverte polititjenestemenn ble ansett som lovbrøyttere, uansett om man har utført handlingen selv, eller bare medvirket.

6.2 Virkningen av ulovlig provokasjon

Det er når provokasjonen blir bedømt som ulovlig at virkningene blir mer sammensatte og kompliserte. Beslutningen har selvsagt mest å si for den som er provokasjonens objekt. Forskjellen på om en provokasjon blir ansett som lovlig eller ulovlig, kan i teorien bety forskjellen på et liv som fri borger eller et liv i fengsel med lite håp om et fullverdig liv når han først kommer ut. Avgjørelsen vil imidlertid også ha konsekvenser for de øvrige aktørene. I den videre drøftelse er det forutsatt at de øvrige straffbarhetsvilkår er oppfylt.

¹¹⁶ Andersen, Jussens venner 2001, s. 17.

¹¹⁷ Sitat Andersen, Jussens venner 2001, s. 17.

Utgangspunktet for påtalemyndigheten fremgår av riksadvokatens rundskriv, hvor det etter en gjennomgang av grunnvilkåret uttales: ”Tilfredsstiltes ikke disse vilkår, skal det ikke reises tiltale. Reises tiltale likevel, må tiltalte frifinnes ... En ser det da slik at påtalemyndighetens provokasjon fratår handlingen dens rettsstridige karakter slik at straff ikke kan anvendes”.¹¹⁸

Det må antas at denne instruksjonen følges, slik at det i de fleste tilfeller hvor ulovlig politiprovokasjon blir benyttet ikke reises tiltale. Rettspraksis viser imidlertid at det er tilfeller hvor påtalemyndigheten anser provokasjonen som lovlig, men domstolen konkluderer annerledes. Spørsmålet er da hva virkningen blir for de ulike aktørene.

6.2.1 Straffrihet

Enkelte straffrihetsgrunner er lovfestede, eksempelvis nødrett og nødverge.¹¹⁹ Slik er det ikke for den ulovlige politiprovokasjonens vedkommende. Virkningene følger av rettspraksis, og det vil være opp til domstolen i det enkelte tilfelle å fastsette konsekvensen. Domstolene kan ikke pålegge påtalemyndigheten å trekke en sak, selv om den anser provokasjonen som ulovlig.

I den grunnleggende Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) ble flere alternativer skissert: ”I mange tilfelle vil det nok være naturlig at påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale. Blir saken brakt inn for domstolene, oppstår det spørsmål om *bevisene skal avskjæres*. Når det, som i denne sak, hevdes at politiet ... har fremkalt den handling tiltalen gjelder, ville det imidlertid også være en mulighet at *tiltalte blir å frifinne*. *Avvisning har også vært antydning som et alternativ*” (s. 1079, min kursivering).

Den etterfølgende praksis viser at frifinnelse vil være hovedvirkningen. I Rt. 1992 s. 1088 var et av spørsmålene nettopp hvilken betydning det skulle ha dersom politiet gjennom sin etterforskning har fremprovosert handlingen tiltalen gjelder, altså brutt grunnvilkåret. Om dette ble det uttalt: ”Det som taler mot straff for handlinger som er fremprovosert av politiet, er først og fremst at dette finnes støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet. Slike omstendigheter må kunne føre til at straff ikke anvendes. *Jeg finner at man da bør se det slik*

¹¹⁸ Rundskriv 2/2000, s. 4.

¹¹⁹ Straffeloven §§ 47 og 48.

at det foreligger en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjon” (s. 1091, min kursivering).¹²⁰ At frifinnelse er et alternativ ved konstitutiv provokasjon, var dermed etablert.

På generell basis uttalte Høyesterett videre at ”... det kan være vanskelig generelt å angi i hvilke tilfeller etterforskning med provokasjonstilsnitt får den virkning at de fremprovoserte handlinger skal anses som straffbare. Ønsket om å motvirke uakseptable etterforskningsmetoder vil være et viktig hensyn, men det kan være usikkert hvilken rekkevidde det her vil ha. Spørsmålet kan tenkes å oppstå i meget forskjelligartede situasjoner, og de kryssende hensyn vil gjøre seg gjeldende med ulik tyngde.” En naturlig språklig forståelse av uttalelsen tilsier at det ikke skal være noen automatikk i at det avsies frifinnende dom selv om grunnvilkåret er brutt. Derimot skal det som ved brudd på de prosessuelle vilkår foretas en totalvurdering, hvor de varierende hensyn vektet.

At en slik rettsoppfatning ikke kan legges til grunn, må imidlertid anses klart etter Rt. 1998 s. 407 (Skrik). Om brudd på grunnvilkåret ble det av flertallet uttalt: ”Hvis det foreligger forledelse utover en slik ramme, må domfelte etter rettspraksis frifinnes, jf. Rt-1992-1088” (s. 410). Uttalelsen er fulgt opp i senere praksis, deriblant Rt. 2000 s. 1482, som sier: ”Høyesterett har i flere avgjørelser fra de senere år lagt til grunn at dersom politiet har overtrådt de grenser som må oppstilles for bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt, *må dette betraktes som en ulovfestet frifinnelsesgrunn*” (s. 1483).

