

Etterforskning med provokasjonstilsnitt

-Høyesteretts praksis i utvikling



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 520
Leveringsfrist: 26.04.10

Til sammen 14952 ord

26/04/2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling og tema	2
1.2	Rettskildebildet	2
1.3	Avgrensning	3
1.4	Videre fremstilling	4
<u>2</u>	<u>ETTERFORSKNING MED PROVOKASJONSTILSNITT</u>	<u>4</u>
2.1	Definisjon	4
2.2	Formål og terminologi	6
2.3	Reelle hensyn	9
2.4	Spørsmålet om lovregulering	12
2.5	Forholdet til Riksadvokatens rundskriv	12
2.6	Vilkår for bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt fastsatt gjennom Høyesteretts praksis	14
2.6.1	Grunnvilkåret	15
2.6.2	Grad av alvorlighet ved det straffbare forholdet	21
2.6.3	Kravet til mistanke	23
2.6.4	Etterforskning med provokasjonstilsnitt som sekundært etterforskningsmiddel	24
2.6.5	Kravet om beslutning på kompetent nivå	25
2.6.6	Kontroll med etterforskningen	27
<u>3</u>	<u>HØYESTERETTS KOMPETANSE VED ANKE I STRAFFESAKER</u>	<u>29</u>

3.1	Anke over saksbehandlingen	31
3.2	Anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet	32
3.2.1	Forholdet til rettsbelæringen	34
4	<u>UTVIKLINGEN I RETTSTILSTANDEN VEDRØRENDE HØYESTERETTS KOMPETANSE I SAKER OM GRENSEN FOR DEN LOVLIGE ETTERFORSKNINGSPROVOKASJON</u>	35
4.1	Domstolenes behandling av provokasjon som frifinnelsesgrunn	35
4.1.1	Frifinnelse på materielt grunnlag	36
4.1.2	Frifinnelse på prosessuelt grunnlag	37
4.2	Behandling av anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet	39
4.2.1	Forholdet til bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet	40
4.2.2	Utvidet ankegrunnlag	41
4.3	Fra anke over lovanvendelsen til saksbehandlingsanke	42
4.3.1	Konsekvenser i forhold til lagmannsretten etter Høyesteretts endring	44
4.4	Begrunnelse for Høyesteretts praksis	45
5	<u>FORHOLD MED VIRKNING FOR DEN VIDERE BEHANDLING AV GRENSEN FOR DEN LOVLIGE ETTERFORSKNINGSPROVOKASJON</u>	46
6	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	49
7	<u>LITTERATURLISTE</u>	51
7.1	Lover:	51
7.2	Forarbeider	51
7.3	Bøker som kilde til oppgaven:	52
7.4	Artikler:	52

7.5	Rettspraksis:	52
7.6	Annet:	53

1 Innledning

I Grunnloven § 88 heter det at "Høyesteret dømmer i sidste Instans," og er således Norges øverste domstol. De senere år har det uttrykkelig vært lagt til grunn at Høyesteretts fremste oppgave er å bidra til rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling. Høyesteretts funksjon vil primært være som rettsanvender ved og med bindende virkning å avgjøre de enkelte saker som blir forelagt for dem. Disse avgjørelsene vil ikke bare være bestemmende for sakens parter, men vil også være retningsgivende for underinstansene og for deltakerne i samfunnslivet for øvrig.

Høyesteretts virksomhet er videre forsøkt konsentrert om prinsipielle og retningsgivende avgjørelser. Dette er hensikten med de relativt strenge reglene om avsiling av anker gjennom Høyesteretts ankeutvalg. På bakgrunn av denne ordningen skal domstolen bedre kunne ivareta oppgavene med å sikre rettsenheten og med å lede rettsutviklingen på viktige områder. I enkelte tilfeller overlater også Stortinget den videre rettsutvikling av spesielle forhold, til domstolene. Dette kan sies å være gjort i forhold til regulering av såkalt politietterforskning med provokasjonstilsnitt.

