



# **”Provokasjon som etterforskningsmetode”**

*av Elisabeth Kaspersen*

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap*

*ved Universitetet i Tromsø*

*Det juridiske fakultet*

*Høsten 2009*

# **1 Innhold**

<b>1.1 Innledning</b> .....	<b>5</b>
1.1.2 Presentasjon av tema.....	5
1.1.3 Tilnærming.....	6
1.1.4 Rettskildene.....	7
1.1.5 Lovhjemmel for provokasjon.....	8
1.1.6 Begrepsavklaring.....	8
1.1.7 Hensyn bak politiets metodebruk.....	9
1.1.7.1 Kriminalisering.....	10
1.1.8 Provokasjon som et straffeprosessuelt tvangsmiddel.....	11
<b>2.1 Etterforskning</b> .....	<b>11</b>
2.1.2 Definisjon.....	12
2.1.3 Prinsipper ved etterforskningen.....	12
<b>3.1 Forholdet til EMK</b> .....	<b>13</b>
<b>4.1 Avgrensning mot liknende etterforskningsmetoder</b> .....	<b>15</b>
4.1.2 Telefonkontroll.....	15
4.1.3 Infiltrasjon.....	15
4.1.4 Kontrollert leveranse.....	17
4.1.5 Lokkeduer.....	18
<b>5.1 Andre provokasjonsmetoder</b> .....	<b>18</b>
5.1.2 Bevisprovokasjon.....	18
5.1.3 Avvergende provokasjon.....	21
<b>6.1 Rettslige begrensninger ved anvendelse av provokasjon</b> .....	<b>22</b>
6.1.2 Hjemmelsgrunlaget.....	22
6.1.3 Riksadvokatens retningslinjer.....	23
<b>7.1 Materielle vilkår</b> .....	<b>24</b>
7.2 Grunnvilkåret.....	24
7.2.1 Nærmere om grunnvilkåret.....	26
7.2.2 Betingelseslæren.....	27

7.2.3 Kravet om adekvans.....	27
7.2.4 Gjerningsmannens subjektive motivasjon.....	29
7.3 Mistanke om kriminell aktivitet.....	30
7.4 Politiets påvirkning.....	34
7.5 Initiativtakeren.....	36
7.6 Endring i tid, sted og utførelse.....	37
7.6.1 Tidsperspektivet.....	37
7.6.2 Stedet hvor den straffbare handlingen gjennomføres.....	39
7.6.3 Utførelse av den straffbare handlingen.....	39
7.7 Marked for omsetning.....	40
7.8 Alvorlige lovovertrедelser.....	41
<b>8.1 Prosessuelle vilkår.....</b>	<b>43</b>
8.1.2 Indikasjonskravet.....	43
8.1.3 Personell kompetanse.....	45
8.1.4 Provokatøren.....	46
8.1.5 Kontroll med etterforskningen.....	47
8.1.6 Provokasjon og prosessuelle grunnprinsipper.....	48
<b>9.1 Rettsvirkningen ved ulovlig bruk av provokasjon.....</b>	<b>49</b>
9.1.2 Avvisning av saken.....	50
9.1.3 Bevisavskjæring.....	50
9.1.4 Påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale.....	51
9.1.5 Tiltalte frifinnes.....	52
9.1.5.1 Frifinnelse som resultat uavhengig av hvilke vilkår som er misligholdt .....	52
9.2 Avsluttende vurderinger.....	53
<b>10.1 Lovgivning.....</b>	<b>54</b>
10.1.2 Lovgivningen i andre land.....	54
10.2.1 Dansk rett.....	55
10.2.2 Svensk rett.....	56

<b>11.1 Rettspolitiske vurderinger.....</b>	<b>56</b>
11.1.2 Lovregulering.....	56
11.1.3 Lovforslag.....	58
11.1.3.1 Lovbestemmelsen.....	59
<b>KILDELISTE.....</b>	<b>60</b>

## 1.1 Innledning

### 1.1.2 Presentasjon av tema

Tema for denne masteroppgaven er provokasjon som etterforskningsmetode. Hovedvekten vil ligge på hvilke begrensninger som gjelder for politiets bruk av provokasjonshandlinger og hvilke konsekvenser det får hvis disse begrensningene overskrides.

I det norske samfunnet har kriminaliteten endret karakter.<sup>1</sup> Det kriminelle miljøet har blitt tøffere og mer organisert. Kriminaliteten i Norge har gått over til å bli en mer offerløs kriminalitet.<sup>2</sup> Dette innebærer at det ofte ikke er noe offer som bidrar til å oppklare det straffbare forhold ved å enten anmelde forholdet eller gi annen informasjon. I saker som gjelder legemskrenkelser vil det være et offer som ofte anmelder forholdet og ønsker å medvirke til å oppklare saken. I narkotikasaker er det nærmeste man kan kalle et offer den til slutt bruker stoffet. Kjøperen ser seg ofte bedre tjent med å holde forholdet hemmelig ettersom ervervet er straffbart.<sup>3</sup> Tidligere Riksadvokat Dorenfeldt mente det ville være vanskelig å innhente vitner i narkotikasaker. Dette mente han dels fordi den straffbare handlingen ofte fant sted i det skjulte, men også fordi eventuelle vitner ville bli utsatt for represalier fra det kriminelle miljøet.<sup>4</sup> Politiet vil i saker uten vitner sjelden ha noe å bygge den videre etterforskningen på.

I narkotikasaker er det, nesten uten unntak politiet selv som avdekker det straffbare forholdet. Kriminalitetsstatistikker viser at narkotikakriminalitet er en av de største

---

<sup>1</sup> Innst. O. nr. 3 (1999-2000) s. 4

<sup>2</sup> NOU 2004:6 s. 161

<sup>3</sup> Op. cit. s. 161

<sup>4</sup> L.J. Dorenfeldt "Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker" *Lov og rett*, 1978 s. 291-303 s. 294

kriminalitetsgruppene i Norge.<sup>5</sup> Resultatet av denne utviklingen er at politiets jobb med å oppklare lovbrudd har blitt betydelig vanskeligere. Politiet må ofte selv etterforske saker basert på tips fra informanter eller ved provokasjon som etterforskningsmetode. Politiet må bedrive en form for oppsøkende etterforskning. Politiets metoder må stå i forhold til det kriminalitetsbildet som man står ovenfor. Man skal ikke gå lengre i metodebruken enn det som er nødvendig.<sup>6</sup>

### 1.1.3 Tilnærming

Denne masteroppgaven vil i all hovedsak være en deskriptiv redegjørelse for de vilkårene som gjelder for bruken av provokasjon i etterforskningsøyemed. Jeg vil kommentere enkelte av avgjørelsene for å fremme mitt synspunkt. Provokasjon er en etterforskningsmetode som faller inn under begrepet ”ekstraordinære etterforskningsmetoder” som omhandler infiltrasjon, kontrollert leveranse, telefonkontroll og lokkeduetilfeller. Jeg vil gjøre kort rede for disse og ulikhetene mellom de respektive metodene og provokasjon. Avvergende provokasjon og bevisprovokasjon vil kort behandles for klargjøre de forskjeller mellom disse og vanlig provokasjon. Jeg vil også fremheve praksis fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen for å belyse momenter. Etter en gjennomgang av de vilkår som oppstilles for lovlig provokasjon, vil jeg videre se på de ulike rettsvirkningene av en ulovlig provokasjon. Til slutt skal det redegjøres for de rettspolitiske vurderingene som gjør seg gjeldene i forhold til lovregulering av provokasjon som etterforskningsmetode. Oppgaven vil avsluttes med en vurdering av hvorvidt man er tjent med en lovfesting av metoden i formell lov eller om rettstilstanden bør forbli som den er i dag. For å kunne avgjøre dette sentrale spørsmålet mener jeg det er hensiktsmessig med en utførlig gjennomgang og vurdering av de begrensingene som vilkårene for bruk av provokasjon utgjør for politiet.

---

<sup>5</sup> Rapport fra politidirektoratet, *Tendenser i kriminaliteten -utfordringer i Norge i 2007-2009*, s. 30

<sup>6</sup> NOU 1997:15 s. 23

#### 1.1.4 Rettskildene

Provokasjon som etterforskningsmetode er ulovfestet. Det er utviklet retningslinjer fra Riksadvokaten som skal legge føringen på politiets bruk av metoden. Når man er på et ulovfestet område er det hensiktsmessig å se på Høyesterettsavgjørelsene som berører temaet. Som tidligere Riksadvokat Dorenfeldt uttalte i 1978, må man se hen til ”*de retningslinjer som rettavgjørelser kan gi oss*” for å avgjøre vilkårene som kan kreves for bruken av provokasjon.<sup>7</sup> Den prinsipale og gjennomgående avgjørelsen på området er Rt. 1984 s. 1076. Med denne avgjørelsen anerkjente Høyesterett for første gang provokasjon som en lovlig etterforskningsmetode. Gjennom rettspraksis har Høyesterett har kommet med en del uttalelser som er ansett som generelle rettssetninger. Disse er sentrale hvor det reises problemstillinger ved bruken av provokasjon. De vilkår som gjelder for bruken av lovlig provokasjon er skapt av domstolene og Riksadvokaten.

Det er også fremhevet en del momenter og hensyn i rettspraksis som er rimelige å vektlegge i vurderingen om det er en lovlig provokasjon man står ovenfor. De mest sentrale hensyn som vurderes er kriminaliseringshensynet, tidseffektivitet, forutberegnelighet og rettssikkerhet. I norsk rett er det anerkjent at i de tilfeller loven ikke gir noen svar, kan en anvende seg av forarbeider. Forarbeidene som gjør seg mest gjeldene for provokasjon som etterforskningsmetode er NOU 2004:6 og NOU 1997:15. Juridisk teori vil også komme til anvendelse på grunn av den manglende lovgivningen, men vil ikke ha en avgjørende vekt da det er rikelig med Høyesterettspraksis på området. Når det gjelder internasjonale rettskilder er Norge som en stat bundet av folkeretten og av dens regler. EMK gjør seg sentral ved behandlingen av provokasjon som etterforskningsmetode.

---

<sup>7</sup> Dorenfeldt (1978), s. 302

### 1.1.5 Lovhjemmel for provokasjon

Provokasjon som etterforskningsmetode er som nevnt ovenfor, ikke lovregulert.<sup>8</sup> Det er derimot regulert i straffeprosessloven (strpl) §224 første ledd at man kan innlede en etterforskning når det er (...)rimelig grunn til å undersøke om det foreligger et straffbart forhold(...), men loven forblir taus om hvilke metoder som kan anvendes. Dette innebærer ikke at all bruk av provokasjon må anses som lovlig, og i visse tilfeller vil politiet ikke ha adgang til å benytte seg av provokasjon som etterforskningsmetode.

I norsk rett er legalitetsprinsippet et anerkjent rettsstatsprinsipp. Dette er et sedvanerettslig prinsipp av konstitusjonell rang. Prinsippet skal verne borgerne mot inngrep utenfor lovens område som er av inngripende art. Provokasjon som etterforskningsmetode grenser opp imot legalitetsprinsippets anvendelsesområde. Legalitetsprinsippet krever lovhjemmel hvis man skal statuere et straffeansvar og idømme en strafferettslig reaksjon.<sup>9</sup> Dette legger føringer på politiets handlefrihet. Høyesterett fastslo i Rt. 1984 s. 1076 at provokasjon som etterforskningsmetode var et inngrep som ikke krevde lovhjemmel. Riksadvokaten har utarbeidet et rundskriv hvor det er oppstilt retningslinjer for politiet som regulerer adgangen og fremgangsmåten for å benytte seg av provokasjon som etterforskningsmetode.<sup>10</sup> Dette vil behandles nærmere under punkt 6.1.3.

### 1.1.6 Begrepsavklaring

Det forekommer ofte at en som utfører en straffbar handling gjør dette som en følge av en forutgående provokasjon. Det finnes to typer provokasjon. Ved at en legemsfornærmelse utføres som reaksjon på en forutgående legemsfornærmelse kan den provoserte part gis straffefritak for handlingen etter strl. § 228 tredje ledd. Dette

---

<sup>8</sup> Spørsmålet om lovregulering var oppe til drøftelse ved forberedelsen av straffeprosessloven 1981, jf. Ot.prp. nr. 35(1978-1979) s. 179, men Justisdepartementet bestemte seg til å overlate spørsmålet til domstolene. Ved lovrevisjon i 1999 ble det fastslått at det ikke var nødvendig med lovregulering av etterforskningsmetoden basert på de rettsavgjørelsene som forelå på tidspunktet.

<sup>9</sup> Johs. Andenæs "Alminnelig strafferett", 5. Utgave (Oslo 2005) s. 104

<sup>10</sup> Rundskriv fra Riksadvokaten nr. 2/2002



er den strafferettslige provokasjonen. I sivilprosessen blir provokasjon benyttet med det formålet å oppfordre den andre parten til å utlevere dokumenter for å bedre sakens opplysning. Politiet kan også benytte seg av provokasjon for å avverge eller avdekke en straffbar handling. Dette er omtalt som tiltaleprovokasjon, og det er denne formen for provokasjon som skal behandles i det følgende.

I Rt. 1984-1076 (s.1079), brukte Høyesterett begrepet *etterforskning med provokasjonstilsnitt*. I Norge har det vært en del reservasjoner mot å anvende uttrykket provokasjon om annet enn den ulovlige provokasjon. Den lovlige provokasjonen har ofte blitt betegnet som etterforskning med provokasjonstilsnitt.<sup>11</sup> I denne masteroppgaven vil begrepet provokasjon anvendes.

#### 1.1.7 Hensyn bak politiets metodebruk

Det som taler sterkest for bruken av metoden er hensynet til *effektiv bekjempelse av kriminalitet og de skadevirkninger kriminalitet har*.<sup>12</sup> Politiets oppgave er å forhindre og avverge straffbare handlinger samt å avdekke og etterforske kriminelle handlinger som allerede har funnet sted.<sup>13</sup> Dette hensynet gjør seg gjeldende hvor politiets metodebruk finner sted forut for den straffbare handling, som ved provokasjon.

Som oftest er politiets begrunnelse for bruken av metoden at vanlige etterforskningsskritt ikke strekker til. Høyesterett uttalte i Rt. 1984 s. 1076 (s.1080) *Narkotikaovertredelsens samfunnsfarlige karakter tilsier at etterforskningen av disse forbrytelsene må prioriteres høyt; samtidig vil tradisjonelle etterforskningsmetoder her ofte komme til kort*. Bruken av provokasjon har vist seg å være en effektiv metode for å avdekke bakmennene i store narkotikamiljø.

---

<sup>11</sup> NOU 2004:6 s. 83

<sup>12</sup> Roald Hopsnes "Provokasjon som politimetodemetode" *Jussens venner* (2003) s. 62-130 s. 67

<sup>13</sup> Roald Hopsnes "Politiets forebyggende politimetoder" *Det utfordrende politiarbeid*, PHS forskning 2003:3 s. 142

### 1.1.7.1 Kriminalisering

Kriminalisering er et sentralt hensyn bak de restriksjonene som gjelder for bruken av provokasjon. Hensynet gjør seg gjeldende ettersom formålet er å motarbeide at politiet velger ut bestemte personer de vil kriminalisere ved bruk av provokasjon. For å foreta en vurdering om det foreligger slik misbruk av provokasjon, må en se på hvorvidt provokatøren har kjennskap til subjektets identitet.<sup>14</sup> Saken fra Rt. 2000 s. 1482 omhandlet en provokasjon hvor subjektets identitet ikke var kjent for politiet. Politiet hadde avslørt sjåførene som skulle frakte 199 kilo hasj til Norge. Sjåførene sa seg villig til å hjelpe politiet med å pågripe den eller de personene som skulle motta narkotikaen i Norge. Den opprinnelige mottakeren av narkotikaen trakk seg da han fikk nyss i at politiet var innblandet. Sjåførene kontaktet leverandøren av og han valgte ut en ny mottaker. Det var umulig for politiet å kjenne den nye mottakers identitet. Politiet kunne instruert sjåførene om å be leverandøren kontakte en utpekt person hvorpå hans identitet var kjent for politiet, men dette ville etter min mening utgjøre en klar misbruk av provokasjon. En ville da brukt sjåførene som et hjelpemiddel for å kriminalisere personer etter politiets ønske. Dette synspunkt støttes også i juridisk teori.<sup>15</sup>

I Piratdrosjesaken (Rt. 1993 s. 473) hadde politiet foretatt en kriminalisering. To av politiets medhjelpere hadde stoppet en forbipasserende bil og bedt om skyss. Dette med det formål å få slutt på piratdrosjevirkosomheten. Sjåføren gav dem skyss mot vederlag på oppfordring fra medhjelperne. Det var i dette tilfellet fullt mulig for medhjelperne å bestemme hvem de skulle avsløre. Det var ingen mistanker rettet mot tiltalte som tilsa at han skulle bedrive piratvirksomhet annet enn at han kjørte gjennom en gate hvor piratdrosjer ofte kjørte. Høyesterett konkluderte i denne saken med at det hadde funnet sted en ulovlig provokasjon. Dette ble begrunnet med at det var fremkalt en straffbar handling som ikke ville funnet sted uten politiets innblanding, samt at det ikke dreide seg om kriminalitet som var av alvorlig art. Vilåret om alvorlige lovovertrædelser kommer jeg tilbake til under punkt 7.8.