Etter dette må det være klart at brudd på grunnvilkåret ved politiprovokasjon medfører frifinnelse for den tiltalte. Det er, som Hopsnes påpeker, rettskildemessig underlig at man i Rt. 1998 s. 407, hvor den gjeldende virkning ble fastsatt, bygger på Rt. 1992 s. 1088, som etter mitt syn ikke kan tas til inntekt for noen slik absolutt regel.¹²¹ Uttalelsen er imidlertid gjentatt såpass ofte i senere rettspraksis at den må regnes som sikker rett, selv om den bygger på uklart grunnlag. Også hensynene bak vilkårene tilsier at frifinnelse vil være å foretrekke som virkning, og da spesielt kriminaliserings- og misbrukshensynet. Hadde objektet blitt straffedømt til tross for at provokasjonen var ulovlig, ville dette styrke motivasjonen til å kriminalisere bestemte enkeltpersoner, noe som igjen er et misbruk av provokasjonsinstituttet.

¹²⁰ Andorsen er kritisk til sammenligningen med rettsstridsreservasjonen, se Jussens venner 2001, s. 22. Diskusjonen er som Hopsnes påpeker, relativt akademisk, se Jussens venner 2003, s. 115-116. Høyesteretts intensjon var neppe å si at konstitutiv provokasjon gjør den tiltaltes handling rettmessig.

¹²¹ Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 116

Hvilken virkning brudd på forholdsmessighetskravet har er usikkert. Med bakgrunn i personvern- og kriminaliseringshensyn, tar Hopsnes til orde for at brudd på forholdsmessighetskravet må medføre frifinnelse.¹²² Kravet henger nært sammen med kriminalitetskravet, som må anses som et selvstendig materielt vilkår. Gode grunner taler derfor for å legge Hopsnes tolkning til grunn, men spørsmålet er foreløpig uavklart.

Hva så med de sakene hvor grunnvilkåret er oppfylt, men de formelle eller prosessuelle krav ikke er oppfylt? Her er det andre hensyn som gjør seg gjeldende, ettersom det med et oppfylt grunnvilkår normalt ikke vil være problematisk i forhold til kriminalisering og misbruk. Derimot er notoriteten viktig for å ivareta objektets rettssikkerhet.

Som beskrevet i punkt 5.5 flg. er det lite som tyder på at Høyesterett tillegger noe prosessuelt vilkår tilstrekkelig vekt alene til å anse provokasjonen som ulovlig. Allerede i Rt. 1992 s. 1088 ble det om riksadvokatens rundskriv uttalt: ”Det kan ikke være tvilsomt at en eventuell overtredelse av slike retningslinjer ikke i seg selv innebærer at de tiltalte skal frifinnes” (s. 1092). Tilsvarende slutning har også vært trukket for kompetansekravet og kontrollkravet i Rt. 2000 s. 1482. Slik jeg tolker rettspraksis, må de formelle og prosessuelle feil i en provokasjonssak vurderes samlet. Hvis totalsummen av vilkårsbrudd og mangler er så stor at notoriteten omkring gjennomføringen er skadelidende, og aksjonen ikke fremstår som forsvarlig, må resultatet bli at provokasjonen anses som ulovlig. Dette støttes av Rt. 1998 s. 407 (Skrik (s. 412)) og Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimsheroinsaken (s. 1231)) hvor det ble konkludert med at politiets aksjon totalt sett hadde ”... så alvorlige mangler at den ikke kan godtas som grunnlag for domfellelse.”

Om virkningen av dette uttales det i Rt. 1998 s. 407 (Skrik): ”Jeg kan ikke se annet enn at vi her står overfor en ulovfestet frifinnelsesgrunn, slik at A må frifinnes også på dette grunnlag” (s. 412). Dette ble også resultatet i Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimsheroinsaken). Etter dette må det legges til grunn at virkningen av formelle og prosessuelle mangler vil være frifinnelse dersom resultatet av totalvurderingen blir at provokasjonen er ulovlig. I motsatt fall vil ikke slike feil vektlegges ved bedømmelsen av objektets handling. Bak en slik løsning må det antas at det ligger en prevensjonstanke – jo mer fordelaktig en virkning er for provokasjonens

¹²² Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 120

objekt, jo mer vil politi og påtalemyndighet forsøke å forhindre feil som kan lede til virkningen.¹²³

For politiet og provokatøren vil det neppe være av strafferettslig betydning om provokasjonen blir bedømt som lovlig eller ulovlig. De samme betraktninger som nevnt under punkt 6.1.1 gjør seg i stor grad gjeldende også her. Andorsen trekker imidlertid frem et interessant argument for den sivile provokatørs vedkommende: Rettsvillfarelse.¹²⁴ Dersom politiet forteller provokatøren at provokasjonshandlingen er lovlig, vil selvsagt provokatøren ha grunn til å stole på dette, spesielt på et så komplisert og uklart område som regelverket for politiprovokasjon. Hvis det skulle komme så langt som til en strafferettssak mot provokatøren grunnet provokasjonshandlingen, vil dette etter mitt syn normalt måtte være et avgjørende argument i forhold til rettsvillfarelsesvurderingen etter straffeloven § 57. Det foreligger foreløpig ikke rettspraksis omkring spørsmålet.