I løpet av de siste tiår har kriminalitetsbildet her til lands endret karakter. Det har vokst frem flere lukkede organiserte kriminelle miljøer og kriminalitet skjer i større grad på tvers av landegrensene. Disse miljøene kan være svært vanskelig å infiltrere og ikke minst kan arbeidet med dette innebære en betydelig risiko for politiet og andre involverte. Denne utviklingen har ført til at de tradisjonelle etterforskningsmetoder ikke lenger er like fruktbare. På bakgrunn av dette har politiet derfor på nærmere vilkår tatt i bruk såkalte ekstraordinære etterforskningsmetoder, herunder politietterforskning med provokasjonstilsnitt. Metoden skiller seg ut ved å fremstå som inngripende i forhold til objektet for etterforskningen, og reiser i denne sammenheng viktige rettssikkerhetsspørsmål. Stortinget har tidligere ikke ansett det for nødvendig å lovregulere

denne type etterforskningsmetode, og har i stor grad overlatt den videre regulering til Domstolene. Dette har skapt utfordringer for Høyesterett, både i forhold til hvilke vilkår som må anses oppstilt for bruk av metoden, hvordan de oppstilte vilkår i så fall skal bedømmes, og ikke minst i forhold til virkninger av brudd på disse.

1.1 Problemstilling og tema

Høyesteretts kompetanse er begrenset ved anke over lagmannsrettens avgjørelser. Det er ikke adgang til å prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, jfr. Strpl. §306 første ledd. Høyesterett har i flere avgjørelser slått fast at det er en ulovfestet straffrihetsgrunn dersom politiet overtrer grensene som oppstilles for bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt. Denne fremstillingen vil søke å belyse utviklingen av Høyesteretts praksis i forhold til denne type saker. Det vil deretter undersøkes om Høyesterett har tiltatt seg en kompetanse de etter gjeldende begrensninger ikke har.

1.2 Rettskildebildet

Etterforskning med provokasjonstilsnitt er ikke lovregulert i norsk rett. Under behandlingen av straffeprosessloven av 22. mai 1981 nr. 25 ble dette ikke ansett som nødvendig av departementet og Justiskomiteen. Inngrepet har ikke blitt vurdert som så alvorlig at det ifølge legalitetsprinsippet kreves hjemmel i formell lov. Lovgiver har med dette bevisst utelatt en lovregulering av denne type etterforskningsmetoder, men overlatt til domstolene å fastlegge grensene av den lovlige provokasjon. Høyesterett har i den prinsipielle avgjørelsen inntatt i RT 1984 s. 1076, fastslått at legalitetsprinsippet ikke er til hinder for at lovgiver har overlatt til domstolene å regulere dette rettsområdet.

Riksadvokaten har i rundskriv til påtalemyndigheten gitt visse retningslinjer vedrørende politiets etterforskning med provokasjonstilsnitt. De første av denne typen retningslinjer ble gitt muntlig i 1980, senere fulgt opp av et skriftlig rundskriv i 1982. Den någjeldene regulering av slik etterforskning følger av rundskriv nr 2/2000, datert 26. april 2000; "Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode".

Videre har etterforskningsmetoden fått bred omtale i forarbeidene. Grunnleggende kommentarer er gitt i Ot.prp. nr.35 (1978-79) ”om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven)”. En inngående drøftelse av etterforskning med provokasjonstilsnitt er også gjort i NOU 2004:6 ”mellom effektivitet og personvern”.

Etterforskningsmetoden er også omtalt i juridisk teori. I Norge ble spørsmålet tatt opp av riksadvokat Dorenfeldt i en grunnleggende artikkel i LoR 1978 s. 291. Denne har fått stor betydning for den videre utvikling av provokasjonslæren i norsk rett. I norsk teori har særlig Kjell V. Andorsens¹ og Roald Hopsnes² behandlet metoden. Det er først og fremst adgangen til bruk av slike etterforskningsmetoder som her er behandlet. Det er derimot ikke like utfyllende omtale av Høyesteretts behandling av disse sakene, selv om det mange steder er nevnt og stilt spørsmål ved. På slutten av 1970-tallet ble temaet bruk av etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt debattert rundt om i de nordiske landene, noe som også var bakgrunn for Dorenfeldts innlegg. Denne debatten førte til at retningslinjene for bruk av provokasjon her i Norge har store likheter med de vilkår som er fastsatt for metoden ellers i Norden. Særlig dansk teori og praksis har vært bakgrunn for diskusjonen.³

1.3 Avgrensning

Internasjonal rett vil ikke bli inngående behandlet i denne fremstillingen, ettersom dette fortjener en større oppmerksomhet enn det vil være anledning til her. Bruk av provokasjon reiser blant annet spørsmål i forhold til integritetsvernet etter EMK art 8.1. Forholdet til EMK vil likevel nevnes i enkelte tilfeller hvor det har vært stilt spørsmål ved dette i forhold til provokasjon og norsk rett. Både etterforskning med provokasjonstilsnitt og Høyesteretts kompetanse i ankesaker er svært omfattende områder for behandling. Den videre fremstilling begrenses imidlertid til de aspekter ved dette som er hensiktsmessig for å