---

<sup>14</sup> Hopsnes "Provokasjon som politimetode" s. 101

<sup>15</sup> Op.cit. s. 102

### 1.1.8 Provokasjon som et straffeprosessuelt tvangsmiddel

Enkelte etterforskningskritt kan regnes som et straffeprosessuelt tvangsmiddel, og det stilles da et krav om at det foreligger skjellig grunn til mistanke. Typiske etterforskningskritt som anses som tvangsmidler er ransaking etter strpl. §192 første ledd og kommunikasjonsavlytting- eller kontroll etter strpl. §§ 216 a og 216 b. De fleste tvangsmidler er regulert av lovgiver. Kjernen i et inngrep som regnes som et tvangsmiddel er at det må skje som et ledd i en straffeforfølging mot noen.

Ved provokasjon er dette vilkåret oppfylt ettersom en etterforskning alltid vil skje som et ledd i en straffeforfølging mot noen.<sup>16</sup> Det er en forskjell mellom tvangsmidler generelt og provokasjon som etterforskningsmetode. Forskjellen ligger i at ved anvendelse av et straffeprosessuelt tvangsmiddel som for eksempel husransakelse eller beslaglegging, skjer det en straffbar krenkelse mot den personen som utsettes for tvangsinngrepet. Når politiet anvender seg av provokasjon ovenfor et subjekt, består den straffbare krenkelsen i at provokatøren medvirker i en straffbar handling overfor tredjemann eller det offentlige.<sup>17</sup> I realiteten er den eneste krenkelsen overfor subjektet for provokasjonen at han blir utsatt for fristelser til å begå straffbare handlinger. Dette taler for at provokasjon ikke er et straffeprosessuelt tvangsmiddel.

## 2.1 Etterforskning

Ettersom masteroppgaven omhandler en etterforskningsmetode, synes jeg det er rimelig å gjøre rede for hva en etterforskning er og hvilke prinsipper man må forholde seg til under en etterforskning.

---

<sup>16</sup> Hans Gammeltoft-Hansen "Straffeprosessuelle tvangsindbrev" *Ugeskrift for rettsvæsen* år 1979b, s. 74 flg.

<sup>17</sup> Op.cit. s. 74

### 2.1.2 Definisjon

Etterforskning kan defineres som *de undersøkelser som politi og påtalemyndighet foretar for å avdekke om straffbare forhold foreligger, og avklare de omstendigheter som er nødvendig for å avgjøre spørsmålet om tiltale, samt tilrettelegge for sakens behandling i retten.*<sup>18</sup> Det differensieres mellom utenrettslig etterforskning og rettslig etterforskning. Den rettslige etterforskningen finner sted når påtalemyndigheten begjærer rettslige avhør, rettslig gransking og oppnevning av sakkyndige. Rettslig etterforskning foretas av forhørsretten. Utenrettslig etterforskning iverksettes og utføres av politiet uten å søke rettens bistand. Provokasjon som etterforskningsmetode er en utenrettslig etterforskningsmetode.

Det overordnede mål med en etterforskning er å oppklare saken og skaffe bevis. Tidsperspektivet er særlig viktig da sjansen for oppklaring minker jo lengre tid det går før etterforskningen er i gang. En etterforskning kan iverksettes etter strpl. § 224 første ledd *når det som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige* [min understrekning]. Dette kravet om mistanke gjelder også for iverksetting av provokative etterforskningsmetoder.

### 2.1.3 Prinsipper ved etterforskningen

Under etterforskningen er det noen generelle prinsipper som må tas i betraktning.<sup>19</sup> Det settes krav til etterforskningens objektivitet, herunder at etterforskningen skal ta sikte på å belyse alle sider av saken. Videre må inngrepene være adekvate og forholdsmessige. Det må ikke anvendes sterkere midler med mindre de svakere er forsøkt eller utilstrekkelig. I alle saker foreligger det også et forbud mot usaklig forskjellsbehandling. Etterforskningen skal oppfylle kravet til rask behandling. Dette er også lovfestet i strpl. § 226 fjerde ledd. Til slutt må en ivareta opportunitetsprinsippet ved etterforskningen. Politiet har mulighet til å anvende sin diskresjonære myndighet når de avgjør om en sak av bagatellmessig art skal følges

---

<sup>18</sup> Ragnar L. Auglend, Henry John og Knut Røsandhaug, *Politirett*, 2 utgave (2004) s. 593

<sup>19</sup> Auglend mfl. (2004) s. 600 flg.

videre eller ikke. Etterforskningen skal være effektiv, men ikke slik at den er i strid med noen av de nevnte prinsippene.

### **3.1 Forholdet til EMK**

Det er artikkel 8 (1) i den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) som har størst betydning for de begrensingene som EMK legger for de forskjellige etterforskningsmetodene. Bestemmelsen fastsetter at *Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse*. Som norsk statsborger nyter man et vern mot inngrep i ens private sfære etter EMK artikkel 8 (1). En politiprovokasjon vil medføre at politiet blander seg inn i borgernes privatliv og denne etterforskningsmetoden vil da gripe inn i en interesse som nyter vern etter EMK artikkel 8 (1).

Det er fastslått i Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) sin praksis at de inngrep i privatlivet som kan betegnes som kvalifiserte inngrep er vernet etter EMK.<sup>20</sup> Om provokasjon som etterforsknings- metode er et kvalifisert inngrep må bero på en konkret vurdering.<sup>21</sup> Varigheten og intensiteten av provokasjonen er sentrale momenter i vurderingen.<sup>22</sup> Det må også tas i betraktning om politimetoden retter seg mot det private hjem. I Niemietz vs. Tyskland fastsatte EMD at privatlivet også strekker seg utover det private hjem.<sup>23</sup>

Sentralt i denne vurderingen er om politiets innblanding retter seg mot en privat kontekst for øvrig. EMD har lagt vekt på om den private part har innrettet seg som om han tror han opptrer i et privat forhold utenfor huset og ikke forventer å bli kontrollert.<sup>24</sup> Videre legger EMD vekt på om politiet bruker tekniske hjelpemidler for å avgjøre om etterforskningsmetoden er i strid med artikkel 8 (1). Bruk av tekniske hjelpemidler kan være obligatorisk for å få ut opplysninger fra den private sfære slik som ved telefonavlytting eller romavlytting.<sup>25</sup> Når politiet opererer i den offentlige sfære, kan det også forekomme at politiet anvender tekniske hjelpemidler for å se

---

<sup>20</sup> Lüdi vs. Sveits, klagesak nr. 12433/86 para. 40

<sup>21</sup> Se P.G. og J.H. vs. Storbritannia, klagesak nr. 44787/98 para. 57

<sup>22</sup> Hopsnes, "Provokasjon som politimetode", s.76

<sup>23</sup> Niemietz vs. Tyskland, klagesak nr. 13710/88

<sup>24</sup> Hopsnes "Politiets forebyggende politimetoder", s. 137

<sup>25</sup> P.G. og J.H vs. Storbritannia, klagesak nr. 44787/98 para. 57

eller høre. Dette kan være et moment som taler for at det foreligger en krenkelse.<sup>26</sup> Det må også sees på hvor massiv politiets informasjonsinnsamling er. En totalkartlegging over tid av en person vil som oftest være i strid med EMK artikkel 8 (1).<sup>27</sup>

Hvis politiet benytter seg av flere etterforskningsmetoder i tillegg til provokasjon og/eller ved at politiet gjennomfører en provokasjon uten sterk mistanke ovenfor vedkommende kan dette resultere i en krenkelse av EMK artikkel 8 (1). Det er vanskelig å slå fast en konkret terskel for hvor mye som skal til for at bruken av etterforskningsmetoder rammes av det vernet EMK artikkel 8 (1). En av de mest sentrale EMD avgjørelsene er Lüdi vs. Sveits. I denne avgjørelsen kom EMD frem til at infiltrasjon mot en person som forhandlet narkotika, ikke stod i veien for EMK artikkel 8 (1). EMD la vekt på at inngrepene var nøye bergrunnet i en konkret mistanke. Infiltrasjonen var utført av en godt kvalifisert polititjenestemann. Den mistenkte var involvert i intens narkotikatrafikk og domstolen mente da at han måtte være klar over risikoen for at det skulle finne sted offentlige undersøkelser overfor han.<sup>28</sup>

Domstolen vektlegger også personens egne omstendigheter. I Lüdi vs. Sveits la EMD også vekt på at den som ble utsatt for inngrepet, var involvert i kriminell virksomhet og at han derfor (...) *was running the risk* (...) for å bli utsatt for undersøkelser fra politiet.<sup>29</sup> Det skal dermed mer til for at en kriminell person sine rettigheter anses krenket etter EMK artikkel 8 (1) enn hvis det gjaldt en lovlydig person. Også prosessuelle og personelle garantier rundt etterforskning av en person er vektlagt av EMD.<sup>30</sup> Når det gjelder kravet til lovhjemmel er dette noe annerledes etter EMK enn ved norsk rett. Etter EMD sin praksis har ulovfestede instruksjoner og regler tilfredsstillt lovkravet.<sup>31</sup> En kan dermed stille seg spørrende om ulovfestede instruksjoner i norsk rett

---

<sup>26</sup> NOU 2004:6 s. 36

<sup>27</sup> Hopsnes "Politiets forebyggende politimetoder", s. 137

<sup>28</sup> Hopsnes "Politiets forebyggende politimetoder", s. 138

<sup>29</sup> Lüdi vs. Sveits, klagesak nr. 12433/86 para. 40

<sup>30</sup> Lüdi vs. Sveits, klagesak nr. 12433/86 para. 40

<sup>31</sup> Sunday Times vs. Storbritannia klagesak nr. 6538/74

oppfyller EMK sitt lovkrav.<sup>32</sup> Det må kunne forventes at de interne instruksene som er gitt må være eksplisitt utformet slikt at det ikke er rom for tolkningsfeil, og det må heller ikke føre til for store vanskeligheter å finne frem til disse retningslinjene. Hovedsakelig er det hensynet til forutberegnelighet og tilgjengelighet som begrunner lovkravet, og disse hensyn må tillegges stor vekt i vurderingen om instruks er tilfredsstillende lovkravet. Jeg skal ikke gå nærmere inn på denne drøftelsen.

#### **4.1 Avgrensning mot liknende etterforskningsmetoder**

Det er flere etterforskningsmetoder som grenser opp mot provokasjon som det er hensiktsmessig å avgrense mot. De mest sentrale er telefonkontroll, infiltrasjon og kontrollert leveranse.

##### 4.1.2 Telefonkontroll

Straffeprosessloven kapittel 16 a hjemler bruken av telefonkontroll ved etterforskning av et straffbart forhold. Etter lovens § 216 a litra b kan telefonkontroll anvendes hvor det foreligger skjellig grunn til mistanke vedrørende handlinger som (...) *rammes av straffeloven(...)*. Dette betyr at mistanken må gjelde en overtredelse av straffeloven og ikke forhold som ikke kan regnes som et straffbart forhold. Telefonkontroll kan for eksempel ikke anvendes før den mistenkte har overtrådt den nedre grensen for straffrie forberedelser, selv om det foreligger en reell sterk mistanke om at mistenkte vil gjennomføre et narkotikasalg.<sup>33</sup>

##### 4.1.3 Infiltrasjon

Infiltrasjon defineres som at politiet benytter seg av en etterforskningsmetode som er av manipulerende karakter.<sup>34</sup> Tidligere Riksadvokat Dorenfeldt definerte infiltrasjon som tilfeller når ”...politiet i disse saker må gå inn i narkotikamiljøet og ofte blande

---

<sup>32</sup> Hopsnes ”Politiets forebyggende politimetoder”, s. 139

<sup>33</sup> NOU 1997: 15 s. 94

<sup>34</sup> Auglend mfl. (2004), s. 299

*seg med miljøet for å få opplysninger om hva som skjer.*”<sup>35</sup> Politiets tjenestemenn eller utenforstående som politiet engasjerer, utgir seg for å være noen andre slik at de kan ta del i et kriminelt miljø eller involvere seg med et objekt slik at de kan få opplysninger de ellers ikke ville fått ved vanlig etterforskning.<sup>36</sup> Når de er inkludert i dette miljøet, er deres oppgave å observere subjektet samt å kartlegge hvordan han/de jobber.

Denne etterforskningsmetoden vil gjøre det mulig for politiet å bedre sin oversikt over hvordan de forskjellige kriminelle miljøene opererer og hvordan de må gå frem for å avdekke fremtidige kriminelle handlinger. Når en utenforstående som ikke er engasjert av politiet får tak i slike opplysninger og formidler dem til politiet, foreligger bare en kildekontakt. Infiltrasjon forutsetter at politiet på forhånd har iverksatt en forbindelse til subjektet/subjektene de vil observere.<sup>37</sup>

Det som skiller provokasjon fra infiltrasjon er at ved provokasjon styrer politiet den straffbare handlingen, mens ved infiltrasjon forholder politiets infiltratør seg passiv.<sup>38</sup> Det foreligger ingen initierende handling fra politiets side ved infiltrasjon. Dette kan illustreres med et eksempel. En polititjenestemann er inne på et nettsted hvor det tilbys narkotika. Han deltar i forum og tar kontakt med potensielle selgere, dermed har han begynt å infiltrere. Ved at han sender en forespørsel til en med et ønske om å tilegne seg narkotika, er han gått over til provokasjon. Når politiet benytter seg av infiltrasjon som etterforskningsmetode, er det viktig at infiltratøren ikke påvirker en straffbar handling. Dette kan medføre at han går over til å utøve en ulovlig provokasjon. Infiltrasjon er ikke lovregulert i Norge. Riksadvokaten har derfor utformet et rundskriv med retningslinjer om temaet, men disse retningslinjene er unntatt offentligheten.

---

<sup>35</sup> Dorenfeldt (1978), s. 294

<sup>36</sup> Johs. Andenæs "Norsk straffeprosess", Bind I (Oslo 2004) s. 268

<sup>37</sup> Auglend mfl. (2004) s. 300

<sup>38</sup> Hopsnes "Provokasjon som politimetode" s. 78



#### 4.1.4 Kontrollert leveranse

Kontrollert leveranse er en passiv etterforskningsmetode som innebærer at ulovlige varer eller tyvegods, som er oppdaget og kunne vært beslaglagt tillates transportert frem til mottaker under kontroll av politiet. Dette tillates fordi man kan avdekke forbindelseslinjer på mottakersiden.<sup>39</sup> Politiet avventer til det er et gunstig tidspunkt å slå til.<sup>40</sup> Kontrollert leveranse er ikke lovregulert i Norge. Rettspraksis har også godtatt kontrollert leveranse som etterforskningsmetode.<sup>41</sup> Det forutsettes at politiet ikke inntar en aktiv rolle som kan påvirke leveransen. Riksadvokaten har uttalt at det må foreligge tilfredsstillende sikkerhet for at narkotikaen ikke blir tapt før den når bestemmelsesstedet.<sup>42</sup> Det overordnede formålet med å benytte kontrollert leveranse er å avsløre mottakere av for eksempel et narkotikaparti og sikre bevis mot disse.<sup>43</sup> Ved å foreta en kontrollert leveranse vil man kunne studere metodene som brukes ved transport av narkotika, leveranse, og oppbevaring. Man vil da skaffe seg informasjon som en kan bruke i senere saker som gjelder innførsel av narkotika. Hvis man innehar informasjon om rutiner for levering av narkotikaen, typiske leveransesteder og ofte brukte kurere vil politiet kunne gjennomføre en bedre etterforskning av de fremtidige sakene.

Forskjellen på kontrollert leveranse og provokasjon er at politiet ved kontrollert leveranse ikke har noen styrende effekt på den straffbare handlingen.<sup>44</sup> I Rt. 2000 s. 1482 vektla Høyesterett særlig to momenter for å avgjøre hvorvidt det var en kontrollert leveranse de stod ovenfor.<sup>45</sup> For det første var det av betydning at det ikke er politiet som har fremkalt handlingen. For det andre måtte politiet ha tilstrekkelig kontroll over hendelsesforløpet.

---

<sup>39</sup> Auglend mfl. (2004) s. 299

<sup>40</sup> Andenæs (2004) s. 288

<sup>41</sup> Rt. 1986 s. 779

<sup>42</sup> Odd Kostveit, "Noen etterforskningsmetoder og læren om avskjæring av ulovlig innhentede bevis", (Oslo 1995) s. 30

<sup>43</sup> Kostveit (1995), s. 29

<sup>44</sup> Hopsnes "Provokasjon som politimetode" s. 79

<sup>45</sup> Jf. punkt 1.1.7.1

#### 4.1.5 Lokkeduer

Politiets bruk av lokkeduer kjennetegnes ved at det blir plassert ut et agn eller objekt til prøvelse for den kriminelle. Forskjellen fra provokasjon er at politiet ved bruk av lokkeduer ikke vet identiteten til gjerningsmannen. Det er også en grunnleggende forskjell at politiet ved bruk av provokasjon kontakter subjektet og aktivt påvirker dets handlinger.<sup>46</sup> Et eksempel er utplassering av sivilkledd politikvinner under oppsyn på områder hvor det er observert blottere. I lokkeduetilfellene kan subjektets forsett bli bygget opp som følge av politiets handling, men det er til tross for dette skapt av hans egen reaksjon på den konstruerte situasjonen.<sup>47</sup> Bruk av lokkeduer kan fort gå over til å bli en provokasjonshandling. Dersom de utplasserte politikvinnene kommer i kontakt med blotteren kan det skapes situasjoner som ellers ikke ville ha oppstått. Det er i lokkeduetilfellene viktig med notoritet rundt selve operasjonen.<sup>48</sup> Dette vil kunne etterleves med at det utplasseres flere vitner i området.