6.2.2 De øvrige alternativ

Det er nå etablert at straffrihet er primærvirkningen av ulovlig provokasjon, både ved brudd på de materielle, formelle og prosessuelle vilkår. Hvorvidt domstolene har flere alternativer, og når disse eventuelt skal anvendes, er dermed et spørsmål som oppstår.

6.2.2.1 Avvisning

Første alternativ er avvisning av saken. Dette innebærer at domstolen ikke tar opp saken til realitetsbehandling, og den ulovlige provokasjonen må da anses som en manglende prosessforutsetning. I Rt. 1992 s. 1088 ble dette avvist, og det ble uttalt: ”Jeg kan ikke se at det i disse tilfeller mangler noen prosessforutsetning eller at det ellers kan være grunnlag for å avvise saken” (s. 1091). Etter mitt syn må dommen tolkes slik at avvisning ikke kan anvendes som virkning mot ulovlig provokasjon. Hopsnes mener også et slags effektivitetshensyn må trekke i denne retning, for dersom konstitutiv provokasjon ble ansett som en manglende prosessforutsetning, ville dette kunne medføre at bevis og argumentasjon måtte føres to

¹²³ Andorsen er kritisk til en slik tanke, og mener den har et pønalt preg overfor politiet, se Jussens venner 2003, s. 23.

¹²⁴ Andorsen, Jussens venner 2001, s. 18-19.

ganger i samme sak.¹²⁵ Andorsen går hakket lengre, og mener det må en lovendring til for at avvisning kan benyttes.¹²⁶

6.2.2.2 Bevisavskjæring

Siden muligheten for at bevisavskjæring kunne være en alternativ virkning ble reist i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I), må dette også nevnes. I tråd med den straffeprosessuelle praksis, vil det være hvor politiet har ervervet bevis ulovlig at avskjæring normalt er konsekvensen. Dette var blant annet tilfellet i Rt. 1999 s. 1269 (Verksmestersaken). Man beveger seg da inn på bevisprovokasjonens område, og jeg viser til den generelle avgrensning, punkt 1.3.2.

6.2.2.3 Opphevelse

Høyesterett har også muligheten til å oppheve lagmannrettens dom. Virkningen henger sammen med bevisavskjæring, da vurderingen er temmelig lik. Har en tidligere instans brukt ulovlig ervervede bevis i sin vurdering av straffespørsmålet må følgen bli opphevelse, se eksempelvis Rt. 1999 s. 1269 (Verksmestersaken).

For de tilfeller hvor det ikke er snakk om bevisprovokasjon, vil opphevelse kunne skje hvis straffespørsmålet er avgjort av en jury, og Høyesterett finner at rettsbelæringen fra rettsformannen til denne gir uttrykk for en uriktig rettsoppfatning. Dette var tilfelle i Rt. 2008 s. 1659, og mindretallet i Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimsheroinsaken) tok også til orde for en slik løsning.

I Rt. 2006 s. 120 er domsgrunnene noe uklare vedrørende hvorfor det velges opphevelse i stedet for frikjennelse for punktet som gjelder overtredelse av straffeloven § 233a. Den sivile provokatøren, som må identifiseres med politiet, hadde gjennom sin handling ”skapt ei handling som elles ikkje ville funne stad” (avsnitt 37), noe som må anses som et brudd på grunnvilkåret. Høyesteretts tidligere tendens har vært å anse dette som en straffrihetsgrunn, og dermed avsi frifinnelsesdom. Den nærliggende forklaringen må være at Høyesterett enten ikke anså seg selv som kompetente til å prøve dette som et skyldspørsmål, eventuelt at

¹²⁵ Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 117

¹²⁶ Andorsen, Jussens venner 2001, s. 21

provokasjonsmomentet ikke var uttalt i rettsbelæringen fra lagmannsretten, noe som tradisjonelt sett har vært betraktet som en opphevelsesgrunn.