¹ Andorsen JV (2001)

² Hopsnes JV (2003)

³Andorsen JV (2001) baserer sin artikkel i stor grad på Gammeltoft-Hansens fremstilling i TfR 1984.

belyse Høyesteretts behandling av anke over saker om etterforskning med provokasjonstilsnitt. Ved Høyesteretts prøvelseskompetanse begrenses derfor fremstillingen til å gjelde lovanvendelsen under skyldspørsmålet og saksbehandlingen, da dette er problemområder jeg vil behandle videre. Det avgrenses med dette mot en behandling av straffespørsmålet og bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Når det gjelder provokasjon behandlingen begrenses meg til en vurdering av vilkårene for lovlig politiprovokasjon fastsatt gjennom Høyesteretts praksis, da dette belyser Høyesteretts behandling av slike saker. Tilgrensende forhold som infiltrasjon, ”lokkedue-tilfellene” og kontrollert overlevering vil derfor ikke bli nærmere drøftet.

1.4 Videre fremstilling

Oppgaven vil i det følgende ta for seg behandlingen av etterforskning med provokasjonstilsnitt i norsk rett, og utviklingen av de vilkår som stilles til denne etterforskningsmetoden. Videre vil det gjøres en generell fremstilling av Høyesteretts prøvelseskompetanse ved anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet og saksbehandlingsanke. Med dette som utgangspunkt vil det deretter gjøres en videre drøftelse av hvordan Høyesterett har behandlet denne type saker, og hvordan dette stiller seg i forhold til de gjeldende kompetansebegrensninger. Herunder om dette har ført til en utvidelse av deres kompetanse, og eventuelt i hvilken grad.

2 Etterforskning med provokasjonstilsnitt

2.1 Definisjon

Begrepet provokasjon innenfor straffeprosessen er verken definert gjennom lovtekst eller de forarbeider som har behandlet temaet. Ifølge riksadvokatens rundskriv foreligger politiprovokasjon «når politiet ved infiltrasjon eller bruk av personer påvirker straffbare handlinger som andre foretar, for å bedre sin kunnskap om eller kontroll med et

hendelsesforløp».⁴ I NOU 2004: 6 ”Mellom effektivitet og personvern”, med forslag til endringer i straffeprosessloven, ble metoden foreslått definert som at ”politiet selv eller en som opptrer på politiets vegne utnytter en persons villfarelse for å blande seg styrende inn i et begivenhetsforløp som fører til at personen begår en straffbar handling eller en mer straffverdig handling”. I juridisk teori er det forsøkt oppstilt en rekke definisjoner av provokasjon som etterforskningsmetode. Andorsen definerer materiell provokasjon som ”at politiet selv, enten direkte ved en polititjenestemann eller gjennom en engasjert medhjelper (en såkalt agent), aktivt oppsøker en gjerningsperson eller et kriminelt miljø i den hensikt å avsløre straffbare handlinger som er begått, eller hindre lovbrudd som politiet mistenker skal begås.”⁵ Andenæs definerer derimot provokasjon som ”...når politiet fremkaller (fremprovoserer) en straffbar handling for å få bevis mot gjerningsmannen”.⁶ En står her overfor en rekke definisjoner, som vektlegger de forskjellige momentene ved den provokative etterforskningen i ulik grad. Enkelte kan også sies å være snevrere enn andre. Om dette kan sies å innebære noen realitetsforskjell i forhold til provokasjon som etterforskningsmetode er heller usikkert. Fellesnevneren i definisjonene er likevel at vi her står ovenfor en etterforskningsmetode hvor politiet blander seg styrende inn i et begivenhetsforløp for å fremkalle og derved initiere en straffbar handling med det formål å få gjerningsmannen avslørt og straffet.