### 5.1 Andre provokasjonsmetoder

Politiet anvender seg av provokasjon i situasjoner med forskjellige formål. Dette har resultert i ulike typer provokasjoner. I teorien er det delte meninger hvorvidt de forskjellige provokasjonstypene skal behandles under ett eller hver for seg. Jeg mener det er tjenelig å gjøre kort rede for de ulike formene for provokasjon for å bedre forståelsen av den alminnelige provokasjon som politiet anvender seg av.

#### 5.1.2 Bevisprovokasjon

Bevisprovokasjon kan betegnes som etterforskning av en allerede begått straffbar handling.<sup>49</sup> Politiet fremprovoserer en handling som skaper bevis for en tidligere begått straffbar handling. En typisk bevisprovokasjon vil være hvor politiet fremprovoserer et narkotikasalg for å skaffe bevis for narkotikabesittelse.<sup>50</sup> I slike saker vil det bare bli tatt ut tiltale for oppbevaring og erverv av narkotikaen, ikke for selve salget. Beviset som er fremskaffet ved den straffbare handlingen, for eksempel

---

<sup>46</sup> Hopsnes "Provokasjon som politimetode" s.80

<sup>47</sup> Op.cit. s. 81

<sup>48</sup> Op.cit. s. 81

<sup>49</sup> Runar Torgersen, "Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker", (Oslo 2008) s. 247

<sup>50</sup> NOU 2004:6 s. 88

den narkotikaen som en provokatør erverver seg ved et narkotikasalg utgjør en bevisprovokasjon. I eksemplet ovenfor vil politiet provosere gjerningsmannens vilje til å selge narkotikaen, noe som i seg selv er en straffbar handling. Det vil dermed foreligge en provokasjonshandling som faller utenfor definisjonen for bevisprovokasjon og inn under definisjonen for ulovlig provokasjon. Med andre ord foreligger det en ulovlig provokasjon ved at politiet fremprovoserer et narkotikasalg og en bevisprovokasjon ved at politiet skaffer bevis for narkotikabesittelse. Det som er utslagsgivende for om det er en bevisprovokasjon eller en alminnelig provokasjon er hvorvidt det kan bevises at den tidligere straffbare handling er utført.<sup>51</sup>

I forhold til eksemplet ovenfor er det avgjørende om det kan føres bevis for at narkotikaen allerede var i mistenktes besittelse da politiet besluttet å foreta etterforskningen. Det kreves også at det er de som selger narkotikaen som tar initiativet til oppbevaringen av stoffet for at bevisprovokasjon skal kjennes gyldig når påtalemyndigheten tar ut tiltale for oppbevaring og erverv av narkotikaen. I Rt. 2000 s. 1223, Trondheimsheroinsaken, kom Høyesterett til at tiltalte måtte frifinnes for salg av narkotika for uriktig bevisprovokasjon. Politiet hadde i dette tilfellet brukt en informant som selv var narkoman. Retten kunne ikke finne det bevist ut over enhver rimelig tvil at salget ikke var motivert av politiets informant. Dette på bakgrunn av at det eksisterer en fare for at slike personer *ville gå for ivrig og resultatsøgende til værks, og herved overskride de fastlagte grænser for dette særlige etterforskningsmiddels anvendelsesområde* (s. 1231).

Hensikten med en alminnelig provokasjon er å få bedre kunnskap eller kontroll med et hendelsesforløp, og skiller seg i så måte fra bevisprovokasjon. Dette fordi bevisprovokasjon er en etterforskningsmetode som benyttes for å etterforske allerede begåtte straffbare handlinger, og politiets atferd vil i slike situasjoner ikke kunne kriminalisere uskyldige borgere.<sup>52</sup> Politiet vil i bruken av bevisprovokasjon rette provokasjonen mot enkelte utvalgte personer, men i disse tilfellene for å skaffe bevis for straffbare handlinger som den enkelte har utført. Det er dermed nødvendig for politiet å rette provokasjonen mot bestemte personer når de anvender seg av bevisprovokasjon.

---

<sup>51</sup> Op.cit. s. 85

<sup>52</sup> op. cit. s 85

Derimot kan de ikke straffe den mistenkte for den handlingen som han utfører som et resultat av politiets bevisprovokasjon. Det eksisterer ingen felles retningslinjer for provokasjon og bevisprovokasjon. Dette er anerkjent av Høyesterett i Rt. 1999 s. 1269 (fengselsbetjentdommen). Førstvoterende uttalte (s. 1271):

*Etter min oppfatning antar provokasjonshandlinger som tar sikte på å fremskaffe bevis for en straffbar handling som er begått, så forskjellig karakter, at det ikke kan oppstilles felles retningslinjer for når slike provokasjonshandlinger kan aksepteres som lovlige etterforskningskritt.*

Saken omhandlet bevisprovokasjon mot en fengselsbetjent som angivelig hadde hjulpet en innsatt å flykte fra fengslet. Under etterforskningen mot fengselsbetjenten innledet politiet et samarbeid med en annen innsatt. Fengselsbetjenten sa villig til å hjelpe den innsatte med å flykte fra fengslet, men han krevde et vederlag for dette som etter avtale skulle leveres av en mellommann på utsiden. Mellommannen var en politibetjent som påtalemyndigheten hadde utstyrt med skjult mikrofon og båndopptaker. Under samtalen mellom fengselsbetjenten og mellommannen innrømmet betjenten at hadde hjulpet den innsatte å flykte. Høyesterett konkluderte med at politiets bruk av politibetjenten som utgav seg for å være noen andre, førte til at fengselsbetjenten ble forledet til å forklare seg om den befatning han hadde hatt med den innsattes rømning.

Videre konkluderte Høyesterett med at politiet ikke hadde respektert den mistenktes rett til å forholde seg taus. For at retten til å forholde seg taus kan anses som overholdt, kreves det etter strpl. § 232 at den mistenkte blir gjort kjent med retten til å forholde seg taus før et avhør finner sted. Dette prinsippet er et grunnleggende rettsstatsprinsipp som må respekteres, og en tillatt fremleggelse av beviset ville medføre en fortsatt krenkelse mot den mistenkte. Resultatet ble at den fellende underinstansdommen mot fengselsbetjenten ble opphevet. I dette tilfellet skapte bevisprovokasjonen vanskeligheter i forhold til mistenktes rett til å forholde seg taus. Provokasjonen som politiet utførte var i strid med forbudet mot selvdiskriminering.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> NOU 2004:6 s. 88

Etter min mening kan det synes hensiktsmessig at det utformes et rundskriv fra Riksadvokaten med retningslinjer vedrørende bevisprovokasjon. Ved at politiet ikke prøvde ut andre etterforskningsmetoder, samt at de ikke respekterte mistenktes grunnleggende rettigheter, resulterte dette i at han ble frifunnet for en forbrytelse av alvorlig art. Med denne bevisprovokasjonen oppnådde politiet verken fellende bevis eller straff for mistenkte, men å ødelegge bevisverdien for den tidligere begåtte forbrytelse og dermed måtte siktede frifinnes. Resultatet er i slike tilfeller like graverende som ved en ulovlig bruk av provokasjon. Ved å oppstille retningslinjer for politiets fremgangsmåter ved bevisprovokasjon, vil en nok ikke få avskaffet problemene ved urettmessig bruk av bevisprovokasjon. Derimot vil det vil legge føringer på politiet i den grad at de vet i hvilke tilfeller de kan anvende bevisprovokasjon og dette vil redusere den feilaktige bruken.

### 5.1.3 Avvergende provokasjon

I noen tilfeller anvender politiet provokasjon på bakgrunn av andre grunnlag enn å skaffe bevis. Provokasjonen har da som hensikt å forebygge en straffbar handling eller å bringe stjålet gods tilbake. I slike tilfeller gjelder det færre vilkår enn ved vanlig provokasjon.<sup>54</sup> For å benytte avvergende provokasjon gjelder det to vilkår. For det første må ikke provokasjonen føre til at politiet gir foranledning til en straffbar handling. Videre kreves det at virksomheten må være under slik kontroll at den ivaretar sikkerheten til de involverte. Grunnen til at det ikke er samme krav til utførelsen av avvergende provokasjon kan begrunnes i at kriminaliserings- og misbrukshensynet ikke gjør seg gjeldende. Dette på bakgrunn av at politiet ikke søker å straffe de involverte personene i handlingen. Det var en avvergende provokasjon politiet foretok seg i Skriksaken. Saken omhandlet tyveriet at det kjente Edvard Munch maleriet ”Skrik”. Førstvoterende uttalte (s.409)

*Før jeg går inn på ankesaken finner jeg grunn til å understreke at den aksjon politiet iverksatte i ”Skrik-saken”, hadde som overordnet mål å bringe maleriet i uskadet stand tilbake i Nasjonalgalleriet. Som redningsaksjon var politiets handlemåte vellykket, og jeg ser ikke noe ulovlig eller urettmessig ved den som redningsaksjon betraktet.*

---

<sup>54</sup> Rundskriv fra Riksadvokaten nr.2/2000 s. 6

Tiltalte ble frifunnet for forsøk på heleri. Høyesterett begrunnet frifinnelsen med at grunnvilkåret ikke var oppfylt. Dette på bakgrunn av at heleriforsøket var utløst av politiets bruk av ulovlig provokasjon som etterforskningsmetode samt at etterforskningen bar preg av mange svakheter. Høyesterett konkluderte med at måten etterforskningen ble gjennomført på kunne ha innvirket den tiltaltes gjerningsforsett på en slik måte at han overskredet grensen for straffrie forberedelser og muligheten for å fratre et forsøk på en straffbar handling.

## **6.1 Rettslige begrensninger ved anvendelse av provokasjon**

### 6.1.2 Hjemmelsgrunnlaget

Bruken av provokasjon er som tidligere nevnt ikke lovregulert i Norge. Det følger av legalitetsprinsippet at staten ikke kan foreta inngrep i borgernes rettigheter uten hjemmel i lov.<sup>55</sup> Privatautonomien har normalt fungert som kompetansegrunnlag for mange av politiets metoder. Utgangspunktet er politiet kan foreta seg handlinger på lik linje som den enkelte borger, med andre ord, handlinger som ikke er straffbare.<sup>56</sup> Høyesteretts dom fra Rt. 1984-1076 kan tas til inntekt for at provokasjon ikke anses som et så graverende inngrep ovenfor enkeltpersoner at det må kreves lovhjemmel. Førstvoterende uttalte (s. 1079)

*I mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie. Disse rettsprinsipper må påtalemyndigheten legge til grunn for sin etterforskningsvirksomhet, og det tilkommer i siste omgang domstolene å ta standpunkt til om prinsippene er overtrådt.*

Rettspraksis har lagt føringer for bruken av politiets etterforskning utover de som følger av lov. Det gjelder begrensninger for politiets bruk av provokasjon og provokasjonslignende tiltak.<sup>57</sup> Restriksjoner for politiets etterforskningsadgang kan også følge av legalitetsprinsippet, interne instruksjer, internasjonale

---

<sup>55</sup> Jf. punkt 1.1.5

<sup>56</sup> Hopsnes "Politiets forebyggende politimetoder", s. 126

<sup>57</sup> Innst. O. nr. 3-1999-2000 s. 4

menneskerettighetsforpliktelser og prinsippet om at inngrepet ikke må være uforholdsmessig tyngende.<sup>58</sup>

### 6.1.3 Riksadvokatens retningslinjer

Riksadvokaten har utformet følgende vilkår som avgjør om og når provokasjon kan tas i bruk. Dette er i de tilfellene hvor:

1. Grunnvilkåret (som gjelder ved alle former for etterforskning): Det kan ikke aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha funnet sted. Ved en nærmere vurdering av dette vilkåret skal det vektlegges hvem som har tatt initiativet til den straffbare handlingen.
2. Bruksområdet skal avgrenses til alvorlig kriminalitet.
3. I tillegg gjelder følgende prosessuelle vilkår:
  - a. Vanlig, tradisjonell etterforskning må anses utilstrekkelig.
  - b. Metoden må ikke være uforenelig med prosessuelle grunnprinsipper eller regler.
  - c. Beslutningen skal treffes av statsadvokaten.

Disse retningslinjene har hatt stor betydning for rettsutviklingen på området ettersom Høyesterett i stor grad har bygget avgjørelsene sine på bakgrunn av disse. Det er fremholdt i rundskrivet fra riksadvokaten at de vilkårene som stilles for å anvende provokasjon ikke er de samme for alle saker som etterforskes, man må også se på hva som er formålet med etterforskningen.<sup>59</sup> I de tilfeller hvor formålet er foretatt en redningsaksjon, en såkalt avvergende provokasjon, kreves det ikke like strenge vilkår.<sup>60</sup> Retningslinjer skal følges av politiet for å sikre borgernes rettssikkerhetskrav. Dette vernet står sterkt i den norske rettsstaten, og det må kreves en konsekvent etterlevelse av dette fra politiets side. Det må også tas i betraktning hvilke konsekvenser bruken av ekstraordinære etterforskningsmetoder vil ha for domstolenes tillit til politiets etterforskning i alminnelighet.<sup>61</sup> En feilaktig og overdreven bruk av

---

<sup>58</sup> Op.cit. s. 4

<sup>59</sup> Rundskriv fra Riksadvokaten nr. 2/2002 s. 3

<sup>60</sup> Jf. punkt 5.1.3

<sup>61</sup> Ot. prp. nr. 35 (1978-1979) s. 179

ekstraordinære etterforskningsmetoder kan føre til at domstolene vil stille spørsmål ved politiets troverdighet. Domstolen kan da miste tilliten til de opplysninger som blir frembrakt under etterforskningen. Det er ikke enkelt å avgjøre når disse retningslinjene er overskredet. Men det er ikke i noen tilfeller akseptert at politiet selv eller ved hjelp av medvirkere tilskynder en person å begå en straffbar handling han ellers ikke ville ha begått. Dette er en absolutt grense.<sup>62</sup>

Riksadvokatens retningslinjer er bindende for politiet når det skal bruke provokasjon som etterforskningsmetode. De er derimot ikke bindende for retten. Dette kontanteres av Høyesterett i Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080). Førstvoterende uttalte at

*(...)retningslinjene jo rettslig sett bare har karakter av en instruks fra overordnet påtalemyndighet til tjenestemennene. Domstolene er selvsagt ikke bundet av retningslinjene, men må prøve dem mot de alminnelige rettsprinsipper som gjelder på dette felt.*

### **7.1 Materielle vilkår**

Det er vanskelig å trekke en klar grense mellom lovlig og ulovlig provokasjon. Jeg vil nedenfor prøve å gjøre rede for de vilkårene og vurderingstemaer som presiserer grensen. Jeg vil starte med de materielle vilkårene som oppstilles og deretter de gjøre rede for de prosessuelle vilkårene. De materielle vilkårene setter rammer for når metoden kan anvendes og grensene for etterforskningen. De prosessuelle vilkårene setter krav til hvordan etterforskningen skal gjennomføres.

### **7.2 Grunnvilkåret**

Grunnvilkåret ble først formulert av Høyesterett i Rt. 1984 s. 1076 hvor førstvoterende uttalte at det *(...)ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått*".<sup>63</sup> På den annen side er det godtatt av Høyesterett og som gjeldende rett at politiet er årsak til visse endringer i tid, sted og

---

<sup>62</sup> Dorenfeldt (1978) s. 294

<sup>63</sup> Rt. 1984 s. 1076 s. 1080



utførelse.<sup>64</sup> Dette vilkåret er obligatorisk for å betrakte bruken av provokasjon som legitim. En naturlig språklig forståelse av grunnvilkåret innebærer et krav om at politiet ikke må være en betingende årsak for at den straffbare handlingen oppstod og ble gjennomført. Hovedmotivet bak grunnvilkåret er at politiets handlinger ikke skal medvirke til ny kriminalitet.<sup>65</sup> Tidligere Riksadvokat Dorenfeldt kom med en formulering av grunnvilkåret allerede i 1978 hvor han uttalte (...) *men i intet land har man akseptert at politiet selv eller ved hjelp av medvirkere tilskynder en person til å begå en straffbar handling han ellers ikke ville begått.*<sup>66</sup>

Grunnvilkåret får også støtte i politiets overordnede mål som er regulert i politiloven (politil.) § 1 annet ledd. Det følger av bestemmelse at politiet skal (...) *fremme og befeste borgernes rettsikkerhet, trygghet og alminnelig velferd for øvrig.* Dette er målsetningen politiet skal ha når de anvender de forskjellige etterforskningsmetodene. Rt. 1984 s. 1076 er avgjørelsen hvor grunnvilkåret vokste frem. Saken omhandlet et forhold hvor politiet hadde trådt inn i en mistenks telefonkontakt med en utlandsk narkotikaleverandør om levering av et narkotikaparti. Leverandøren i Nederland hadde sendt et telegram til en innsatt i Norge med tilbud om kjøp av ett kilo amfetamin. En politimann utgav seg for å være den innsatte og ba om at levering skulle skje i Oslo, ikke i København som foreslått av representanten for leverandøren. Dette medførte at en tredje medhjelper ble engasjert til oppgaven. Kvantumet ble økt på initiativ fra leverandørens forlovede til tre kilo. Kurieren ble pågrepet etter han hadde levert narkotikaen til politimannen. Representanten for leverandøren ble pågrepet i København. Kurieren og representanten ble dømt til fengselsstraff i henholdsvis tre og fem år. Anken bygget på at bevisene måtte avskjæres på bakgrunn av at politiet hadde benyttet en etterforskningsmetode som ikke kunne godtas.