6.2.2.4 Straffenedsettelse

Straffenedsettelse er et alternativ som har blitt drøftet i teorien, men som foreløpig ikke har blitt anvendt i praksis her til lands, til tross for at man i flere andre land anser ulovlig provokasjon som et straffeutmålingsmoment. Tanken er at man i stedet for å ha to ytterpunkter i form av straffrihet eller fullt straffansvar, kan anvende straffenedsettelse dersom det under gjennomføringen av provokasjonen har vært mindre alvorlige materielle eller formelle vilkårsbrudd. Hopsnes mener brudd på indikasjonskravet er et tilfelle hvor prevensjonshensynet vil være tilstrekkelig ivaretatt hvis man tillegger brudd virkning for straffeutmålingen.¹²⁷ For meg fremstår tanken om straffenedsettelse som interessant, og da spesielt for de formelle og prosessuelle feil. Først av alt må man ha den fornærmedes interesse i tankene. Hvis en gjerningsperson går fri grunnet politiets prosessfeil, vil dette virke urimelig og støtende for den som var et offer for lovbruddet, og ville virke skadelidende på tillitsforholdet mellom politiet og samfunnet. Videre kan en slik løsning bidra til en balanse mellom de øvrige hensyn. På den ene siden må man ta hensyn til prevensjonstanken – man vil unngå at politi og påtalemyndigheten bryter vilkår. Spørsmålet da blir hvorvidt straffenedsettelse har tilstrekkelig pønalt preg overfor politiet til at prevensjonshensynet kan anses ivaretatt. I motsatt retning kan det anføres at objektets handling fremdeles er straffverdig, selv om politiet har begått formelle feil, og at straffrihet av denne grunn ikke bør anvendes i slike tilfeller.

6.3 Høyesteretts kompetanse

I relasjon til drøftingen om politiprovokasjon både som etterforskningsmetode og straffrihetsgrunn, er det interessant å se på hvordan Høyesterett, i forhold til normal straffeprosessuell praksis, har utvidet sin prøvingskompetanse. Spørsmålet er hvorvidt provokasjonsvurderingen hører inn under skyldspørsmålet eller straffespørsmålet, og de særegne prosessuelle hensyn som gjør seg gjeldende på provokasjonsområdet gjør at dette er verdt en kort redegjørelse.

¹²⁷ Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 120.

Utgangspunktet ble uttalt i Rt. 1992 s. 1088, hvor det sies: ”Det var derfor i prinsippet en riktig saksbehandling når lagmannsretten behandlet spørsmålet om straffrihet ... som en del av skyldspørsmålet” (s. 1091). Her hadde forsvarerne anført at spørsmålet om provokasjon var så komplisert at det burde bli avgjort av rettens juridiske medlemmer, og ikke av juryen. Dette ble i utgangspunktet avvist av Høyesterett. Ved å uttale at spørsmålet om straffrihet skulle behandles som en del av skyldspørsmålet, også i provokasjonstilfellene, sa man i praksis at spørsmålet skal forelegges en jury i saker hvor det er dette. Hopsnes er til dels enig med forsvarernes argumentasjon, og peker på at jurymedlemmene ikke nødvendigvis vil forstå at det er politiets handling, og ikke tiltaltes, som vil være bevisstemaet. Dette vil høyne risikoen for at juryen ikke vurderer spørsmålet riktig, og dermed kommer til feil avgjørelse.¹²⁸

Ved at provokasjonsvurderingen er en del av skyldspørsmålet, begrenses i utgangspunktet Høyesteretts kompetanse noe. Etter straffeprosessloven § 306 andre ledd, har da Høyesterett bare anledning til å prøve lovanvendelsen og ikke bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Hadde ankegrunnen i stedet vært saksbehandlingen, ville Høyesterett hatt full prøvelseskompetanse.

Problemet med Høyesteretts begrensede kompetanse, er for det første at en juryavgjørelse ikke er grunnlagt. Vår øverste domstol må derfor basere sin avgjørelse på om rettsbelæringen fra lagmannen til juryen har beskrevet reglene om provokasjon uttømmende og tilfredsstillende. På et så omfattende og sammensatt område som politiprovokasjon, vil dette tidvis være vanskelig. Dette ble understreket av Høyesteretts flertall i Rt. 2000 s. 1223:

”Hvorvidt en provokasjon har vært ulovlig eller hvorvidt etterforskningen lider av slike mangler at det kan være spørsmål om å la det få virkninger for skyldspørsmål, reiser vurderinger som bygger på et omfattende og ofte sammensatt faktum. Dette faktum skal så holdes opp mot kompliserte rettsspørsmål. Dersom rettsbelæringen som bakgrunn for lovforståelsen, inneholder en detaljert redegjørelse for de alternative bevissituasjoner juryen må forholde seg til, vil dette lett sprengte rammene for rettsbelæringen og gjøre den vanskelig å forstå for jurymedlemmene” (s. 1226).

Høyesterett pekte videre på at man her sto overfor rettssikkerhetsspørsmål av stor betydning, og at de begrensningene jurysystemet satte, ikke kunne hindre Høyesterett å kontrollere disse

¹²⁸ Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 125.

spørsmål. De tillot derfor at materiale utenfor rettsbelæringen ble trukket inn i vurderingen, noe som normalt ville vært utelukket ved en anke over skyldspørsmålet.

Behovet for å kontrollere ivaretagelsen av rettssikkerhetshensynene manifesterte seg kun måneder etter, da det i Rt. 2000 s. 1482 ble uttalt:

”Selv om overskridelse av grensene for bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt etter rettspraksis anses som en ulovfestet frifinnelsesgrunn, må etter min mening spørsmålet prosessuelt kunne behandles som et spørsmål om saksbehandlingsfeil. Dette innebærer at Høyesterett ved prøvelsen ... ikke bare har kompetanse til å prøve lovanvendelsen, men også bevisbedømmelsen” (s. 1484).