2.1.1 Begrepet provokasjon

Begrepet provokasjon som etterforskningsmetode må ikke forveksles med provokasjonsinstituttet i strafferetten, slik det er uttrykket i strl. §127 2.ledd, § 250, § 228. Etterforskning med provokasjonstilsnitt hører til det man har betegnet som utradisjonelle eller ekstraordinære etterforskningsmetoder. Bruken av denne termen kan indikere at vi står ovenfor en ny type etterforskningsmetode, at den er mer inngripende enn tidligere, eller at

4 RA nr.2/2000 av 26. april 2000 del III

5 Andorsen JV (2001)

6 Johs. Andenæs, Norsk straffeprosess (2009)

fremgangsmåten skiller seg fra de ordinære metoden.⁷ Begrepet ekstraordinær etterforskningsmetode er i så måte meget vidt og ubestemt, og egner seg best som en generell karakteristik av metoder der politiet på en eller annen måte går mer aktivt til verks enn det å ta imot anmeldelser og drive egen spaning i det offentlige rom. Som etterforskningsmetode omtales den ellers på flere måter, blant annet som provokativ etterforskning, politiprovokasjon eller bare provokasjon. Betegnelsen ”etterforskning med provokasjonstilsnitt” er den termen som benyttes i størst grad i Norge.⁸ Etterforskning med provokasjonstilsnitt er i mange henseender benyttet som betegnelse på den lovlige provokative etterforskning, mens konstitutiv provokasjon i juridisk teori er anvendt som en betegnelse på tilfeller hvor politiet fremprovoserer den straffbare handlingen. Det er ved konstitutiv provokasjon tale om en overskridelse av de vilkår som er fastsatt for bruk av provokativ etterforskning. Høyesterett og riksadvokatens bruk av betegnelsen ”etterforskning med provokasjonstilsnitt” dekker både den lovlige og ulovlige provokasjon og viser til de handlinger som reguleres av vilkårene som er fastsatt på området. I Rt. 1984 s. 1076 uttaler Høyesterett om dette: ”Man står her overfor et tilfelle av det som jeg antar mest dekkende kan betegnes som etterforskning med provokasjonstilsnitt, uten at det i selve betegnelsen ligger noen vurdering av fremgangsmåtens rettmessighet”. I det følgende vil først og fremst denne betegnelsen tas i bruk, men når det også nevnes provokativ etterforskning eller bare provokasjon vises både til den lovlige og ulovlige etterforskningsprovokasjon.

2.2 Formål og terminologi

Etterforskning med provokasjonstilsnitt kan ha flere ulike formål, og formålet varierer med situasjonene provokasjonsmetodene benyttes i. Det er videre en sammenheng mellom det konkrete formålet og de vilkår som oppstilles for den spesifikke metoden. Når det gjelder vilkårene fastsatt for denne type etterforskning er det blitt sondret mellom provokasjon i reddende/forbyggende øyemed, og provokasjon som etterforskningsmetode for å avdekke

⁷ Auglend, Mæland, Røsandhaug, politirett (1998) s.535

⁸ Høyesterett benytter betegnelsen i sine avgjørelser, samt forarbeidene

allerede utførte straffbare forhold og å innhente bevis for en senere eventuell domfellelse.⁹ Denne inndelingen er lagt til grunn både av Riksadvokaten og av Høyesterett. Formålet bak politiets virksomhet vil her være avgjørende for å skille mellom de to hovedkategoriene.¹⁰ Hopsnes mener derimot at selve formålet for politietterforskningen ikke kan være avgjørende for grensene for provokasjon. Det vil i hans øyne være mer naturlig å dele inn typebetegnelsene for provokasjon etter hva informasjonen som fremkommer av etterforskningen faktisk brukes til, noe også utvalget i NOU 2004:6 legger til grunn.

Ved avvergende provokasjon bærer politiets etterforskning preg av å være en redningsaksjon. Formålet her vil være å forebygge eller avverge en straffbar handling, eller å skaffe politiet kontroll over gjenstander. Etterforskningsprovokasjonen har i så måte et gjenopprettende eller reddende formål og vil ikke skulle tjene som bevis i en senere straffesak. I Rt. 1998 s. 407 finner en eksempel på denne type politiprovokasjon i forbindelse med tyveri av Munch-maleriet «Skrik». Aksjonen politiet her iverksatte hadde som overordnet mål å bringe maleriet i uskadet stand tilbake til Nasjonalgalleriet. Førstvoterende understreket at «Som redningsaksjon var politiets handlemåte vellykket, og jeg ser ikke noe ulovlig eller urettmessig ved den som redningsaksjon betraktet». I forhold til aksjonens reddende formål fant altså Høyesterett ikke at det forelå en overtredelse av grensene for lovlig provokasjon. Politiets etterforskning hadde også et sekundært mål, ved å skaffe til veie bevis for bruk i tiltale for grovt heleri. Høyesterett kom til en annen konklusjon i forhold til dette.¹¹