Høyesterett fastslo i avgjørelsen at i tillegg til det nevnte grunnvilkåret som gjelder for å godta provokasjon gjelder det noen momenter som bør tillegges vekt.

Førstvoterende uttalte at *Metoden bør således bare kunne aksepteres ved alvorlige lovovertrедeler, og bare når vanlige etterforskningsmetoder må anses*

---

<sup>64</sup> op.cit. s 1083

<sup>65</sup> NOU 2004:6 s. 84

<sup>66</sup> Dorenfeldt (1978) s. 194

*utilstrekkelige.*<sup>67</sup> I dette tilfeller gjaldt det innførsel av narkotika av et kvantum som faller inn under strl. § 162 annet ledd. Høyesterett konkluderte med at *Narkotikaovertredsens samfunnsfarlige karakter tilsier at etterforskningsmetoder av disse forbrytelsene må prioriteres høyt; samtidig vil tradisjonelle etterforskningsmetoder her ofte komme til kort.*<sup>68</sup> Jeg er enig med Høyesterett i foreliggende sak. Det synes berettiget at politiet gis en større frihet til å gå lenger med sine etterforskningskritt i saker som gjelder alvorlige narkotikaforbrytelser for å kunne få innsyn og bedre mulighet til oppklaring. Dette på bakgrunn av at det er få eller ingen vitner i slike saker som kan hjelpe oppklare saken. Det foreligger som tidligere nevnt sjelden anmeldelse av narkotikaforbrytelser, noe som medfører at politiet etterforsker saken på vegne av samfunnet. Grunnvilkåret vil fungere som en begrensning i politiets handlefrihet ettersom de må vurdere deres etterforskningskritt opp i mot dette. Hvis etterforskningskrittet kan medføre at de fremkaller en straffbar handling hos objektet de søker å provosere skal politiet avstå fra å bruke metode. Dette minimaliserer risikoen for kriminalisering av uskyldige objekter. Hvorvidt et lovbrudd er fremkalt av politiet, er et spørsmål om årsakssammenheng. En må da se på om etterforskningskrittene er årsaken til den straffbare handlingen. Hvis man tenker seg en bestemt årsaksfaktor (etterforskningsmetoden) borte, og dette resulterer i at følgen (forbrytelsen) uteblir, foreligger det en årsakssammenheng.<sup>69</sup>

### 7.2.1 Nærmere om årsakskravet

For at en provokasjon skal anses lovlig må det ikke foreligge en årsakssammenheng mellom politiets kontakt og den straffbare handling som utføres av objektet. Problemstillingen blir således om politiet ved sin handling har konstruert gjerningsmannens forsett. For å avgjøre om det foreligger en årsakssammenheng må en først se på om objektets handling oppfyller straffebudets gjerningsbeskrivelse alene eller om det er et resultat av politiets intervensjon. For eksempel ved narkotikaforbrytelser etter straffeloven § 162 er det avgjørende om det er politiet som har tatt initiativ til innførselen, ervervelsen eller overdragelsen av narkotika.

---

<sup>67</sup> Op.cit. s. 1080

<sup>68</sup> Op.cit. s. 1080

<sup>69</sup> Kjell V. Andorsen "Provokativ politietterforskning", *Jussens venner* nr.1/2001 s.7

### 7.2.2 Betingelselæren

Betingelselæren er lagt til grunn av Høyesterett når det gjelder spørsmål om det foreligger årsakssammenheng mellom den straffbare handling og provokasjon. Hvis politiets rolle er nødvendig for at den straffbare handling skal inntre, vil forholdet være fremprovosert og dermed foreligger det en ulovlig provokasjon.<sup>70</sup>

Betingelselæren gjenspeiler seg i førstvoterendes uttalelse i Skriksaken (s. 410) *Om politiets aksjon tenkes borte, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført.* Det er angitt i forarbeidene at betingelselæren alene ikke kan være avgjørende i vurderingen om grunnvilkåret er overtrådt. Årsakskravet er ikke oppfylt om det anses som fjernt og indirekte.<sup>71</sup>

### 7.2.3 Kravet om adekvans

Hopsnes omtaler dette som et tilleggsvilkår. Jeg har valgt å titulere dette som en krav om adekvans.

I Rt. 1984 s. 1076 ble også betingelselæren først lagt til grunn, men da med en modifikasjon i form av at det kreves at det er en adekvat årsakssammenheng. Dette kravet gikk ut på at hvis politiets innblanding var for fjern og indirekte til å ha innvirket på den straffbare handlingen, kunne det ikke foreligge en årsakssammenheng.<sup>72</sup> Høyesterett stilte spørsmålet om politiets innblanding hadde resultert i den nye kurerens inntreden. Førstvoterende uttalte (s.1083) at (...) *politiets mulige bidrag til at A [kureren] 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.* Høyesterett la også vekt på at det var liten sannsynlighet for at politiet kunne kontrollere hvorvidt det var aktuelt med en ny kurer og hvem dette var. Avgjørelsen forstås dit hen at det ikke er en ubetinget ulovlig provokasjon dersom det finner sted en straffbar handling ellers ikke ville ha funnet sted. En kan dermed ikke bare legge til grunn betingelselæren for å avgjøre hvorvidt det foreligger en årsakssammenheng. Kravet om adekvans må tas i

---

<sup>70</sup> Hopsnes "Provokasjon som politimetode" s. 99

<sup>71</sup> NOU 2004:6 s. 85

<sup>72</sup> Rt. 1984 s. 1076 s. 1083

betraktning. Etter min vurdering ville nok resultatet blitt annerledes hvis det var politiet som hadde engasjert en kurer til å kontakte en narkotikaleverandør. Politiets innblanding hadde da vært en direkte årsak til en eventuell narkotikainnførsel. Det ville da også foreligge en fare for kriminalisering ettersom politiet kunne instruere kureren hvem han skulle tatt kontakt med. I Skriksaken kan det virke som om at kravet om adekvans ikke blir vektlagt av Høyesterett.<sup>73</sup> Det kan dermed stilles spørsmål om dette vilkåret er ansett som gjeldende rett. I dag er det kun Skriksaken som ikke inntar dette vilkåret ved vurderingen av hvorvidt det foreligger årsakssammenheng.<sup>74</sup> Dette reiser spørsmålet i hvor stor grad Skriksaken skal tillegges vekt. Avgjørelsen ble avsagt under dissens 3-2. Det er dermed hensiktsmessig å se på hva mindretallet la vekt på.

Mindretallet, dommer Aasland og Flock, var enig med førstvoterende Aarbakke, i at politiet hadde fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville funnet sted, men på bakgrunn av andre hensyn. De mente at den tiltalte på eget initiativ hadde fremmet tilbudet om salg av maleriet og at politiet bare hadde trådt inn i dette tilbudet som en hvilken som helst kjøper. Med andre ord hadde politiet ikke fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville funnet sted, slik flertallet konkluderte med. Derimot konkluderte de med at bruken av etterforskningsmetoden måtte kjennes ugyldig på bakgrunn av måten politiets aksjon ble gjennomført på. De mente dette var hovedårsaken til at de tiltalte ikke kunne domfelles. Det fremgår ikke eksplisitt av mindretallets standpunkt at de legger vekt på kravet om adekvans, men de vektlegger tiltaltes eget initiativ til salget, noe som tyder på at politiets bidrag kan karakteriseres som for fjernt og indirekte ettersom de konkluderer med at politiets innblanding ikke var årsaken til at den straffbare handlingen ble gjennomført.

I denne avgjørelsen kan det nok ikke legges til grunn at det har skjedd en rettsendring ved at Høyesterett ikke vektlegger kravet om adekvans for å avgjøre hvorvidt der foreligger årsakssammenheng. Momenter som taler for denne oppfatningen er blant annet at avgjørelsen er avsagt under dissens, samt at denne rettsoppfatningen ikke føres

---

<sup>73</sup> Samme oppfating fremgår av NOU 2004:6 s. 86

<sup>74</sup> Hopsnes "Provokasjon som politimetode" s. 99

videre av Høyesterett. Rt. 2000 s. 1482 taler til støtte for denne oppfatningen.<sup>75</sup>

I avgjørelsen uttales det av Høyesterett (s. 1486)

*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. Som Høyesterett påpeker i Rt-1984-1076 på side 1083, kan politiets mulige bidrag til at tiltalte ble trukket inn i saken, være ”for fjernt og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forhold fra hans side”.*

Høyesterett bekrefter med dette at kravet om adekvans står seg gjeldende i norsk rett, og dette indikerer at det ikke var en intensjon å fravike unntaksvilkåret i Skriksaken. Dette støttes også opp i forarbeidene hvor det uttales at *Etter utvalgets syn kan ikke betingelseslæren alene være utslagsgivende(...)[og som mindretallet mente i skriksaken](...)kan ikke politiets bidrag virke straffriende når det var A som tok initiativet til tilbakelevering av maleriet mot betaling av løsesummen.*<sup>76</sup> Konklusjonen blir dermed at en må vektlegge om provokasjonen har vært for fjern og indirekte til å ha påvirket handlingen selv om grunnvilkåret er overtrådt. Dette støttes som en generell regel i juridisk teori av Hopsnes.<sup>77</sup> I de tilfeller hvor politiet har foretatt en kriminalisering av enkeltpersoner må man være avskåret og vektlegge hvorvidt politiets innblanding har vært for ”fjern og indirekte”. Dette på bakgrunn av at politiet da vil kunne styre hendelsesforløpet via tredjepersoner slik at de selv ikke vil oppnå en tilstrekkelig nær og direkte kontakt med objektet. En slik fremgangsmetode vil stride mot hensynet til forutberegnelighet for den enkelte borger. Enkeltpersoner kan risikere å bli innblandet i straffbare handlinger de ellers ikke ville foretatt uten den innblandingen politiet skaper. Dette strider klart imot den allmenne rettsbevisstheten.

#### 7.2.4 Gjerningsmannens subjektive motivasjon

Videre i vurderingen om hvorvidt det er en årsakssammenheng eller ikke, må en vurdere om politiets bidrag har vært et utslagsgivende element i gjerningsmannens subjektive motivasjon for å gjennomføre den straffbare handlingen. Har politiets innblanding i saken virket inn på gjerningsmannens beslutning om å utføre den

---

<sup>75</sup> Jf. punkt 4.1.4

<sup>76</sup> NOU 2004:6 s. 85

<sup>77</sup> Hopsnes ”Provokasjon som politimetode” s. 99

straffbare handlingen, betyr ikke dette ubetinget at man står overfor en ulovlig provokasjonshandling. For å avgjøre om handlingen er ulovlig, må en se om politiets handlinger etter en samlet vurdering bryter med de elementære hensynene bak provokasjonsinstituttet.<sup>78</sup>

Etter min mening må dette regnes som en forsvarlig metode for å avgjøre om politiets innvirkning har vært av ulovlig karakter. Det vil være lite hensiktsmessig å bare se på i hvor stor grad politiet har vært innblandet for å fastslå om det foreligger ulovlig bruk av provokasjon. Dette på bakgrunn av at politiets metodebruk og innvirkning er av så forskjellig art, avhengig av saksforholdet. Å bare se på omfanget av politiets innblanding, ville nok mest sannsynlig gi vilkårlige avgjørelser. Ved å se politiets handlinger opp imot hensynene bak provokasjonsinstituttet, vil man få en mer balansert vurdering hvor reelle hensyn ville spille en stor rolle, noe som kan skape mer veloverveide avgjørelser.

### 7.3. Mistanke om kriminell aktivitet

I dansk og svensk rett er det oppstilt et krav om at det må foreligge en reell mistanke om kriminell aktivitet for at man kan anvende seg av provokasjon som etterforskningsmetode. Etter norsk rett er dette mistankekravet betegnet som ”inngangskriteriet” for å anvende seg av politiets metodebruk.<sup>79</sup> Dette prinsippet er kodifisert i strpl. § 224 ved at det må foreligge (...) *rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold*(...) Dette kravet gjelder etter bestemmelsens ordlyd for *etterforskning*. Med dette forstås all etterforskning, herunder provokasjon. Kravet om mistanke om kriminell aktivitet er også fulgt opp av Høyesterett i Skriksaken, hvor de uttalte (s.411) *Det skal foreligge sterk mistanke mot en eller flere personer*. Spørsmålet blir hva en skal legge i dette mistankekravet?

---

<sup>78</sup> NOU 2004:6 s. 86 og Hopsnes ”Provokasjon som politimetode” s. 101

<sup>79</sup> NOU 2004:6 s. 48

Mistanken må rette seg til kriminelle handlinger før etterforskningsmetoden kan tas i bruk. Tidligere Riksadvokat Dorenfeldt uttalte at ekstraordinære etterforskningsmetoder kan tas i bruk når (...) *man virkelig har grunn til å mistenke personer(...)*.<sup>80</sup> Dette var riktignok myntet på narkotikaforbrytelser, men må anses å ha betydning også for andre straffbare handlinger.<sup>81</sup> Standpunktet ble videre fulgt opp i Riksadvokatens instruks fra 1980. Det var da et krav om at mistanken måtte være sterk for å kunne ta i bruk provokasjon som etterforskningsmetode. Dette ble fulgt opp i Høyesteretts avgjørelse fra Rt. 1984 s. 1076. Gjeldende rundskriv fra 2002 synes å ha gått bort fra dette mistankekravet som tilsa at mistanke måtte være sterk.<sup>82</sup> Dette kan tyde på at det vil være nok å angi at det er ”rimelig grunn” til å starte en etterforskning med provokasjonshandlinger. Ingen nyere avgjørelser benevner mistankekravet eksplisitt.

En tolkning av gjeldende rundskriv tilsier at man må vurdere kravet til mistanke under den samme vurderingen man foretar seg for å avgjøre om grunnvilkåret er oppfylt. Dette fordi de to vurderingene utfyller hverandre. Foreligger det en sterk mistanke, vil det kreves atskillig mer for at politiet ved sine handlinger har overtrådt grunnvilkåret. Dette fordi den straffbare handlingen sannsynligvis vil begås uansett. Derimot vil det ikke kreves like mye for at grunnvilkåret er overtrådt når politiet innehar en svakere mistanke overfor objektet. Det hersker da betydelig usikkerhet hvorvidt den straffbare handlingen vil begås. Synspunktene kan begrunnes i rettssikkerhetsvernet overfor uskyldige borgere. Når politiet har en sterk mistanke overfor subjektet vil de vanskeligere kunne kriminalisere uskyldige borgere. For å avgjøre om det foreligger en begrunnet mistanke i forhold til den straffbare handlingen, må politiet påvise dette i form av faktiske omstendigheter eller opplysninger. Bevisene må gi grunnlag til å mistenke at subjektet som skal etterforskes har tenkt å utføre den straffbare handlingen. Dette utelukker bruk av provokasjon som er basert på en mistanke gjeldende en persons subjektive overbevisning. Det må være en mistanke som

---

<sup>80</sup> Dorenfeldt (1978), s. 301

<sup>81</sup> Dette basert på det faktum at provokasjon som tidligere var forbeholdt narkotikaforbrytelser nå må anses gjeldende som etterforskningsmetode for andre straffbare handlinger. Høyesterett bekreftet dette i Skriksaken, Rt. 1998 s. 407

<sup>82</sup> Hopsnes ”Provokasjon som politimetode” s. 102

relaterer seg til ytre objektive omstendigheter.<sup>83</sup> Provokasjon som etterforskningsmetode kan som tidligere nevnt, enkelt kriminalisere lovlydige borgere. Dette taler for at det må stilles strenge krav til mistanken og at ”skjellig grunn” ikke er nok. Dette støttes også i Skriksaken hvor høyesterett uttalte eksplisitt at skjellig grunn til mistanke ikke er nok.<sup>84</sup>

Høyesterett gir lite føringer på hvilke momenter man skal ta i betraktning i vurderingen hvorvidt det foreligger sterk nok mistanke. I juridisk teori er det fremhevet at en kan vektlegge om objektet pleier å utføre straffbare handlinger.<sup>85</sup> Dette momentet ble også fremhevet i Rt. 2000 s. 1482.<sup>86</sup> Det er også tjenlig og se på hva EMD vektlegger for å avgjøre hvorvidt det foreligger en sterk nok mistanke. EMD sin avgjørelse Teixeira de Castro vs. Portugal kan tas til inntekt for momentet. Domstolen konkluderte at bruken av provokasjon ikke var lovlig i dette tilfellet. Tiltalte var ikke tidligere straffedømt, et moment som ble fremhevet av domstolen. Domstolen uttalte:

*It does not appear either that the competent authorities had good reason to suspect Mr Teixeira de Castro was a drug trafficker, on the contrary, he had no criminal record and no preliminary investigation concerning him had not been opened.*<sup>87</sup>

EMD konkluderte med motsatt resultat i Lüdi-saken.<sup>88</sup> En av hovedgrunnene til dette var at mistenkte, Teixeira de Castro, ikke var kjent for politiet forut for provokasjonshandlingen.<sup>89</sup> I Lüdi-saken benyttet det sveitsiske politiet seg av infiltrasjon og telefonavlytting overfor subjektet som var mistenkt for kjøp av narkotika. En politimann oppsøkte den mistenkte med et tilbud om å kjøpe to kilo kokain. Den mistenkte hevdet politiet hadde krenket hans rett til privatliv ved at de brukte ”undercover agents”. EMD forankret den tillatte bruken av provokasjon i det

---

<sup>83</sup> NOU 2004:6 s. 48

<sup>84</sup> Rt. 1998 s. 407 s. 411

<sup>85</sup> Hopsnes ”Provokasjon som politimetode” s. 102

<sup>86</sup> Avgjørelsen er fremhold som sentral hos Hopsnes s. 102

<sup>87</sup> Teixeira de Castro vs. Portugal, klagesak nr. 25829/98

<sup>88</sup> Lüdi vs. Sveits, klagesak nr. 12433/86

<sup>89</sup> NOU 2004:6 s.86



faktum at narkotikalangeren måtte regne med at hemmelige agenter kunne forekomme i den type kriminalitet han var involvert i. Dette på bakgrunn av at han var en kjent kriminell for politiet, og at han nå var innblandet i alvorlig narkotikakriminalitet. Avgjørelsene kan tas til inntekt for at man må se mistankekravet i sammenheng med årsakskravet. Graden av mistanken vedrørende den straffbare handling vil sammenfalle i vurderingen av om handlingen er fremprovosert.<sup>90</sup> I de tilfeller hvor det foreligger en sterk mistanke mot tiltalte er det større sannsynlighet for at den straffbare handlingen vil gjennomføres uavhengig av politiets innblanding. Etter Lüdi-saken kan det synes som at EMD mener at politiet kan strekke sine handlinger lengre i de tilfellene hvor mistanken er meget sterk.