Konsekvensen av dommen må være at Høyesterett har ubegrenset kompetanse i saker hvor spørsmålet er om grensene for bruk av politiprovokasjon som etterforskningsmetode er overskredet. Nyere rettspraksis, blant annet Rt. 2008 s. 1659, synes å bygge på dette. Selv om det kan anføres at Høyesterett her både skaper prosessmessig uklarhet¹²⁹ og går noe langt i å utvide sin egen prøvingskompetanse, oppveies dette til en viss grad av at rettssikkerheten til provokasjonens objekt får styrket vern med en slik løsning. Det er imidlertid ikke heldig at man med denne ordningen har fraveket normal straffeprosessuell praksis, spesielt ettersom Høyesterett har tildelt seg selv denne kompetansen, og ikke fått den direkte av lovgiver.

7 Forholdet til EMK

Gjennom menneskerettsloven¹³⁰ § 2 er den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) inkorporert i norsk rett. Lovens § 3 bestemmer at EMKs bestemmelser ved motstrid skal gå foran de norske regler. Dette gjør at praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) vil være relevante rettskilder i norsk rett. Det er hovedsakelig EMK artikkel 6 og artikkel 8 som er interessante i forhold til politiprovokasjon.

¹²⁹ I de lavere domstolene må nemlig fremdeles vurderingen være en del av skyldspørsmålet, jf. Hopsnes, JV 2003, s. 126 og Hopsnes, JV 2001, s. 25-26.

¹³⁰ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.

7.1 EMK artikkel 6

EMK artikkel 6 bestemmer at alle har rett til en rettferdig rettergang. Saken som helhet må være rettferdig, og politiets etterforskningsmetode vil være et moment i denne vurderingen. Menneskerettighetsdomstolen har i flere tilfeller ansett provokasjoner som ulovlige, og det interessante er hvilke momenter som vektlegges i denne vurderingen.

I EMDs dom av 9. juni 1998 *Teixeira de Castro v. Portugal*¹³¹ ble det vektlagt at politiet ikke hadde grunn til å mistenke at de Castro solgte narkotika før provokasjonen ble iverksatt, at han ikke hadde stoffet lett tilgjengelig, at provokatøren hadde tatt initiativet og at de nasjonale domstolene i hovedsak hadde dømt han på grunnlag av de to involverte politimennenes vitneutsagn.¹³²

Også i EMDs dom av 15. desember 2005 *Vanyan v. Russia*¹³³ vektla retten at politiet før provokasjonen ikke hadde grunn til å mistenke klageren for narkotikasalg, og la liten vekt på politiets vitneutsagn om dette. Domstolen konkluderte med at man ikke hadde noen holdepunkter for at den straffbare handlingen ville blitt begått om man tenkte politiets provokasjon bort, og fastslo at det hadde vært et brudd på EMK artikkel 6.¹³⁴

Det må som følge av dette være utvilsomt at politiprovokasjon kan medføre at en rettergang ikke er rettferdig i henhold til EMK artikkel 6. Viktige momenter er objektets forhistorie, hans konkrete planer, hvem som har tatt initiativet og hvorvidt politiets forklaringer er alene som bevis. I det store og hele foreligger det ikke vesentlige forskjeller i den vurdering menneskerettighetsdomstolen foretar seg, og den som blir tatt i norske domstoler. De norske reglene om politiprovokasjon må derfor anses å være i harmoni med EMKs krav. Om man skal påpeke en nyanseforskjell, så er det menneskerettighetsdomstolens vektlegging av mistankekravet.¹³⁵ Det foreligger et slikt krav også i norsk praksis, men det er ikke nevnt i riksadvokatens rundskriv. Menneskerettighetsdomstolen har vist seg å være relativt rask med

¹³¹ Klagesak nr. 25829/94

¹³² Se for øvrig punkt 5.4.1

¹³³ Klagesak nr. 53203/99, se dommens pkt. 49 flg.

¹³⁴ Et relativt nylig sak er EMDs dom av 5. februar 2008, *Ramanauskas v. Lithuania*. (Klagesak 74420/01). Den ulovlige provokasjon var relativt klar etter mitt syn, noe også domstolen konkluderte med. Domsgrunnene drøfter dog mest mangelen ved at provokasjon ikke var brukt som moment i straffbarhetsvurderingen i de nasjonale domstolene.

¹³⁵ Se punkt 5.4.1

å konstatere ulovlig provokasjon i tilfeller hvor mistankekravet ikke er oppfylt – og dertil snar med å vektlegge et oppfylt mistankekrav i tilfeller hvor klageren har vært involvert i lik kriminalitet tidligere. I norsk praksis har nok ikke dette kravet like avgjørende vekt. Det må videre nevnes at det i norsk praksis ikke tillegges særlig vekt at politiets forklaringer er eneste bevis. Såfremt notoriteten og kontrollen er ivaretatt, kan jeg ikke se at dette skulle være særskilt problematisk, heller ikke i forhold til EMK.