Etterforskningsprovokasjon som utelukkende benyttes for å skaffe til veie bevis, til bruk i en senere tiltale mot gjerningspersonen, vil i mine øyne best betegnes som tiltaleprovokasjon. Tiltaleprovokasjon kan knytte seg til straffbare handlinger som allerede er begått, eller til forbrytelser som skjer eller skal skje i fremtiden. I juridisk teori og Høyesterettspraksis sondres det mellom «bevisprovokasjon» og «salgsprovokasjon». I

9 RA 1999:3 Del II og RA 2000:2

10 RA 1999:3 Del II

11 Se punkt.4

teorien har også begrepet ”alminnelig provokasjon” vokst frem. For å skille mellom disse tas det utgangspunkt i selve hendelsesforløpet i forhold til forbrytelsen. Det avgjørende vil være hvor langt den mistenkte har kommet i utførelsen. Tidspunktet for den straffbare handling er således et viktig skille.

Salgsprovokasjon gjelder de tilfeller hvor politiets operasjon finner sted før den straffbare handling begås. Begrepet er noe misvisende, da politiet også her vil ha som formål å skaffe bevis til bruk i en fremtidig tiltale. Salgsprovokasjon har ellers vært omdiskutert.¹² Noen ser på dette som provokasjon, mens andre mener det er en metode avledet fra lokkedue-tilfellene, og dermed ikke kan betegnes som provokasjon. De forskjellige synspunktene bunner i en ulik oppfatning av politiets aktivitet ved provokasjonshandlingen. Det klassiske eksempelet på salgsprovokasjon er der hvor en politibetjent aksepterer et tilbud om kjøp av narkotika. Eksempelet trekkes frem i Rt. 2000 s.1223. Om dette uttaler førstvoterende at dersom politimannens rolle er begrenset på denne måten, kan det ikke være tale om noen ulovlig provokasjon og at det vil være et terminologisk spørsmål om man vil kalle tilfellet salgsprovokasjon. Betegnelsen ”salgsprovokasjon” finner en ikke i riksadvokatens rundskriv. Det kan se ut som at det i rettspraksis og riksadvokatens rundskriv fokuseres på skillet mellom provokasjon før den straffbare handling begås og provokasjon etter den straffbare handling er begått, og at både passive og aktive tilfeller vil være omfattet. Spørsmålet vil jo uansett være om politiet har overtrådt grensene i det tilfellet det gjelder. De tilfeller hvor politiets provokasjon tar sikte på å fremskaffe bevis for straffbare handlinger som allerede er begått, omtales som ”bevisprovokasjon”.¹³ Det fremprovoseres her eksempelvis en avtale om salg av narkotika, med sikte på å reise tiltale mot selger for ervervet og oppbevaringen.

¹² Andersen omtaler dette som materielt provokative metoder, og mener betegnelsen inneholder både de tilfeller hvor politiet er passive og aktive. Hopsnes betegner de ”passive” tilfellene som salgsprovokasjon, og de ”aktive” tilfellene som alminnelig provokasjon. Det samme gjør NOU 2004:6.

¹³ RA 2000:2, Rt.2000 s.1223, NOU 2004:6

Det er ved provokasjon før den straffbare handling begås at spørsmålet om politiet har fremkalt den straffbare handling først og fremst vil oppstå. I den følgende fremstilling vil jeg ved betegnelsen bevisprovokasjon vise til tilfeller der den straffbare handling er begått forut for politiets aktivitet, mens jeg omtaler provokasjon i forkant av manifesteringen av den forbrytelsen som alminnelig provokasjon.

2.3 Reelle hensyn

Som nevnt innledningsvis har bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt bakgrunn i endringer av kriminalitetsbildet, særlig i forhold til narkotikaforbrytelser. Denne type kriminalitet har karakter av å være komplisert og omfattende, og det er snakk om alvorlige typer kriminalitet med skadevirkninger for samfunnet. Et problem i forhold til slike saker er at det ikke er noe offer som anmelder forholdet eller medvirker til oppklaring av dette, og andre som er involvert vil ofte forholde seg tause. I tillegg utføres forbrytelsene fortrinnsvis av lukkede organiserte miljøer som særlig vanskeliggjør politiets etterforskning. Dette nødvendiggjør en større grad av aktivitet fra politiets side for fremskaffelse av bevis.¹⁴ Etterforskning med provokasjonstilsnitt har vist seg å gi særlig gode resultater i slike saker. Hovedbegrunnelsen for tillatt bruk av metoden vil med dette være en effektiv bekjempelse av kriminalitet. Hensynet til effektivitet er fremhevet flere steder i rettspraksis. I Rt.1984 s.1076 påpekte retten at provokativ etterforskning bør tillates på bakgrunn av behovet for å avdekke organisert narkotikakriminalitet, i tillegg til å stanse tilførselslinjene. Også forarbeidene har særlig vektlagt metodens effektivitet ved vurderingen av politiets bruk av denne type etterforskning.¹⁵