I juridisk teori fremheves det et annet moment som kan vektlegges for å vurdere om det foreligger sterk mistanke. Dette går ut på at man skal vurdere om det foreligger konkrete holdepunkter for å si at vedkommende skulle utføre den straffbare handling i det aktuelle tilfellet.<sup>91</sup> Rt. 1994 s. 319 taler som støtte for dette momentet.<sup>92</sup> Saken omhandlet piratdrosjekjøring hvor tiltalte hevdet han måtte frifinnes fordi etterforskningen inneholdt ulovlig provokasjonspreg. Anken ble forkastet. Høyesterett konkluderte med at det var åpenbart at tiltalte ville tatt med andre passasjerer om han ikke tok med de to som vitnet i saken.<sup>93</sup> Dermed ville tiltalte utført den straffbare handlingen selv uten politiets innblanding.

Det er ikke uttrykkelig nevnt i rettspraksis eller juridisk teori hvem som skal avgjøre hvorvidt mistankekravet er oppfylt. Det er to alternativer. Enten så må mistanken bevises fra politiet side, før etterforskningen finner sted, eller så er det opp til domstolen å avgjøre om det foreligger sterk nok mistanke. Etter min oppfatning må det legges til grunn at det i første omgang er politiet som må bevise en sterk nok mistanke overfor subjektet som det skal reageres mot. Denne mistanken må være etterpåviselig slik at retten kan overprøve hvorvidt det forelå en sterk nok mistanke.

---

<sup>90</sup> Hopsnes "Provokasjon som politimetode" s. 102

<sup>91</sup> Op.cit. s. 103

<sup>92</sup> Avgjørelsen er fremholdt som sentral hos Hopsnes på s.103

<sup>93</sup> Rt. 1994 s. 319 s. 322

Når retten skal ta stilling til dette er det ikke nok med en alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette støttes opp i Rt. 1992 s. 1088 (s. 1092) hvor Høyesterett uttalte at det ikke måtte foreligge rimelig tvil med hensyn til om den straffbare handlingen var kommet til gjennomføring uten politiets medvirkning. Etter min tolkning kan det synes som at det er retten som avgjør om mistankekravet er oppfylt basert på de bevis politiet fremlegger for sin mistanke. Hvor sterk denne mistanken skal være må avgjøres etter en helhetsvurdering av de nevnte momenter. Ettersom grunnvilkåret kreves oppfylt før en etterforskning med provokasjon kan iverksettes, tilsier dette at det vil være en sterk mistanke for at den straffbare handlingen vil begås. Kravet om at det må gjelde en alvorlig lovovertrødelse samt at andre etterforskningsmetoder må være utjenelig vil også være med på å sikre at politiet innehar en sterk mistanke overfor subjektet.

#### 7.4 Politiets påvirkning

Ved en ulovlig provokasjon må det som nevnt ovenfor, foreligge en årsakssammenheng. Politiet må på en eller annen måte ha påvirket objektet til å gjennomføre den straffbare handlingen.<sup>94</sup> Spørsmålet blir om det er nok at denne påvirkningen har skjedd ved psykisk tilskyndelse eller om det må foreligge en fysisk bistand. Ved at politiet utelukkende legger til rette en fysisk bistand, vil ikke dette i seg selv utgjøre noen kriminaliseringsfare. Riktignok kan politiet ved fysisk bistand også innvirke på tiltaltes gjerningsforsett, men da fordi den fysiske bistanden har virket psykisk. I slike tilfeller er det den mistenktes subjektive vurderinger som bestemmer den straffbare handlingen. Et tenkt eksempel på dette kan være at politiet legger verdisaker synlig på et åsted hvor det har vært stadige tyverier. Hvis subjektet stjeler verdigjenstanden, foretar han en straffbar handling som han ellers ville utført hvis det var han som stod bak de andre innbruddene. Politiet har ikke påvirket subjektet ved psykisk tilskyndelse og det foreligger ingen ulovlig bruk av provokasjon. Når politiet påvirker gjerningsmannens forsett, er det en selvfølge å

---

<sup>94</sup> Høyesterett har i alle sakene som omhandler provokasjonstilfeller diskutert hvorvidt det foreligger en psykisk innflytelse fra politiets side, jf. Rt. 1984 s. 1076, Rt. 1986 s. 779, Rt. 1990 s. 531, Rt. 1992 s. 1088, Rt. 1993 s. 473, Rt. 1994 s. 319, Rt. 1997 s. 1659, Rt. 1998 s. 407, Rt. 2000 s. 1223, Rt. 2000 s. 1345, Rt. 2000 s. 1482, Rt. 2005 s. 392 og Rt. 2008 s. 1659.

karakterisere handlingen som en ulovlig provokasjon.<sup>95</sup> En politiansatt som overtaler en person til å omsette ulovlige varer vil helt klart påvirke forsettet til gjerningsmannen, og dermed begå en urettmessig provokasjonshandling.

I Rt. 1992 s. 1088 ble det anført at politiet hadde anvendt provokasjon som etterforskningsmetode på en ulovlig måte. Politiet hadde i dette tilfellet samarbeidet med en informant som hadde tipset dem om at en av de tiltalte i saken kunne skaffe store mengder heroin. På vegne av politiet innhentet informanten en vareprøve fra tiltalte. Informanten formidlet deretter kontakt mellom den tiltalte og en polititjenestemann. Polititjenestemannen bestilte 200 gram heroin av den tiltalte. Ved overleveringen av narkotikaen ble to medhjelpere av den tiltalte pågrepet. Problemstillingen i saken var hvorvidt politiets medvirking var årsaken til at narkotikaen ble innført til Norge. Aktoratet tok ut tiltale for innførsel av narkotika, og ikke for salg eller forsøk på salg. Ettersom de ikke tok ut tiltalte for den straffbare handlingen de var med på å fremprovosere (narkotikasalget), mente de at det ikke var tatt ut tiltalte for ulovlig bruk av provokasjon.

Høyesterett kom til at anken fra tiltalte måtte forkastes. Dette på bakgrunn av at rettsbelæringen som var gitt av lagmannen var korrekt. Lagmannsretten hadde uten rimelig tvil kommet frem til at narkotikapartiet ville blitt innført til Norge uten politiets medvirkning. Etter min mening burde Høyesterett kommet til motsatt resultat. I slike tilfeller kan politiet lure seg unna det faktum at de har utøvd en ulovlig bruk av provokasjon. Dette fordi de utelater å ta ut tiltale for salget av narkotikaen, og bare tar ut tiltale for innførsel. De tiltaler da følgelig den siktede ikke for narkotikasalget de fremprovoserte. Jeg mener dette ligner på en ulovlig bruk av bevisprovokasjon. Det finnes ingen holdepunkter i saken som tilsier at de tiltalte bedrev regelmessig innførsel av narkotika, annet enn at informanten fortalte at en av de tiltalte kunne skaffe store mengder heroin. Politiet har i dette tilfellet klart overtrådt den grensen som betegner en ulovlig provokasjon. Dette ved at de bestilte

---

<sup>95</sup> Hopsnes "Provokasjon som politimetode" s. 83

narkotikaen samt at de gjorde dette ved en direkte kontakt mellom politiet og en av de tiltalte. Her mener jeg det foreligger en klar psykisk tilskyndelse fra politiets side.

Vilkåret om at politiet ikke må fremkalle en straffbar handling som ikke ellers ville ha blitt begått kan ikke strekkes så langt at det skal gjelde de tilfellene hvor en polititjenestemann aksepterer et tilbud om kjøp av narkotika.<sup>96</sup> I foreliggende sak er det politiet som har kommet med et tilbud om kjøp som selgeren aksepterer. Det må i slike tilfeller anses at grunnvilkåret er overtrådt og at det foreligger ulovlig provokasjonsbruk. Det at de tiltalte ble idømt en lavere straff enn de ville fått ved dom for innførsel og salg av narkotika kan etter min mening ikke rettfærdiggjøre bruken av denne type provokasjon.

### 7.5 Initiativtakeren

For å avgjøre hvorvidt det er en årsakssammenheng mellom politiets handling og den straffbare handlingen, har Høyesterett sett på hvem som er initiativtaker til den straffbare handlingen.<sup>97</sup> Dette er også støttet opp i gjeldende rundskriv. Høyesterett konkluderte med at det forelå en ulovlig provokasjonshandling i Rt. 1993 s. 473.<sup>98</sup> Dette på bakgrunn av at det var politiet som tok initiativ til den straffbare handlingen. Det ble var ingenting i domspremissene som tilsa at tiltalte ville stoppet av eget initiativ eller at andre gjorde det og tilbød betaling. Er det politiet som er initiativtaker og har tatt kontakt med for eksempel en narkotikaselger, vil dette tale til fordel for selgeren. Dette på bakgrunn av at han kan hevde at han ikke hadde foretatt narkotikasalget hvis ikke politiet hadde tatt initiativet. Derimot i de tilfellene hvor tiltalte oppfyller vilkårene for straff om man tenker seg at politiets innblanding er borte, foreligger det ingen urettmessig provokasjonshandling fra politiets side. Dette er uavhengig av om politiet er initiativtaker eller ikke. I Rt. 1084 s. 1076 vurderte Høyesterett initiativmomentet annerledes. Politiet, som tidligere nevnt, at de skulle tiltre telefonkontakten som forelå mellom den innsatte og selgeren av narkotikaen. Politiet utgav seg for å være den innsatte og krevde levering i Oslo. Dette medførte at

---

<sup>96</sup> Rt. 2000 s. 1223 (s. 1227)

<sup>97</sup> Rt. 1984 s. 1076 s. 1080 og 1082

<sup>98</sup> Jf. punkt 1.1.7.1

politiet aktivt bidro til å påvirke hendelsesforløpet. Politiet kan i denne saken karakteriseres som initiativtaker, men i dette tilfellet var gjerningsmannens forsett allerede etablert før politiet kom inn i bildet. Dette begrunnes i at leverandørene hadde tatt initiativ til narkotikasalget i det telegrammet som ble sendt til den innsatte. Dommene taler for at man må vurdere hvem som tar initiativ til handlingen, men dette vil ikke ubetinget ha betydning. Den tiltalte vil i enkelte tilfeller hevde at det var politiets handling som fikk han til å gjennomføre den straffbare handlingen. Dette illustrerer hvorfor man ikke bare må vektlegge hvem som tok initiativ til handlingen, men også hvorvidt tiltaltes gjerningsforsett ble skapt uavhengig av politiets rolle.

### 7.6 Endring i tid, sted og utførelse

Høyesterett stadfestet allerede i Rt. 1084 s. 1076 at det må godtas at politiet gis rom for endringer i tid, sted og utførelse av provokasjonshandlingen.<sup>99</sup> Dette standpunktet er fulgt opp av en entydig rettspraksis. Riksadvokaten følger også dette standpunktet i sin instruks hvor han uttaler at det er (...) *godtatt at politiet forårsaker visse endringer i tid, sted og utførelse.*<sup>100</sup>

#### 7.6.1 Tidsperspektivet

Når det skjer endringer i tiden, må dette forstås som tiden for da den straffbare handling finner sted, gjerningstidspunktet. Årsaken til at politiet ønsker å endre gjerningstidspunktet kan være mange. En av grunnene kan være at politiet trenger bedre tid på å forberede seg, og dermed sikre en bedre etterforskning av saken. Dette vil ivareta hensynet til rettsikkerheten bedre. Tidspunktet kan forskyves fremover og bakover i tid. I utgangspunktet skal ikke dette ha betydning. Riksadvokaten tegner ikke noe skille mellom å fremskynde gjerningstidspunktet eller å utsette det. Imidlertid bør ikke tiden forskyves så langt at det kan ødelegge for etterforskningen ved at subjektet aner at det er fare på ferde.<sup>101</sup> Subjektet for etterforskningen vil da mest sannsynlig avbryte gjennomføringen av den straffbare handlingen. Endringen i tidsperspektivet kan også slå ut andre veien. Ved at politiet fremskynder tidspunktet,

---

<sup>99</sup> Rt. 1084 s. 1076 s. 1080

<sup>100</sup> Rundskriv fra Riksadvokaten nr.2/2000 s. 3

<sup>101</sup> Andorsen (2001), s. 9

kan dette resultere i at subjektet, som kanskje var på et forberedelsesstadium, velger å gjennomføre en handling han kanskje ikke ville foretatt seg hvis han hadde lengre betenkningstid.

Fastsetting av et bestemt tidspunkt kan ofte være positivt for politiets etterforskning. En narkotikaselger som har vært usikker på om avtalen vil gjennomføres vil da få et konkret tidspunkt å forholde seg til. Dette kan forhindre at han selger til noen andre i stedet. Høyesterett har lagt til grunn et normativt element i vurderingen av hvorvidt tidsendringen har hatt betydning for grunnvilkåret.<sup>102</sup> Med dette menes det at en må se på hvilke hensyn som begrunner endringen i tiden for gjerningstidspunktet.

Avveiningen om provokasjonen skal tillates eller ikke bunner i en forholdsmessighetsvurdering. Man vurderer da på den ene siden behovet for tidsendringen, og på den andre siden ulempene som den kan føre med seg.<sup>103</sup> Det kan synes som at Høyesterett er mer tilbøyelig til å godta tidsendringer som er begrunnet i hensynet til effektivitet. Dette var tilfellet i Rt. 1984 s. 1076 hvor førstvoterende uttalte *I betraktning av risikoen for at leverandørene skulle få kjennskap til at D var i varetektsfengsel, finner jeg det imidlertid rimelig at politiet ønsket overleveringen avviklet så snart som mulig.*<sup>104</sup>

Etter min mening kan utfallet også gå i en negativ retning. Dette fordi at det i realiteten ofte skjer at gjerningsmennene blir motivert av til å gjennomføre den straffbare handling som en følge av tidsendringen. Det kan tenkes at man kan begrunne svært mange av politiets tidsforskyvninger i effektivitetshensynet. I slike tilfeller, hvor gjerningsforsettet blir styrt av tidsendringen, foreligger det en betydelig kriminaliseringsfare overfor objektene. Retten må derfor legge dette hensynet til grunn når de vurderer om tidsendringen har virket inn på gjerningsforsettet, og dermed ført til at grunnvilkåret er overtrådt. Dette for å sikre et mest mulig riktig resultat.

---

<sup>102</sup> Hopsnes "Provokasjon som politimetode" s. 104

<sup>103</sup> Op.cit. s. 104

<sup>104</sup> Rt. 1984 s. 1076 s. 1082

### 7.6.2 Stedet hvor den straffbare handlingen gjennomføres

Hvis politiet endrer stedet for den straffbare handlingen får heller ikke dette ubetinget betydning.<sup>105</sup> Dersom narkotikapartiet som skal kjøres til Oslo i stedet for Bergen kan nok ikke det tillegges betydning. Dersom man endrer gjerningsstedet kan det føre til problemer ved at flere personer kan bli involvert i saken. Dette var tilfelle i Rt. 1984 s. 1076. Her ble overleveringsstedet for narkotika endret fra København til Oslo. Dette ble gjort for at politiet skulle kunne arbeide uten å søke samtykke fra danske myndigheter. Spørsmålet i avgjørelsen var om endringen av innførselsstedet var grunnen til at en tredjeperson ble innblandet i saksforholdet. Førstvoterende i avgjørelsen uttalte (...) *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.*<sup>106</sup> Dommen taler for det synspunkt at Høyesterett mener at en endring av stedet for den straffbare handling må anses som en faktor som ofte er for fjern og indirekte. Dette må bero på en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfellet.