7.2 EMK artikkel 8

Menneskerettighetskonvensjonen artikkel 8 regulerer retten til respekt for privatlivet. Det har foreløpig ikke blitt avsagt dommer vedrørende politiprovokasjon i forhold til artikkel 8. Etter politimetodeutvalgets oppfatning, vil en provokasjon påvirke en persons rett til å være i fred, og uttaler: ”Metoden griper således inn i integritetsvernet etter EMK art 8 (1)”.¹³⁶ For at et slikt inngrep skal være lovlig, må det jf. artikkel 8 (2), ha hjemmel i lov, være begrunnet i et relevant formål og være nødvendig i et demokratisk samfunn. De to siste vilkårene vil sjelden være problematiske i forhold til provokasjon i norsk rett, da de må anses ivaretatt gjennom blant annet kriminalitetskravet.¹³⁷

De norske reglene om provokasjon er imidlertid ulovfestede, og det kunne derfor tenkes at all politiprovokasjon av den grunn måtte anses å være i strid med EMK artikkel 8. Lovkravet etter artikkel 8 (2) er imidlertid forskjellig fra det norske legalitetsprinsippet. Det er sikker rett at dette også omfatter ulovfestede rettsregler og instruksjer.¹³⁸ De norske reglene må derfor i utgangspunktet anses å oppfylle kravene til inngrep.¹³⁹

Hypotetisk sett kan det tenkes at en provokasjon likevel vil bryte med EMK artikkel 8, noe både politimetodeutvalget og Hopsnes peker på.¹⁴⁰ Hvis provokasjon kombineres med infiltrasjon, eller pågår over lang tid uten særlig utvikling i saken, vil dette kunne bli realiteten. Videre momenter i vurderingen vil være hvor sterk mistanken er, og hvor godt

¹³⁶ NOU 2004:6 s. 85

¹³⁷ Se punkt 5.4.2.

¹³⁸ Se eksempelvis EMDs dom av 26. april 1979, *The Sunday times v. The United Kingdom*, avsnitt 47 flg.

¹³⁹ Hopsnes mener det likevel kan stilles spørsmål ved om dagens ordning oppfyller EMKs krav (Jussens venner 2001, s. 76).

¹⁴⁰ Henholdsvis NOU 2004:6 s. 85 og Hopsnes, Jussens venner 2003, s. 76.

rettssikkerheten til objektet er ivaretatt. Inntil spørsmålet blir avgjort i EMD, er dette likevel bare antagelser.

8 Bør provokasjonsreglene lovfestes?

Den viktigste rettspolitiske diskusjonen vedrørende politiprovokasjon og de tilstøtende metoder, er hvorvidt reglene bør lovfestes. Allerede under forarbeidene til den nåværende straffeprosesslov, ble det debattert hvorvidt reglene burde lovfestes. Blant annet basert på daværende riksadvokat Dorenfeldts instruks,¹⁴¹ konkluderte justisdepartementet med at "... det neppe på nåværende tidspunkt er grunn til å lovregulere de etterforskningsmetoder det her er tale om".¹⁴² På denne tiden var politiprovokasjon fremdeles en fersk etterforskningsmetode, og det var uklart hvilke problemstillinger som kunne oppstå. Både riksadvokaten og departementet inntok en "veien blir til mens man går"-mentalitet, og mente det var mest fornuftig å la domstolene utvikle løsninger på problemene etter hvert som de dukket opp.

Løsningen ble godtatt i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I), hvor det ble uttalt: "I og for seg er det klart at enkelte etterforskningsskritt representerer et slikt inngrep overfor den det rettes mot, at det ut fra legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel. Men jeg kan ikke se at bruk av slike ekstraordinære etterforskningsmetoder som det er tale om i vår sak, er av en slik art" (s. 1079). Spørsmålet kom igjen på dagsorden ved revideringen av straffeprosessloven.

Justisdepartementet fant ingen grunn til lovfesting, men uttalte: "Departementet ser likevel ikke bort fra at bruken av utradisjonelle etterforskningsmetoder, og særlig de med provokasjonstilsnitt, med tiden utvikler seg slik at lovregulering blir nødvendig."¹⁴³

Politimetodeutvalget tok departementet på ordet, og dets flertall gikk i NOU 2004:6 inn for at provokasjon som etterforskningsmetode ble lovfestet.¹⁴⁴ Departementet sa seg enig i at i alle fall de mest kontroversielle metoder burde lovfestes, men mente lovreguleringsspørsmålet burde bli utredet av et eget utvalg.¹⁴⁵

¹⁴¹ Dorenfeldt, LoR 1978, s. 291.

¹⁴² Ot.prp.nr.35 (1978/79) s. 179

¹⁴³ Ot.prp.nr.64 (1998/99) s. 124

¹⁴⁴ For lovforslaget, se NOU 2004:6 s. 233 flg.

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.60 (2004/05) s. 141

Selv om reglene om politiprovokasjons foreløpig ikke er lovfestet, er det altså tegn som tyder på at det går i den retningen. Det er derfor interessant å se på hvilke hensyn som må ligge bak en slik vurdering.