Hensynet til allmennprevensjonshensynet kan også trekke i retning av at etterforskning med provokasjonstilsnitt bør være tillatt. Innenfor strafferettens område omtales allmennprevensjon som et av hensynene bak ileggelse av straffereaksjoner. I dette ligger at straffen medfører avskrekkende, holdningskapende og vanedannende virkninger.¹⁶

¹⁴ Dorenfeldt LoR 1978 s.294

¹⁵ Se særlig NOU 2004:6 og Ot.prp.nr.60 (2004-2005)

¹⁶ Andenæs, alminnelig strafferett (2004)

Prevensjonstanken kan også overføres til straffeprosessen, herunder politiets etterforskning. Dersom allmennheten har kunnskap om at politiet faktisk kan benytte disse skjulte etterforskningsmetodene kan det ha en avskrekkende virkning. Det samme gjelder vissheten om at det skjer en økt ressursbruk overfor enkelte typer kriminalitet. Den avskrekkende effekten vil her påvirkes av oppdagelsesrisikoen.

Selv om hensynet til effektivitet og allmennprevensjon tilsier en utstrakt bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt, er det flere hensyn som trekker i motsatt retning. Politiets deltakende element i tillegg til at metoden benyttes i det skjulte, gjør etterforskning med provokasjonstilsnitt særlig offensiv og inngripende. Dette stiller krav til ivaretagelse av rettsikkerheten. Med rettsikkerhet vises det vanligvis til beskyttelse av enkeltindividet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side. I tillegg skal vedkommende ha mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser.¹⁷ I forhold til etterforskning med provokasjonstilsnitt tilsier hensynet at det må oppstilles strenge prosessuelle vilkår for at metoden i det hele tatt skal kunne benyttes. Dersom politiet skulle ha adgang til å ubegrenset fremkalle lovbrudd, ville dette i mange tilfeller bli betraktet som et vilkårlig overgrep overfor enkeltpersoner.

I forhold til rettsikkerhet gir legalitetsprinsippet et viktig vern mot vilkårlighet og overgrep fra myndighetene. På bakgrunn av prinsippet kan politi og påtalemyndighet som hovedregel ikke sette i verk inngripende tiltak overfor borgerne uten hjemmel i lov. Etterforskning med provokasjonstilsnitt er som nevnt ikke lovfestet, men legalitetsprinsippet krever at vilkårene som oppstilles for bruk av etterforskningsmetoden gir en slik klarhet og presisjon at politiet ikke begår overgrep mot enkeltindivider.¹⁸

En annen grunnleggende side ved rettsikkerhetshensynet er vernet mot uriktige avgjørelser. I riksadvokatens rundskriv fremheves det at de prosessuelle reglene rundt etterforskningsmetoden skal være utformet på en måte som ivaretar rettsikkerheten, og spesielt at riktige avgjørelser treffes. Dette nødvendiggjør en kontroll med etterforskningsmetoden for å ivareta notoriteten ved de inngrep som gjøres av politiet.

¹⁷ Eckhoff, Rettskildelære (2001)

¹⁸ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999)

Dersom politiet gis en for vid adgang til å benytte etterforskning med provokasjonstilsnitt vil det i tillegg være en fare for at det fremkalles lovbrudd som ellers ikke ville blitt begått. Metoden kan i så måte misbrukes og utgjøre en risiko for kriminalisering av ellers lovlydige borgere. Faren for misbruk ligger i at politiet kan luke ut bestemte personer, for deretter å forlede til å begå kriminalitet. Dersom en som i utgangspunktet er uskyldig først begår en straffbar handling, vil det være en større sannsynlighet for at denne ender i en kriminell løpebane.¹⁹ En person som derimot involverer seg i kriminalitet vil ikke ha det samme krav på rettssikkerhet i vid forstand, og må akseptere at det gjøres slike inngrep når vilkårene for dette er oppfylt.²⁰