### 7.6.3 Utførelse av den straffbare handlingen

Det kan reises spørsmål om politiet er årsaken til den straffbare handlingen ved at de bidrar til at gjerningsmannen utfører den straffbare handlingen på annen måte enn det han hadde planlagt i utgangspunktet. Politiet rettferdiggjør ofte denne intervensjonen i det hensyn at de vil kunne foreta en bedre etterforskning ved at gjerningsmennene for eksempel transporterer narkotika i bil i stedet for i båt. Dette fordi det er kan være enklere å forhindre at narkotikaen forsvinner til sjøs og at de mistenkte kvitter seg med bevis. Et slikt årsaksbidrag fra politiets side vil som oftest karakteriseres som en faktor som er for fjern og indirekte til at det skulle ha påvirket gjerningsforsettet til narkotikatransportøren i dette tilfellet.<sup>107</sup>

Ofte kan medtiltalte i slike tilfeller hevde at det er politiets beslutning om endring i utførelsen av den straffbare handling som er årsaken til at de er innblandet i saken. Det skal stilles spørsmål om politiet ved å endre utførelsen kan komme til å

---

<sup>105</sup> Andorsen (2001), s. 10

<sup>106</sup> Rt. 1984 s. 1076 s. 1083

<sup>107</sup> Andorsen (2001), s.11

kriminalisere uskyldige. En kan se det på den måte at politiet ikke øker kriminaliseringsfaren, men flytter den fra de opprinnelige til de nye medvirkende til narkotikahandelen. Dette begrunnes i det faktum at politiet sjeldent eller aldri vet hvem de nye kurerene vil bli i slike saker.

### 7.7 Marked for omsetning

Hvis man ser grunnvilkåret fra en positiv tilnærming ville ordlyden blitt ”Uten politiets intervensjon så må den straffbare handlingen begås uansett”. Av dette kan en innfortolke et krav om at det må foreligge et marked. Dette på bakgrunn av at det er en nødvendig betingelse at det eksisterer et marked for at den straffbare handling skal gjennomføres ubetinget. Høyesterett anerkjente dette vilkåret i Rt. 1084 s. 1076 (*...det må sannsynliggjøres utover rimelig tvil at selgeren er positivt interessert i å omsette stoffet, og at stoffet – dersom politiet ikke hadde kjøpt – til noenlunde samme tid ville blitt omsatt til andre.*<sup>108</sup> Dette er fulgt opp i gjeldende rundskriv fra riksadvokaten.<sup>109</sup>

For å redegjøre for hva som fremgår av vilkåret, er det nyttig å se på Skriksaken.<sup>110</sup> I denne avgjørelsen var vilkåret om det eksisterte et marked av betydning for Høyesterett når de skulle avgjøre hvorvidt grunnvilkåret var oppfylt. Førstvoterende uttalte (s.410) *Om politiets aksjon tenkes borte, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført.*

Hadde ikke de to britiske politiagentene forevist tiltalte løsepengene, mente Høyesteretts flertall at det hersket usikkerhet hvorvidt det fantes noen reelle kjøpere som ville tilbudt seg å kjøpe maleriet. Dette på bakgrunn av at det var et så verdenskjent maleri som omverdenen ville forstå var stjålet. Mindretallet mente på sin side at dette ikke kunne tillegges vekt fordi gjerningsmannens straffeskyld ikke kunne unnskyldes fordi han ikke hadde andre valg enn å gjennomføre handelen med politiet ettersom det ikke eksisterte noe marked.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> Rt. 1984 s. 1076 s. 1082

<sup>109</sup> Rundskriv fra Riksadvokaten nr 2/2000 s. 3

<sup>110</sup> Rt. 1998 s. 407

<sup>111</sup> Fremhevet som et sentralt synspunkt hos Andorsen (2001), s. 5



Etter mitt syn kan ikke den tiltaltes straffeskyld ubetinget være avhengig av hvorvidt det eksisterer et marked. På den annen side vil konsekvensen av at det ikke foreligger et marked kunne resultere i at det er tilnærmet umulig for politiet å bevise at de hadde en nok begrunnet mistanke overfor subjektet. Ved at mistankekravet ikke er oppfylt, vil grunnvilkåret vanskelig nok kunne oppfylles, og en kan lettere konkludere med at politiet har fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville funnet sted. Dermed kan det være hensiktsmessig av politiet å avstå fra en provokasjon i de tilfellene hvor det er på det rene at det ikke eksisterer et marked for den straffbare handlingen.

På den annen side vil nok ikke politiet stille seg på sidelinjen i slike saker som den nevnte Skriksaken. Hovedhensynet bak provokasjonshandlinger i slike tilfeller er ikke å få straffedømt gjerningsmannen, men å foreta en redningsaksjon.<sup>112</sup> Maleriet regnes som en nasjonalskatt, og det vil dermed påregnes at politiet går langt i sin etterforskning for å få maleriet tilbake. En redningsaksjon kan også foretas selv om det ikke er en gjenstand som kan karakteriseres som nasjonalskatt. Dette kan illustreres med et eksempel. Hvis politiet får et tips om at en person er i besittelse av et automatvåpen, vil nok politiet strekke sine etterforskningsmetoder langt for å få tak i våpenet. Selv om de ser at deres etterforskningsskritt medfører at de ikke får gjerningspersonen dømt så strengt som de ønsker, vil de nok foreta seg handlingen. Dette begrunnes i hensynet til den allmenne sikkerhet.

### 7.8 Alvorlige lovovertrедelser

Vilkåret ble første gang oppstilt i Rt. 1984 s. 1076 (s.1080) *Metoden [provokasjon] bør således bare kunne aksepteres ved alvorlige lovovertrедelser(...)*. Dette er fulgt opp av rettspraksis. Da bruken av provokasjon som etterforskningsmetode ble innført i Norge, var det mest vanlig ved narkotikaforbrytelser. I forarbeidene til straffeprosessloven ble det uttalt at *ekstraordinære etterforskningsmetoder* kan være aktuelle i *visse alvorlige saker*.<sup>113</sup> Dette åpner for at man kan anvende etterforskningsmetoden i andre saker. Dette er som tidligere nevnt anerkjent av Høyesterett i

---

<sup>112</sup> Jf. punkt 5.1.3

<sup>113</sup> Ot.prp.nr.35 (1978-1979) s. 179

Skriksaken.

Høyesterettspraksis er bakgrunnen at Riksadvokaten åpner for bruken av provokasjon ikke bare i narkotikaforbrytelser og vinningsforbrytelser, men også i saker som skal avdekke seksuelle overgrep mot barn samt å forhindre spredning av barnepornografi. Riksadvokaten har gitt en særskilt instruks som regulerer bruken av provokasjon på internett i saker som gjelder barnepornografi.<sup>114</sup> Avgjørelsene fra Høyesterett Rt. 1993 s. 473 og Rt. 1984 s. 1076 oppstiller de to momentene man må vurdere for å avgjøre om handlingen karakteriseres som en alvorlig lovovertrjedelse. I Rt. 1084 s. 1076 bemerket Høyesterett at man må se på om forbrytelsen er av samfunnsfarlig karakter. For å avgjøre hva som er en alvorlig lovovertrjedelse, er det ikke nok å se hen til strafferammen for det aktuelle straffebudet handlingen faller inn under. Dette støttes opp av Høyesterett i Rt. 1993 s. 473, hvor det ble anerkjent at man også må ta hensyn til den samfunnsmessige betydningen av å bekjempe den aktuelle lovovertrjedelsen.

Dette kan illustreres nærmere ved å se på en sak som omhandlet tyveri.<sup>115</sup> Politiet hadde over lengre tid mottatt en rekke henvendelser fra personer som hadde opplevd tyveri av verdisaker fra bilene som stod parkert ved kirkegård X. Tyveriene ble begått når det var gudstjenester og begravelser, noe som medførte at det var mange biler på parkeringsplassen. Politiet bestemte seg for at de skulle plassere en bil med synlige verdisaker på parkeringsplassen. Gjerningsmannen bestemte seg for å bryte seg inn i bilen noe som førte til pågripelse. Under domsbehandling av saken ble det reist spørsmål om ikke dette var en urimelig bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder på et tilfelle som ikke kunne regnes som en alvorlig lovovertrjedelse. Politiet begrunnet metodebruken i hensynet til samfunnets beste. Å bli frastjålet verdisaker var meget graverende for pårørende som deltok i begravelsene. Det måtte være det beste for samfunnet at gjerningspersonen ble pågrepet selv om dette medførte at man måtte anvende ekstraordinære etterforskningsmetoder. Domstolen kom til det resultat at provokasjonen var lovlig.

---

<sup>114</sup> Instruks for bruk av provokasjon på internett av 2.oktober 1998

<sup>115</sup> Saken er reell og informasjonen er hentet fra Salten politidistrikt

Det må forventes at politiet foretar en grundig overveielse når de foretar en beslutningen om de skal benytte seg av provokasjon i handlinger som ikke regnes som alvorlig kriminalitet. Hensynet til den samfunnsmessige betydningen ved at gjerningsmannen pågripes kan ikke under noen omstendigheter begrunne provokasjon overfor småkriminelle som ikke berører samfunnet i like stor grad ved sine handlinger.

### **8.1 Prosessuelle vilkår**

Det oppstilles noen prosessuelle vilkår for bruken av provokasjon. Dette for å sikre at etterforskningen foregår på en trygg og forsvarlig måte. Det stilles strenge krav til rettssikkerheten for subjektet som er under etterforskning. Dette fordi han ikke er klar over at det pågår en etterforskning av han, og politiet må ha klare regler å forholde seg til slik at de ikke overtrer subjektets rettssikkerhetsvern.

#### **8.1.2 Indikasjonskravet**<sup>116</sup>

I juridisk teori er indikasjonskravet behandlet både som et prosessuelt vilkår og som et materielt vilkår. Jeg velger å behandle det som et prosessuelt vilkår.<sup>117</sup>

Indikasjonskravet ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1984 s. 1076 og i Rt. 1993 s. 473. Høyesterett fremhevet at provokasjon som etterforskningsmetode bare kan anerkjennes når alle andre etterforskningsmetoder må anses utprøvd. Dette er fulgt opp i Riksadvokatens rundskriv fra 2000, hvor det fremkommer at provokasjon skal være et sekundært etterforskningsmiddel. I juridisk teori er vilkåret også betegnet som subsidiaritetsprinsippet.<sup>118</sup> Dette betyr at saken ikke må kunne oppklares kun ved bruk av ordinære etterforskningsmidler. Indikasjonskravet samsvarer med politil. §6 andre ledd som sier at *Politiet skal ikke ta i bruk sterkere midler uten at svakere midler må anses utilstrekkelige eller uhensiktsmessige, eller uten at slike har vært forsøkt.*

---

<sup>116</sup> Begrepet er hentet fra Hopsnes "Provokasjon som politimetode" og Hans Gammeltoft-Hansen "Agent Controlleur".

<sup>117</sup> Indikasjonskravet er også omtalt som er prosessuelt vilkår i Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 s. 5

<sup>118</sup> Andorsen (2001), s. 15

Spørsmålet som reiser seg er hva som ligger i kravet til at ordinær etterforskning må anses utprøvd. Tidligere Riksadvokat Dorenfeldt mente at tradisjonell etterforskning måtte være forgjeves.<sup>119</sup> Med dette kan det forstås som om at etterforskningsmetodene må være utprøvd, men Høyesterett klargjorde at det ikke må foreligge et reelt forsøk på ordinær etterforskning i Rt. 1984 s. 1076. Her uttalte førstvoterende at ordinære etterforskningsmetoder må *anses utilstrekkelig* for at provokasjon skal kunne anvendes. Videre i avgjørelsen tilkjennegis det at (...) *påtalemyndigheten* [hadde] *forsvarlig grunnlag for å anta at andre etterforskningsskritt ikke ville lede til et tilfredsstillende resultat.*<sup>120</sup>

I enkelte saker vil det heller ikke være formålstjenlig å ha faktisk utprøvd ordinære etterforskningsmetoder. Riksadvokaten mener dette særlig omfatter tilfeller som omhandler barnepornografi.<sup>121</sup> Etter mitt syn må det være gitt et større rom for politiet å anvende seg av provokasjon i tilfeller som omhandler barnepornografi. Dette på bakgrunn av at det er nettopp i slike saker at de ordinære etterforskningsmetodene kan spolere hele saken før man får ekstraordinære metoder som i dette tilfellet er provokasjon. Å motarbeide denne kriminalitetsformen handler om verne de svakeste i samfunnet. Det må dermed åpnes for at bruken av utradisjonelle etterforskningsmetoder som lar seg gjennomføre effektivt.<sup>122</sup>

Høyesterett synes å legge til grunn denne oppfatningen i Skriksaken, at politiet også skal gis en videre bruk av provokasjon i saker som gjelder vinningskriminalitet. Førstvoterende anfører at sakens alvor og situasjon samt maleriets økonomiske og ideelle verdi berettiger politiets bruk av provokasjon.<sup>123</sup> Etter min mening kan dette bli å strekke indikasjonskravet for langt. En slik argumentasjon vil man kunne prosedere i nesten alle saker som gjelder vinningskriminalitet, og dermed rettferdiggjøre enhver bruk av provokasjon uten å virkelig prøve andre

---

<sup>119</sup> Dorenfeldt (1978), s. 301

<sup>120</sup> Rt. 1984 s. 1076 s. 1080 og s. 1082

<sup>121</sup> Rundskriv fra Riksadvokaten nr.2/2000 s. 5

<sup>122</sup> Innst. O .nr. 3 1999-2000 s. 19

<sup>123</sup> Rt. 1998 s. 407 s. 409

etterforskningsmetoder før en iverksetter provokasjon.

På den annen side stod tidsperspektivet meget sentralt i Skriksaken ettersom det var en nasjonalskatt som var på avveie. Jeg mener høyesterett konkluderte riktig med at de ikke mente indikasjonsvilkåret var overtrådt i den aktuelle avgjørelsen. Dette på grunn av sakens prekære karakter. Men dette betyr ikke at provokasjon kan anvendes ubetinget på saker som omhandler vinningskriminalitet. Det kan synes som at Høyesterett i Skriksaken har lagt for lite vekt på det faktum at provokasjon er en sekundær etterforskningsmetode. De fleste vinningsforbrytelsene kan søkes oppklart ved ordinære etterforskningsmetoder i form av at man har fornærmede som kan bidra til opplysning av saken og i tillegg har man personer som har vært vitne til handlingen. Politiet må dermed i hver enkelt sak de jobber med vurdere hvorvidt ordinære etterforskningsmetoder anses som utjenelige. Det er uenigheter innen juridisk teori om politiets beslutning hvorvidt ordinære etterforskningsmetoder er tjenelige eller ikke kan overprøves.<sup>124</sup> Etter mitt skjønn må retten kunne overprøve denne avgjørelsen, men dette kan være noe vanskelig ettersom politiet ofte former sin avgjørelse om bruk av provokasjon basert på antagelser. Det er derfor viktig at politiet kan dokumentere sine antagelser så godt som det lar seg gjøre. Dette slik at retten kan se at det ikke er fattet vilkårlige avgjørelser med henblikk på om andre etterforskningsmetoder ikke fører frem. Indikasjonskravet er med på å sikre hensynet til rettssikkerhet samt at det fungerer som et vern mot kriminalisering av uskyldige.

### 8.1.3 Personell kompetanse

Provokasjon er en meget inngripende etterforskningsmetode. Dette taler for at det må stilles kompetansekrav til de som har beslutningsmyndighet. I Rt. 1984 s. 1076 (s.1080) uttalte Høyesterett at *Videre kan det være grunn til å stille nærmere krav til utførelsesmåten, og likeledes til den beslutningsprosess og kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten.* Dette ble videreført i Riksadvokatens rundskriv hvor det heter at *Beslutningen skal treffes av statsadvokaten i distriktet.*<sup>125</sup> Politiets tjenestemenn kan dermed ikke foreta en slik beslutning. Borgernes rettssikkerhetsvern sikres ved at det er personer med juridisk kompetanse som foretar denne beslutningen.

---

<sup>124</sup> Hopsnes "Provokasjon som politimetode" s. 109 og Andorsen (2001), s. 15

<sup>125</sup> Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 s. 5

Det kreves at det skal være en veloverveid beslutning. Etter mitt syn vil ikke dette vilkåret medføre noen begrensning i bruken av provokasjon. Som regel er ikke dette tidkrevende, og etterforskningen vil ikke lide noen ulempe som følge av dette. En etterforskning som må gjennomføres så raskt at en ikke kan vente på godkjenning fra statsadvokaten, vil nok ikke i utgangspunktet være en forsvarlig og veloverveid måte å gå frem på. Kriminaliseringsfaren reduseres ved at saken kontrolleres av overordnede, samt at politiet må vurdere den omhyggelig før de presenterer den for statsadvokaten. Samtidig blir legalitetsprinsippet bedre ivaretatt ved at det blir utført en dobbel legalitetskontroll i og med at både politiet og statsadvokaten vurderer etterforskningen nøye før bruken av en eventuell provokasjon godkjennes.