De hensyn som lå bak valget om å ikke lovfeste provokasjonsreglene sent på 1970-tallet, kan ikke lengre vektlegges i like stor grad. Politiprovokasjon må nå kunne beskrives som en etablert etterforskningsmetode, og domstolene har gjennom mange avgjørelser etablert et komplekst og relativt fyldig regelverk for når metoden kan benyttes. Dette taler for at tiden er moden for lovfesting. Samtidig vil en lovfesting redusere det som er styrken til den ulovfestede ordningen, nemlig fleksibiliteten. Det må antas at det i fremtiden vil oppstå problemstillinger knyttet til politiprovokasjon som enda ikke har vært oppe for domstolene. Fastsatte lovregler kan da i teorien hindre domstolene i å komme frem til det som for dem fremstår som den mest rimelige løsning.

Fleksibilitetshensynet gjelder også for politiet, og henger nært sammen med hvor effektiv politiprovokasjonen er som etterforskningsmetode. For statiske regler vil kunne hindre politiet i å bruke provokasjon formålstjenlig. Dette var også bekymringen til utvalget bak NOU 1997:15. De baserte sitt standpunkt på erfaringer fra Danmark, hvor metoden var lovfestet. Dette hadde medført en klar nedgang i anvendelsen av provokasjon og provokasjonslignende tiltak, blant annet på grunn av at det var vanskelig å unngå at bakgrunnsinformasjon kom frem og at kildenes og provokatørens identitet ble røpt.¹⁴⁶ Det kan derfor antas at hensynet til kriminalitetsbekjempelse taler mot lovfesting, men dette er til en viss grad spekulasjon, da det er vanskelig å si hvor rigide de eventuelle lovreglene vil være. Uansett må også hensynet til politiets effektivitet i det minste tale mot lovfesting.

Åpenhet er et hensyn som må vektlegges begge veier. Mot lovfesting kan det anføres at det vil gi de kriminelle innsyn i politiets metoder, og mulighet til å tilpasse seg disse. Etter mitt syn kan ikke dette ha vesentlig vekt. Selve provokasjonen som metode er vanskelig å gardere seg mot, selv om man kjenner til reglene som regulerer metoden. Derimot må det anses som noe positivt i en moderne rettsstat at rettsregler blir lovfestet, noe som vil gjøre at man er på den sikre siden i forhold til legalitetsprinsippet. En slik åpenhet vil medføre at forutberegneligheten for borgerne vil øke og det vil skape klarhet for de som skal anvende

¹⁴⁶ NOU 1997:15 punkt 2.25

reglene. Videre kan det ikke utelukkes at tillitsforholdet mellom politiet og samfunnet vil styrkes, ettersom borgerne har større innsikt i hvilke regler politiet må forholde seg til. Dagens lite tilgjengelige regelverk kan neppe anses å styrke dette tillitsforholdet.

Videre må forholdet til menneskerettighetskonvensjonen tillegges vekt, og da spesielt til dens artikkel 8, som oppstiller et lovkrav for tillatte inngrep i privatlivets fred.¹⁴⁷ Dette er en av hovedgrunnene til at politimetodeutvalgets flertall foreslo lovfesting. I forhold til kravet EMD vil stille til hjemmelsgrunnlag, uttales det:

”I alle fall er det klart at domstolen vil se hen til hva som er standard i andre konvensjonsland. Dersom det kan konstateres en felles holdning, vil den kunne bli holdt opp som europeisk standard. Det må derfor tillegges vekt at den alminnelige utvikling i de vesteuropeiske land går i retning av å lovfeste politimetoder, og at hensynet til EMK har vært motiverende i flere av landene.”¹⁴⁸

Hensynet må antas å ha betydelig vekt i den prosess som nå ser ut til å føre til lovfesting av reglene om politiprovokasjon. Totalt sett er jeg av den oppfatning at dette vil være en riktig utvikling. Politiprovokasjon som metode er inngripende, og medfører betenkeligheter. Et godt gjennomarbeidet lovverk, basert på de regler og skranker som er utviklet gjennom relativt langvarig rettspraksis, vil snarere være en styrke enn en svakhet i den norske rettsutviklingen. Som nevnt i punkt 4.3.5.2 må også tillitshensyn tale for lovfesting.

De hensyn som taler mot lovfesting har, etter mitt syn, lavere totalvekt enn de som taler for, og det må antas at betenkelighetene til en viss grad kan reduseres ved å sikre at det eventuelle lovverket får et fleksibelt preg. For å sikre denne fleksibiliteten, bør også virkningene av overtredelse lovfestes, og på bakgrunn av fremstillingen i punkt 6.2.2.4, bør straffenedsettelse være en av de lovfestede virkninger. En glideskala, med straffrihet og maksimal utnyttelse av den aktuelle strafferamme som ytterpunktene, vil gi domstolene den nødvendige fleksibilitet. De kan da anvende straffenedsettelse som et middel for å balansere mellom behovet for å straffe den kriminelle og behovet for å hindre formelle og prosessuelle feil fra politiets og påtalemyndighetens side. Er feilene graverende, vil det være naturlig å nærme seg straffrihet på skalaen, mens det ved ubetydelige feil, vil være naturlig å idømme normal straff for lovovertrædelsen. De alternativene en slik løsning vil gi domstolene, er etter mitt syn enn

¹⁴⁷ Se punkt 7.2.