Hensynet til forholdsmessighet taler også for en mer begrenset bruk av inngripende etterforskningsmetoder. Borgernes rett til privatliv må veies opp mot samfunnets behov for å kunne ta i bruk krenkende metoder for å bekjempe kriminalitet. EMK art.8(2) om vern av retten til privatliv viser til en forholdsmessighetsvurdering mellom mål og behov. Dette er også uttrykkelig nevnt i strpl. § 174 og 184 for pågripelse og fengsling. Det følger videre av politiloven § 6 annet ledd at de midler som anvendes må stå « i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendigheter for øvrig.» I Riksadvokatens rundskriv understrekes det at etterforskningsprosessen må være hensynsfull og tillitvekkende både overfor de involverte og allmennheten. I dette ligger et krav om forholdsmessighet mellom de midler som anvendes og de mål som kan oppnås.²¹ Forholdsmessighetskravet understrekes også i forarbeidene²² og har i enkelte saker for Høyesterett vært avgjørende i vurderingen av om etterforskning med provokasjonstilsnitt skal tillates brukt.²³

Reelle hensyn er selve bakgrunnen for de vilkår som i dag oppstilles rundt etterforskning med provokasjonstilsnitt. Disse vil fortsatt være av betydning i forhold til andre spørsmål som måtte komme opp i forhold til etterforskningsmetoden.

¹⁹ Hopsnes (2001)

²⁰ NOU 2004:6

²¹ RA 2000:2

²² NOU 1997:15, Ot.prp. nr.64 (1998-1999), Innst.O. nr.3 (1999-2000) og NOU 2004:6

²³ Rt.1993 s.473

2.4 Spørsmålet om lovregulering

Etterforskning med provokasjonstilsnitt anses i utgangspunktet hjemlet i den alminnelige handlefrihet, innenfor de rammene som er oppstilt i EMK art.8, Høyesteretts praksis og riksadvokatens rundskriv. Forholdet til legalitetsprinsippet har etter hvert ført til at det kan anses nødvendig å lovregulere politiets kompetanse ved bruk av metoden.

Spørsmålet om lovregulering av etterforskning med provokasjonstilsnitt har vært oppe til vurdering ved flere tilfeller. I NOU 2004:6 utarbeidet utvalget forslag til ny politilov med regulering av politiprovokasjon i forebyggende øyemed. Hensynet til forpliktelser etter EMK art. 8 var her en av begrunnelsene for å lovregulere bruk av metoden. Mindretallet (Kvande) stilte seg ikke avvisende til en lovregulering men uttalte: « I en situasjon hvor man ikke har lovfestet bruk av spaning, infiltrasjon og provokasjon med det formål å avdekke straffbare handlinger, bør ikke utvalget foreslå lovfesting av tilsvarende metoder for et lite spesialområde der formålet er å forebygge straffbar handlinger. Riktig rekkefølge må være å utrede spørsmålet om lovfesting på generell basis før det tas stilling til et særrområde. » Departementet var enig i at metoden bør lovfestes, men at etterforskning med provokasjonstilsnitt først må vurderes i en større sammenheng.²⁴ Spørsmålet vil derfor utredes nærmere før en lovfesting vil være aktuelt. Politiets adgang til å ta i bruk etterforskning med provokasjon vil frem til dette fortsatt anvendes på ulovfestet grunnlag.

2.5 Forholdet til Riksadvokatens rundskriv

Tradisjonelt har det vært liten grad av lovreguleringen av politiets etterforskningsmetoder. På bakgrunn av dette har retningslinjer og prinsipielle avgjørelser fra overordnet myndighet hatt en sentral betydning som autoritativ rettskilde for praksis innad i politi og påtalemyndighet. Særlig ettersom de rettslige avgjørelsene som her tas ofte av inngripende karakter. Den senere tid er flere av de såkalte ekstraordinære etterforskningsmetodene lovfestet, men de overordnede myndigheter vil i stor grad ha det direkte ansvar for

²⁴ Ot.prp.nr.60 (2004-2005)

utvikling av praksis på områdene. I utviklingen av praksis rundt etterforskning med provokasjonstilsnitt har Riksadvokatens retningslinjer vært av særlig betydning.

Retningslinjene fra 1980 angående provokasjon som etterforskningsmetode er oppsummert i NOU 1997:15 og inntatt i rundskriv fra riksadvokaten av 26. april 2000. Sistnevnte er en betydelig omarbeidet form i forhold til tidligere retningslinjer. De tidligere retningslinjene er gitt en forholdsvis bred omtale i spesielt tre høyesterettsdommer; Rt-1984-1076, Rt-1998-407 og Rt-2000-1223.