I Skriksaken behandlet verken Riksadvokaten eller statsadvokaten saken, selv om statsadvokaten ble holdt informert om etterforskningen av kriminalsjefen i Oslo. Dette i seg selv medførte ikke at provokasjonen ble ansett som ugyldig. Vilket om kompetent beslutning sammenholdt med overtredelsen av andre vilkår medførte at etterforskningen ble gjennomført på en måte som var beheftet med betenkeligheter og graverende feil.

#### 8.1.4 Provokatøren

Det stilles krav til den eller de som utfører provokasjonen. Riksadvokaten oppstilte et forbud i rundskrivet fra 1980 mot at sivile kunne anvendes som provokatører. I gjeldende rundskriv fremkommer ikke et slikt forbud lengre. Bruken av sivile provokatører vil reise en del betenkeligheter og det må stilles strengere krav til varsomhet fra politiets side. Som tidligere nevnt kom Høyesterett til at bruken av en sivil provokatør i Rt. 2000 s. 1223 ikke kunne aksepteres. Dette på bakgrunn av at provokatørens notoritet var svekket som følge av at vedkommende tilhørte narkotikamiljøet og selv hadde straffesaker mot seg. Dette kunne lede til at provokatøren ble stående i et avhengighetsforhold til politiet. Dommen kan tas til inntekt for at politiet burde holde bruken av sivile provokatører til de tilfeller hvor det absolutt ikke er mulighet for andre løsninger. Det kan synes som at Høyesterett stiller seg kritisk til bruken av sivile provokatører, og da er det mer hensiktsmessig å avstå fra dette ettersom den tiltalte kan lates straffri hvis provokasjonene kjennes ugyldig.

### 8.1.5 Kontroll med etterforskningen

I gjeldende rundskriv fra Riksadvokaten oppstilles det videre et prosessuelt krav om at *Provokasjon må gjennomføres slik at politiet har kontroll med og kan dokumentere hva som skjer*.<sup>126</sup> Kravet om at politiet skal ha kontroll over etterforskningen kan begrunnes i behovet for dokumentasjon av etterforskningsresultatene og hensynet til bevissikring som ofte krever notoritet.<sup>127</sup> Notoriteten sikrer at overordnede har fullt innsyn i etterforskningen, og dermed kan føre en dobbeltkontroll over etterforskningen.

Vilkåret om at politiet skal ha kontroll over etterforskningen vil som oftest anses oppfylt da statsadvokaten skal fremlegges en etterforskningsplan som han synes er forsvarlig å godkjenne før han innvilger bruk av provokasjon. For at politiet skal kunne overholdet kravet til kontroll av etterforskningen, må det kunne kreves at det føres veldokumenterte bevis og rapporter. Dette gjør at retten har noe etterprøvbart å forholde seg til ved en eventuell domstolsprøving av saken. Ved at politiet dokumenterer alt som skjer og skal skje under etterforskningen vil dette kunne minske faren for kriminalisering av subjektet. I Skriksaken mente Høyesterett at etterforskningen ikke oppfylte kravet om kontroll over etterforskningen. Det var i dette tilfellet ikke fremlagt noen rapport eller plan for etterforskningen.

Lagmannsretten hadde lagt til grunn at politiet fulgte en plan som var utarbeidet sammen med de engelske politiprovokatørene, men den var ikke fremlagt for retten de facto. Høyesterett konkluderte dermed at vilkåret ikke kunne anses oppfylt da provokatørene ikke kunne vitne (på grunn av hemmelig identitet) og dokumentasjon for etterforskningen manglet. Sett opp imot sakens alvorlighetsgrad måtte resultatet bli at saken var alt for lite kontrollert og opplyst. De berørte parterets rettssikkerhet var betydelig svekket da politiet ikke kunne vise til noen form for kontrollert tilsyn med etterforskningen.

---

<sup>126</sup> Rundskriv fra Riksadvokaten nr.2/2000 s. 6

<sup>127</sup> Andorsen (2001), s. 16

Det kan reises spørsmål om hvor mye kontroll det kan kreves at politiet har over etterforskningen. I Rt. 2000 s. 1482 foretok politiet en spaning av en narkotikahandel som de lot gå som normalt, såkalt kontrollert leveranse. Førstvoterende mente at kontrollordningen som politiet hadde etablert var forsvarlig og at *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 skulle brukes som grunnlag for domfellelse.* (s. 1487). Avgjørelsen kan tas til inntekt for den oppfatningen at det ikke kan kreves at politiet har uttømmende kontroll over sakens forløp ettersom dette er noe ingen kan forutse. På den annen side må det kreves at politiet har mer enn bare overblikk over situasjonen.

#### 8.1.6 Provokasjon og prosessuelle grunnprinsipper

Riksadvokaten oppstiller som et siste prosessuelt vilkår i gjeldende rundskriv at etterforskningsmetoden ikke må være i strid med prosessuelle grunnprinsipper eller gjeldende regler. Dette er også anerkjent av Høyesterett i Rt. 1984 s. 1076 (1079) hvor førstvoterende uttalte:

*Det betyr selvsagt ikke at det ikke gjelder for hvorvidt og under hvilke forutsetninger politiet har adgang til å gripe ekstraordinære etterforskningsmetoder. I mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie.*

Sentrale straffeprosessuelle prinsipper som vernet mot selvinkriminering, retten til kontradiksjon og uskyldspresumsjonen må søkes ivaretatt når en anvender seg av provokasjon som etterforskningsmetode. Sentral rettspraksis på området er Rt. 1999 s. 1260, Fængselsbetjentsaken. Høyesterett mente at politiet i dette tilfellet hadde krenket retten til å forholde seg taus, noe som er et fundamentalt prinsipp i norsk straffeprosess.



### 9.1 Rettsvirkninger ved ulovlig bruk av provokasjon

I det følgende skal det behandles rettsvirkningene den ulovlige bruken av provokasjon får overfor den som er subjektet for provokasjon. Spørsmålet om politiets ansvar for provokatøren er et spørsmål om medvirkningsansvarets rekkevidde og vil ikke belyses her. Under etterforskning av en straffesak kan det hende at politiet bevisst eller ubevisst går for langt i sin etterforskning og overskrider vilkårene som gjelder for provokasjon. Hvis rettsanvenderen kommer til den konklusjon at det har foregått en ulovlig bruk av provokasjon, må det foretas en konkret vurdering av hvilke konsekvenser dette får for den tiltalte. Høyesterett uttalte i den grunnleggende avgjørelsen vedrørende provokasjon, Rt. 1984 s.1076 (s. 1079), at

*(...)straffeprosessloven ikke gir noen klar anvisning på hvilken virkning det har om påtalemyndigheten har ervervet bevis ved hjelp av etterforskningsmetoder som ikke kan aksepteres. I mange tilfeller vil det nok være naturlig at påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale.*

Riksadvokaten bygger videre på Høyesterett sitt standpunkt i gjeldende rundskriv, hvor han bemerker at påtalemyndigheten ikke skal reise tiltale hvis vilkårene er overtrådt.<sup>128</sup> Dette er en konsekvens som påtalemyndigheten og politiet må stå for hvis de misligholder vilkårene for bruk av lovlig provokasjon. En ulovlig provokasjon må regnes som en graverende saksbehandlingsfeil som rettsanvenderen ikke skal behøve å ta opp til domsbehandling.

Avskåret rett til domsbehandling som en sanksjon vil etter min mening kunne fungere som et tilleggsvilkår sammenholdt med de andre vilkårene som gjelder for politiets bruk av provokasjon. Dette på bakgrunn av at rettsvirkningen i seg selv kan fungere som en sanksjon som motiverer politiet til å jobbe grundigere med å overholde de vilkår som gjelder for etterforskningen. Rettssikkerheten vil også bedres ved at politiet opplever at det reageres med strenge sanksjoner samt at det vil bedre folkets tillit til politiets arbeid ved at politiet vil jobbe mer varsomt for å ikke overtrede de grensene som er fastsatt av rettspraksis.

---

<sup>128</sup> Rundskriv fra Riksadvokaten nr.2/2000 s. 4

Det forekommer saker hvor ulovlig provokasjon er utført blir brakt inn for domstolene. Problemstillingen blir i dette henseende hva som skjer hvis påtalemyndigheten er av den oppfatning av at det ikke har skjedd en ulovlig provokasjon og fører straffesaken for domstolene. Høyesterett oppstilte i Rt. 1984 s. 1076 tre alternative måter retten kunne gå frem på ved en ulovlig provokasjon. Den første løsningen var som nevnt ovenfor, å avstå fra å reise tiltale. Den andre løsningen var å frata påtalemyndigheten retten til å fremlegge bevis som var resultat av etterforskningen hvis saken kom inn for domstolene. Høyesterett stilte opp et siste alternativ som ga mulighet for å frifinne den tiltalte hvis politiet hadde fremkalt den straffbare handling. Dette ble fulgt opp i Rt. 2000 s. 1223 og Rt. 2000 s.1482. Disse løsningene vil jeg i det følgende gå nærmere inn på.

### 9.1.2 Avvisning av saken

Det er anerkjent at retten ikke kan avvise saken ettersom det ikke er foretatt noen brudd på prosessforutsetningene.<sup>129</sup> Jeg mener resultatet må bli at saken tillates fremmet, men at brudd på grunnvilkåret ubetinget må føre til frifinnelse. Dette synspunktet støttes av Høyesterett i Rt. 1992 s. 1088. I foreliggende sak var en av problemstillingene hva Høyesterett skulle foreta seg i de tilfellene hvor påtalemyndigheten reiser sak selv om det foreligger brudd på grunnvilkåret for provokasjon. Førstvoterende uttaler på side 1091 at *Det foreligger en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjon*. Dette standpunktet er fulgt opp i senere rettspraksis.<sup>130</sup>

### 9.1.3 Bevisavskjæring

Etter EMD praksis er det lagt til grunn at bevisavskjæring må oppstilles som et minimumsvilkår som den siktede kan nedlegge påstand om hvis han er utsatt for en ulovlig provokasjon.<sup>131</sup> Dette ble tilkjennegitt i *Teixeira de Castro vs. Portugal*. Domstolen uttalte at *"public interest could not justify use of evidence obtained as a*

---

<sup>129</sup> Andorsen (2001), s. 21

<sup>130</sup> Jf. Rt. 1998 s. 407

<sup>131</sup> Petter Asp "Straffansvar vid brottsprovokation", *Instituttet for rettsvetenskaplig forskning*, Göteborg 2001 s. 220, tolker det slik at EMD opplister en hovedregel om at bevisforbud er et minimumskrav ved ulovlig provokasjon.

*result of police incitement*".<sup>132</sup> I utenlandsk rett, herunder amerikansk rett, er bevisavskjæring en vanlig straffeprosessuell sanksjon.<sup>133</sup> Det kan reises spørsmål om hvilke bevis som skal søkes avskåret ved en ulovlig provokasjon. Er det kun vitnemålene fra tjenestemennene som fremprovoserte handlingen eller er det alle bevisene i saken, et såkalt bevistemaforbud?<sup>134</sup> Et bevistemaforbud vil være lite hensiktsmessig ettersom ingen bevis kan fremlegges for retten. Domstolen kan ikke avsi en domsbeslutning uten bevis, og resultatet vil da avgjort bli frifinnelse av tiltalte. Det er klart nok ikke et bevistemaforbud Høyesterett har ment når de har foreslått bevisavskjæring som en mulig løsning ved ulovlig provokasjon. Dette ville være lite heldig ettersom de foreslo en frifinnelse som en annen mulig løsning, og bevistemaforbud vil føre til frifinnelse.

I Skriksaken kom Høyesterett til at bevisene ikke kunne føres for retten. Høyesterett nøyde seg dermed ikke med å konstatere at det forelå et bevisforbud, men opphevet også lagmannsrettens dom. Etter min mening er dette en formålstjenlig løsning. Et annet alternativ ville vært å oppheve domsresultatet fra underinstansen med begrunnelse i saksbehandlingsfeil i form av manglende bevisavskjæring. Men Høyesterett kan vanskelig bare konstatere at bevisene må avskjæres uten å se på om saken ville ført til frifinnelse, med andre ord om det foreligger en ulovfestet frifinnelsesgrunn. Frifinnelsen må da skje på et rent rettslig grunnlag hvorpå bevisene ikke får betydning for domsresultatet.<sup>135</sup>

#### 9.1.4 Påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale

Høyesterett gav i Rt. 1984 s. 1976 uttrykk for at det forventes at påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale hvor det har skjedd ulovlig innhenting av bevis.

Riksadvokaten følger dette standpunkt hvor han uttrykker i rundskrivet at *tilfredstilles ikke disse vilkår*, [vilkår for lovlig provokasjon] *skal det ikke reises tiltale*.<sup>136</sup> Dette kan tolkes slik at politiet og påtalemyndigheten må være forberedt på at ved en

---

<sup>132</sup> Teixeira de Castro vs. Portugal, klagesak nr. 25829/98 para 36

<sup>133</sup> Axberger "Brottsprovokation" *Juridiska fakulteten i Stockholm; Skriftserien nr. 25*, s. 64

<sup>134</sup> Torgersen (2008), s. 253

<sup>135</sup> Op. cit s. 253

<sup>136</sup> Rundskriv fra Riksadvokaten nr.2/2000 s. 4

ulovlig utøvelse av etterforskningsmetodene, kan resultatet bli at de er avskåret å fremme en rettssak. Det faktum at politiet har sørget for feilen ved etterforskningen, er en feil som domstolene ikke burde byrdes med.

#### 9.1.5 Tiltalte frifinnes

Utgangspunktet i norsk rett er at enhver som har utført en straffbar handling må straffes etter gjeldende strafferettslige bestemmelser. I de tilfellene hvor påtalemyndigheten ikke frafaller tiltalen til tross for at det er utøvd en ulovlig provokasjon og saken fremmes for retten, er det lagt til grunn av tiltalte må frifinnes.

##### 9.1.5.1 Frifinnelse som resultat uavhengig av hvilke vilkår som er misligholdt

Spørsmålet blir således om en kan frifinnes på bakgrunn av at politiet misligholder hvilket som helst av vilkårene for en lovlig provokasjon. Dette skal søkes besvart i det følgende. Denne ulovfestede straffrihetsgrunnen ble fulgt opp av Høyesterett i Rt. 1992 s. 1088. Her uttrykte førstvoterende at den ulovlige bruken av provokasjon fra politiets side måtte føre til frifinnelse i dette tilfellet fordi det medførte at politiet hadde fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville ha funnet sted. Grunnvilkåret var med andre ord misligholdt. Overtredelse av grunnvilkåret må lede til frifinnelse, og dette anses å være gjeldende rett etter rettspraksis å dømme.<sup>137</sup>

I Skriksaken, kom Høyesterett frem til at den tiltalte måtte frifinnes for heleritiltalen på bakgrunn av at politiets etterforskning ikke var forsvarlig utført med henblikk på vilkåret om tilstrekkelig kontroll og personell kompetanse. Høyesterett kom til samme frifinnelse i Skrik II, Rt. 1999 s. 272. Høyesterett konkluderte at vilkårene sammenholdt kunne føre til frifinnelse. I Rt. 2000 s.1223 mente flertallet i Høyesterett at tiltalte måtte frifinnes. Frifinnelsen ble begrunnet med at politiet hadde foretatt et uaktsomt valg av provokatør ettersom han var narkoman og en del av det miljøet de siktede tilhørte. De nevnte dommene kan tas til inntekt for at Høyesterett har anerkjent frifinnelse av tiltalte på forskjellige grunnlag. På den ene siden har de

---

<sup>137</sup> Se Rt. 1984 s. 1076

frifunnet på bakgrunn av at etterforskningen har medført at tiltalte har utført en straffbar handling han ellers ikke ville ha begått (grunnvilkåret).<sup>138</sup> På den andre siden har Høyesterett frifunnet tiltalte fordi etterforskningen led av saksbehandlingsfeil. Høyesterett har dermed åpnet for at frifinnelse kan bli resultatet hvor det er mangler ved etterforskningen som er av både materiell og prosessuell art.

## 9.2 Avsluttende vurderinger

I norsk rett er det et sentralt rettssikkerhetsprinsipp at ingen må bli uskyldig dømt. Det er klart at det ikke må utøves ulovlig provokasjon fra politiets side. Å straffe den som er offer for en ulovlig provokasjon vil være i strid med den alminnelige rettssikkerheten. Samtidig vil politiet nok ikke la seg motivere til å utføre en lovlig etterforskning hvis det ikke fikk noen konsekvenser om misligholdt denne grensen. Etter min mening synes det rimelig at den tiltalte må frifinnes hvis politiet har fremprovosert en straffbar handling som ellers ikke ville funnet sted. Uttalelsen i Rt. 1992 s. 1088 hvor førstvoterende fremholder at ulovlig provokasjon betinger en frifinnelsesgrunn som har slektskap med rettsstridsreservasjonen, har vært kritisert i juridisk teori.<sup>139</sup> Jeg må si meg enig med det standpunkt som er fremholdt i juridisk teori at gjerningsmannens handlinger ikke kan anses rettmessige på bakgrunn av at de er fremkalt ved ulovlige metoder. Den straffbare handlingen vil aldri kunne anerkjennes som rettmessig så lenge den er kodifisert som en straffebetinget handling. Men dette medfører ikke at en frifinnelsesgrunn er avskåret. For eksempel man ikke avskåret retten til å anvende nødverge som frifinnelsesgrunn selv om legemsbeskadigelser er straffebetinget, men dette vil ikke medføre at legemsbeskadigelsen er en rettmessig handling.