¹⁴⁸ NOU 2004:6 s. 175.

bedre løsning enn den som eksisterer i dag, hvor det er vanskelig å skille gråsonetilfellene fra hverandre, og formelle eller prosessuelle feil ofte ikke får konsekvenser.

9 Litteraturliste

Bøker og artikler:

- Andorsen, Kjell V, ”Proaktiv politietterforskning”, *Jussens venner 2001*, s. 1-27.
- Dorenfeldt, Lauritz J., ”Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?”, *Lov og Rett 1978*, s. 291-303.
- Gammeltoft-Hansen, Hans, ”Agent controlleur”, *Tidsskrift for rettsvitenskap 1984*, s. 89-131.
- Hopsnes, Roald, ”Provokasjon som politimetode”, *Jussens venner 2003*, s. 62-130.
- Hov, Jo, *Rettergang II Straffeprosess* (Oslo 2008).
- Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave (Oslo 2007).
- Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 5. utgave (Oslo 2005).
- Mathiesen, Thomas, *Retten i samfunnet – en innføring i rettssosiologi*, 5. utgave (Oslo 2005).

Lover:

- Lov av 22. mai 1902 nr. 10: Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven), §§ 47, 48, 228 og 233a.
- Lov av 4. juni 1976 nr. 63: Lov om samferdsel (opphevet), §§ 7 og 26.
- Lov av 22. mai 1981 nr. 25: Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven), §§ 224 og 306.
- Lov av 4. august 1995 nr. 53: Lov om politiet (politiloven), §§ 1, 2 og 6.
- Lov av 21. mai 1999 nr. 30: Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 2 og 3.

Forarbeider:

- NOU 1997: 15, Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet.
- NOU 2003: 21, Kriminalitetsbekjempelse og personvern. Politiets og påtalemyndighetens behandling av opplysninger.
- NOU 2004: 6, Mellom effektivitet og personvern, politimetoder i forebyggende øyemed.
- Ot.prp. nr.35 (1978-1979), Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven).

Ot.prp. nr.64 (1998-1999), Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven (etterforskningsmetoder m v).

Ot.prp. nr. 60 (2004-2005), Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet).

Rettspraksis:

Rt. 1984 s. 1076

Rt. 1989 s. 329

Rt. 1992 s. 1088

Rt. 1993 s. 743

Rt. 1994 s. 319

Rt. 1998 s. 407

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2000 s. 1223

Rt. 2000 s. 1345

Rt. 2000 s. 1482

Rt. 2002 s. 1043

Rt. 2006 s. 120

Rt. 2007 s. 268

Rt. 2008 s. 1659

Dommer fra EMD:

EMDs dom av 26. april 1979 *The Sunday times v. The United kingdom*, klagesak nr. 6538/74.

EMDs dom av 9. juni 1998 *Teixeira de Castro v. Portugal*, klagesak nr. 25829/94.

EMDs dom av 27. oktober 2004 *Edward and Lewis v. The United kingdom*, klagesak nr. 39647/98 og 40461/98.

EMDs dom av 15. desember 2005 *Vanyan v. Russia*, klagesak nr. 53203/99.

EMDs dom av 5. februar 2008, *Ramanauskas v. Lithuania*, klagesak nr. 74420/01.

Rundskriv:

Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000, Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode.

Konvensjoner:

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. mai 1950, artikkel 6 og artikkel 8.

EU-direktiv:

EU-direktiv 2006/24/EF.

Internettadresser:

Ruud, Tor-Erling Thømt og Ravndal, Dennis, ”- Vi kunne ikke sett foreldrene i øynene”, Verdens Gang 31.1.2010, <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=591476>

10 Vedlegg

Vedlegg 1:

Forbrytelser etterforsket i 1968-1998

År	I alt	Narkotika- forbrytelser	Vinnings- forbrytelser	Volds- forbrytelser	Sedelighets- forbrytelser	Skadeverk	Annet
1968	51 830	201	41 933	2 730	919	2 848	3 199
1973	86 992	1 262	73 795	4 061	874	4 604	2 396
1978	105 263	1 617	88 108	4 373	834	6 729	3 902
1983	159 598	3 793	133 052	6 869	896	11 752	3 236
1988	220 338	6 229	181 314	9 939	1 430	16 639	4 787
1993	248 203	11 739	194 907	15 031	2 232	15 570	8 724
1998	292 233	30 291	206 786	18 815	2 834	20 628	12 879
1998:1968	5,6	150,7	4,9	6,9	3,1	7,2	-4,0

Kilde: <http://www.ssb.no/emner/00/aar2000/ttab-1999-09-01-01.html>