Frifinnelse som løsning ved overtredelse av grunnvilkåret synes for meg som en god hovedregel. Kriminaliseringshensynet virker også i retning at dette er en god regel. Dette på bakgrunn av at det må reageres strengt i de tilfellene hvor politiet har prøvd å kriminalisere uskyldige borgere. Etter min mening synes det å være en for mild

---

<sup>138</sup> Andorsen (2001), s. 21

<sup>139</sup> Jf. Andenæs (2004), s. 288, Andorsen (2001), s. 22 og Hopsnes "Provokasjon som politimetode" s. 116.

reaksjon hvis domstolen skulle reagere med bevisavskjæring i slike tilfeller. En løsning kunne vært å reagere mot den enkelte politibetjenten som har utført provokasjonen, men dette ville vært lite formålstjenlig ettersom tiltalte ville blitt tiltalt og mest sannsynlig offer for en feilaktig domfellelse. En fornuftig løsning kan være å innføre arbeidsrelaterte sanksjoner mot den enkelte polititjenestemann som åpenbart har utøvd en ulovlig provokasjon. Med dette mener jeg at den overordnede bør kunne degradere han til politirelatert arbeid som innebærer at han ikke kan utøve ulovlig etterforskning. Det synes naturlig at domstolen kan komme til forskjellig resultat ettersom det må foretas en konkret helhetsvurdering i de enkelte tilfellene.

## **10.1 Lovgivning**

### 10.1.2 Lovgivningen i andre land

Bruk av provokasjon er lovregulert i noen av vår naboland. Det er hensiktsmessig å se hen til andre lands lovregulering av emnet for å kunne avgjøre hvorvidt Norge er bedre tjent med en lovregulering av etterforskningsmetoden.

#### 10.2.1 Dansk rett

Provokasjon er i dansk rett lovfestet i retsplejeloven § 754 a flg. Dansk politi har på lik linje med politiet i Norge ikke adgang til å provosere frem en handling som ellers ikke ville blitt begått, jf retsplejeloven § 754 b.<sup>140</sup> Det fremgår av forarbeidene at grensen for når en handling er fremprovosert er likt med den grensen vi opererer med i Norge.<sup>141</sup> Tidligere var det forbud mot å bruke sivile personer til å utføre provokasjon, men loven ble endret på dette punktet. Dette på bakgrunn av at kravet om at en politimann måtte gjennomføre provokasjonen hindret metoden fordi de organiserte kriminelle miljøene hadde rikelig med informasjon om politispanere.

Kravet om mistanke for å anvende provokasjon var opprinnelig at mistanken må være ”særlig bestyrket”. Dette kravet ble modifisert ettersom det vanskeliggjorde

---

<sup>140</sup> Retspleieloven 1.oktober 1919

<sup>141</sup> NOU 2004:6 s. 140

gjennomføringen av en effektiv provokasjon. Med et mistankekrav som var nesten like strengt som kravet for domfellelse, ville politiet være så sent i etterforskningen at det ville være liten grunn til å bruke provokasjon. I dag er det tilstrekkelig at det foreligger ”begrundet mistanke om” at en lovovertrødelse skal begås eller forsøkes begått jf. Retspleieloven § 754 a nr. 1. Ved den samme lovendring ble indikasjonskravet senket fra at det ikke er andre ”egnede” etterforskingsskritt i saken til at provokasjonen ”må antages at være af afgørende betydning for etterforskningen”. Kriminalitetskravet er i utgangspunktet en strafferamme på minst 6 år, eller overtrødelse av dansk straffelov §§ 286 første ledd eller 289 annet punktum.<sup>142</sup>

Retsplejeloven § 754 c fastsetter at beslutning om bruk av metoden skal treffes av retten ved kjennelse, unntaksvis av politiet hvis provokasjonens formål vil falle bort ved å vente på rettens beslutning. Denne bestemmelsen fungerer som en rettssikkerhetsgaranti for danske borgere. Det grunnleggende vilkåret for lovlig provokasjon er i likhet med det norske grunnkravet at provokasjonen ikke fremprovoserer en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått, gjelder likevel også ved etterforskning av brudd på disse bestemmelsene.

### 10.2.2 Svensk rett

Provokasjon er i likhet med norsk rett ikke lovregulert i Sverige. Provokasjon ble drøftet i forarbeidene til polislagen, og definert som en handling der politiet lokker eller utfordrer en person til en handling eller uttalelse som kan være belastende for ham selv eller for noen i hans nærhet.<sup>143</sup> Grunnvilkåret er som i Norge at politiet ikke må fremkalle en straffbar handling. Politiet kan derimot delta i en persons handlinger så lenge handlingene er nøytrale svar på subjektets initiativ. Dette innebærer at politiet kan påvirke hendelsesforløpet, men bare slik at en straffbar handling som også ellers ville blitt begått, blir utført på en måte som fremskaffer bevis.<sup>144</sup> Det må foreligge en sterk mistanke mot den som utsettes for provokasjonen. Metodens ekstraordinære karakter fører til at metoden bare kan anvendes overfor alvorlig

---

<sup>142</sup> NOU 2004:6 s. 140

<sup>143</sup> Svenske polislagen (1984:387)

<sup>144</sup> NOU 2004:6 s. 148

kriminalitet. Indikasjonskravet er at metoden må antas å gi bevis av vesentlig betydning, og som ikke kan oppnås på annen måte.<sup>145</sup> Sverige har inntatt det standpunkt at beslutningen om å bruke provokasjon må tas av ”ådklageren”. Aksjonen skal være godt planlagt og være dokumentert. Svensk rett er skeptisk til å bruke privatpersoner til å gjennomføre provokasjon. Det er likevel akseptert at sivile har vært benyttet ved enkeltstående tilfelle, men politiet får ikke inngå organisert samarbeid med privatpersoner.<sup>146</sup>

### **11.1 Rettspolitiske vurderinger**

I det følgende skal jeg foreta rettspolitiske vurderinger av provokasjon som etterforskningsmetode. Vurderingene vil i hovedsak omhandle lovgivningsspørsmålet. Jeg er den oppfatning at en lovregulering av provokasjon som etterforskningsmetode er den rette løsningen for norsk rett. Jeg vil i det følgende gjøre rede for de momentene som gjør seg gjeldende både for og imot lovgivning.

#### **11.1.2 Lovregulering**

Det er fastsatt av Høyesterett at provokasjon som etterforskningsmetode kan karakteriseres som et graverende inngrep.<sup>147</sup> Etter legalitetsprinsippet taler dette for en lovregulering. Andre ekstraordinære etterforskningsmetoder som telefonavlytting og kroppslig undersøkelse er lovregulert og det er angitt i forskrifter hvordan en skal gjennomføre disse. Etter mitt syn er det ingenting som tilsier at provokasjon er et mildere inngrep enn de andre ekstraordinære etterforskningsmetodene som er lovregulert.

Derimot er telefonavlytting og kroppslige undersøkelser ansett som straffeprosessuelle tvangsmidler, noe provokasjon foreløpig ikke er. På den andre siden rekker legalitetsprinsippet lengre enn det straffeprosessuelle tvangsmiddelbegrepet. Legalitetsprinsippet kan dermed begrunne en lovregulering av metoden, selv om den ikke er å anse som et straffeprosessuelt tvangsmiddel.

---

<sup>145</sup> Op.cit. s. 148

<sup>146</sup> Op.cit. s. 148

<sup>147</sup> Rt. 1984 s. 1076



Tidligere Riksadvokat Dorenfeldt uttalte i 1978 at (...) *det vil være så vanskelig å formulere en lovbestemmelse på tilfredsstillende vis at man iallfall bør se tiden noe an og avvete utviklingen med hensyn til de retningslinjer som rettavgjørelser kan gi oss.*<sup>148</sup> I dag eksisterer det vilkår som er utledet av Høyesterett og Riksadvokaten for bruken av provokasjon. Dette tilsier at de ikke foreligger de samme vanskeligheter for å utforme en lovhjemmel sammenlignet med slik rettstilstanden var for tretti år siden. Etter min mening vil en lovregulering av provokasjon føre til at mye av usikkerheten rundt bruken av etterforskningsmetoden faller bort, og det blir en mer likeartet praksis. Regulering av provokasjon vil også sikre mot overtramp fra politiets side som ofte kan forklares i at det ikke foreligger tydelige regler på området. Et hensyn som taler sterk for lovregulering av metoden, er hensynet til borgernes forutberegnelighet. En lovbestemmelse vil medføre at borgerne vil være klar over at de kan bli etterforsket på denne måten hvis man involverer seg i ulovlige handlinger som metoden tar sikte på å avdekke. De retningslinjene som eksisterer er klart utformet, men de er ikke like synlige som en lov, og heller ikke av samme rang som en formell lov. Etter metoden ble lovregulert i Danmark ble metoden ikke benyttet i like stor grad som før.<sup>149</sup> Dette begrunnes i kildeproblematikk. Politiet har opplevd at det er blitt vanskeligere å unngå at bakgrunnsinformasjon kommer frem og kilden avsløres. Lovbestemmelsen er dermed ikke en hindring for bruken av provokasjon. Ved en eventuell lovregulering av metoden i norsk rett er det et viktig moment at vilkårene for å anvende metoden ikke er for strengt formulert, slik at muligheten for å anvende seg av etterforskningsmetoden faller bort. Hensynet til effektivitet er et sterkt mothensyn for lovregulering av provokasjon.

I NOU 2004:6 foreslo politimetodeutvalget at provokasjon ble lovregulert. Dette ble begrunnet i at metoden medførte at politiet selv eller en som opptre på politiets vegne utnytter en persons villfarelse. Dette ved at de blander seg styrende inn i et begivenhetsforløp som fører til at personen begår en straffbar handling eller en mer straffverdig handling. Utvalget mente det måtte reises betenkeligheter ved at en så

---

<sup>148</sup> Dorenfeldt (1978), s. 302

<sup>149</sup> NOU 1997:15 s. 179

inngrepene fortsatt var ulovfestet.<sup>150</sup> På den annen side taler hensynet til effektivitet mot en lovregulering av metoden. Provokasjon vil ved en lovhjemmel gjøres tilgjengelig for allmennheten slik at en alle kan sette seg inn i måten politiet jobber på. Dette vil ødelegge for en diskret etterforskning. Men etter min mening kan ikke dette vektlegges i så stor grad at en er avskåret fra å lovregulere metoden. Jeg mener at lovregulering av metoden vil bidra til at politiet oppnår en større troverdighet hos borgerne ettersom de vil ha faste regler de må følge under etterforskningen. Disse reglene foreligger i dag, men ikke nedfelt i lov. Dette medfører at terskelen for å overskride reglene er betydelig lavere enn hvis de var nedfelt i lov. De eventuelle tvilstilfellene som måtte oppstå for adgangen til å anvende seg av provokasjon vil også reduseres ved en klar lovbestemmelse. Dorenfeldt mente også at retts tekniske hensyn medførte at metoden ikke burde være gjenstand for lovregulering. Dette på grunnlag av at det var for vanskelig å trekke en grense.<sup>151</sup> Som jeg skal introdusere nedenfor i mitt lovforslag vil det foreligge en klar grense. Grunnvilkåret, at en straffbar handling som eller ikke ville funnet sted setter utgangspunktet for denne grensen. Dette vilkåret sammenhold med de momentene som er opplistet, mener jeg vil betegne en tydelig terskel for når en lovlig provokasjon er overtrådt.

### 11.1.3 Lovforslag

Jeg har med bakgrunn i de momenter og vilkår som er utledet av rettspraksis og Riksadvokaten utformet et forslag til en lovregulering av provokasjon som etterforskningsmetode. Indikasjonskravet er søkt bevart i første ledd hvor det kreves at andre etterforskningsmetoder anses utjenelige. For å fastsette hvilke straffbare handlinger som det må foreligge en mistanke overfor har jeg tatt utgangspunkt i de vilkår som kreves etter strpl. §216 a, som regulerer bruken av telefonkontroll. I alternativ b) i bestemmelsen er det åpnet for at straffbare handlinger som gjelder sedelighet eller barnepornografi er gjenstand for denne type etterforskningsmetode. Videre i bestemmelsen følger grunnvilkåret samt en legaldefinisjon av provokasjon som etterforskningsmetode. Til slutt i bestemmelsen opplistes det personelle krav om

---

<sup>150</sup> NOU 2004:6 s. 24

<sup>151</sup> Dorenfeldt (1978), s. 302

at statsadvokaten skal godkjenne bruken av provokasjon før den kan iverksettes. Implisitt under dette kravet er det at politiet fremlegger en detaljert plan som inneholder de etterforskningskrittene som skal foretas.

#### 11.1.3.1 Lovbestemmelsen

§ Provokasjon som etterforskningsmetode skal bare anvendes i tilfeller hvor andre etterforskningsmetoder må anses utjenelige. Metoden kan kun tas i bruk ved mistanke om en handling eller forsøk på en handling

- a) som etter loven kan medføre straff i 10 år eller mer, eller
- b) som rammes etter straffeloven §§ 196, 201a, 202, 204a

Med provokasjon som etterforskningsmetode menes det at politiet ved infiltrasjon eller bruk av personer påvirker straffbare handlinger som andre foretar, for å sikre bevis eller kontroll med et hendelsesforløp.

Ved anvendelse av provokasjon som etterforskningsmetode må det ikke fremkalles eller medvirkes til en straffbar handling som ellers ikke ville funnet sted. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på hvorvidt det eksisterte et marked for handlingen og hvem som tok initiativ.

Etterforskningsmetoden skal godkjennes av statsadvokaten før den tas i bruk.

## KILDELISTE

### Forarbeider:

- NOU 1997: 15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet.
- NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern.
- Ot.prp. nr.35 (1978-79) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker.
- Innst. O. nr. 3 (1999-2000)

### Forkortelser:

- GrL. - Lov 17. mai 1814 Grunnloven.
- Strl. – Lov 22. mai 1902 nr. 11 Almindelig borgerlig Straffelovs Ikrafttræden.
- Strpl. – Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.
- Politl. – Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet.
- EMK - Europeiske menneskerettskonvensjon 21 mai. nr. 30 1999

### Litteratur:

- Andenæs, Johs, ”Norsk straffeprosess”, Bind I (Oslo 2004)
- Andenæs, Johs, ”Almindelig strafferett”, 5. Utgave (Oslo 2005)
- Auglend, Ragnar L., Henry John og Knut Røsandhaug, *Politirett*, 2 utgave (2004)
- Asp, Petter ”Straffansvar vid brottsprovokation”, *Institutet for rettsvetenskaplig forskning*, Göteborg (2001)
- Axberger ”Brottsprovokation” *Juridiska fakulteten i Stockholm; Skriftserien nr. 25*
- Gammeltoft-Hansen, Hans, ”Straffeprosessuelle tvangsindbrev” *Ugeskrift for rettsvæsen år 1979b*
- Gammeltoft-Hansen, Hans ”Agent Controlleur”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1-2 (1984) s. 89-131
- Hopsnes, Roald, ”Provokasjon som politimetode”, *Jussens venner*, nr. 2/2003 s. 62-130
- Hopsnes, Roald, ”Politiets forebyggende politimetoder” *Det utfordrende politiarbeid*, PHS forskning 2003:3
- Kostveit, Odd ”Ulovlige innhentede bevis i straffesaker; noen etterforskningsmetoder og læren om avskjæring av ulovlig bevis” Universitetet i Oslo, 1995
- Torgersen, Runar, ”Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker”, (Oslo 2008)
- Dorenfeldt, L.J., ”Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker” *Lov og rett*, 1978 s. 291-303 s. 294

### **Rapporter:**

- Rapport fra politidirektoratet, *Tendenser i kriminaliteten -utfordringer i Norge i 2007-2009*, s. 30

### **Rundskriv:**

- Nr. 2 av 26. April. Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode.

### **Rettspraksis:**

#### Høyesterett:

Rt. 1984 s. 1076	Rt. 1998 s. 407
Rt. 1992 s. 1088	Rt. 1999 s. 1269
Rt. 1993 s. 473	Rt. 2000 s. 1223
Rt. 1994 s. 319	Rt. 2000 s. 1482

#### Den europeiske menneskerettighetsdomstolen:

- Lüdi vs. Sveits, klagesak nr. 12433/86
- Sunday Times vs. Storbritannia klagesak nr. 6538/74
- Teixeira de Castro vs. Portugal, klagesak nr. 25829/98
- Se P.G. og J.H. vs. Storbritannia, klagesak nr. 44787/98
- Niemietz vs. Tyskland, klagesak nr. 13710/88

***17.488 ord***