I Rt. 1984 s.1076 reiste domfelte spørsmål om betenkeligheten rundt at retningslinjene er gitt av riksadvokaten som øverste leder av påtalemyndigheten, uten de garantier som ligger i en vanlig lovgivningsprosess. Førstvoterende i saken kunne ikke tiltre disse innvendingene og fant det rimelig og naturlig at riksadvokaten har funnet å burde gi generelle retningslinjer om den til påtalemyndighetens tjenestemenn, i og med at spørsmålet om bruk av denne etterforskningsmetoden ikke er lovregulert. Det fremholdes videre at retningslinjene rettslig sett er en instruks fra overordnede påtalemyndighet til tjenestemannen, og at disse selvsagt ikke er bindende for domstolene. Dette kommer også til uttrykk i de to andre nevnte avgjørelser. I Rt. 1984 s.1076 konkluderes det med at « etter det jeg har sagt finner jeg at den fremgangsmåte politiet har benyttet, ikke står i strid med riksadvokatens retningslinjer. Dermed har jeg ikke foranledning til å gå inn på hvilken konsekvens det ville ha hatt om det hadde foreligget slik motstrid. Og - hva som er avgjørende - jeg kan heller ikke se at politiets bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt i denne sak strider mot de overordnede rettsprinsipper som domstolene må legge til grunn. Den fremgangsmåte som her er benyttet, må etter min oppfatning betegnes som forsvarlig. »

I Rt. 1998 s. 407 fant førstvoterende at riksadvokatens retningslinjer på flere punkter ikke var fulgt, samt at det også forelå andre vesentlige mangler ved etterforskningen, slik at dette ikke kunne gi grunnlag for domfellelse. Også i Rt. 2000 s. 1223 anser Høyesterett retningslinjene som veiledende. Det uttales her at « en annen sak er at det etter min mening

kan foreligge en tilsidesettelse av punkt 8 i Riksadvokatens retningslinjer, idet jeg som tidligere nevnt stiller meg tvilende til om man står overfor en bevisprovokasjon. Det forelå i så fall ikke en situasjon hvor politiet hadde adgang til å benytte en utenforstående informant. »

I alle de tre nevnte avgjørelser er førstvoterendes vurdering knyttet opp mot riksadvokatens retningslinjer, ved drøftelse av om fremgangsmåten i politiets etterforskning samsvarer med disse. Likevel presiseres det at en overtredelse av retningslinjene ikke i seg selv er avgjørende for utfallet av saken, men at det avgjørende vil være om denne type etterforskning kan anses forsvarlig utfra alminnelige straffeprosessuelle prinsipper. Det ligger til domstolene i siste omgang å ta stilling til om disse prinsippene er overtrådt.

Høyesterett tar i bruk Riksadvokatens retningslinjer som veiledende kilde til hvilke reelle hensyn som gjøre seg gjeldende for at etterforskningsmetoden skal samsvare med de grunnleggende prosessuelle prinsipper, nærmest som en sakkyndig vurdering. Retningslinjene kan her sies å være en kilde med en viss autoritetsverdi.²⁵ Dorenfeldts foredrag sammenholdt med den etterfølgende instruks fra Riksadvokaten har ut fra dette i stor grad dannet utgangspunktet for Høyesteretts holdning til bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt.

2.6 Vilkår for bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt fastsatt gjennom Høyesteretts praksis

I juridisk teori er det oppstilt en øvre og en nedre grense i forhold til politiets etterforskningsmetoder. Denne grensen er først og fremst benyttet i dansk rett, men er også tatt i bruk av Hopsnes for å bedre kunne forklare skillet mellom lovlig og ulovlig etterforskningsprovokasjon.²⁶ Det betegnes som den nedre grense for politiets etterforskningsmetoder ved spørsmål om når denne må underkastes de vilkår som er

25 Myhrer, Tor-Geir - TFR-2003-219

26Hopsnes JV (2001), Gammeltoft-Hansen TFR 1984

oppstilt av riksadvokaten og Høyesterett. Grensen mellom den lovlige og ulovlige etterforskningsprovokasjonen betegnes som den øvre grense, og indikerer når politiet har overtrådt de vilkår som er fastsatt. I forhold til den nedre grense er det hensiktsmessig å se på hvordan politiprovokasjon skiller seg fra andre typer etterforskningsmetoder som denne grenser opp mot, herunder infiltrasjon, passive politimetoder og bruk av lokkeduer. I det følgende vil fremstillingen konsentrere seg om forholdet til den øvre grense, da det er dette som har vært diskusjonstema i Høyesteretts avgjørelser.

Ved vurderingen av om politiets etterforskning ikke har overtrådt grensene for det som er tillatt, oppstilles både materielle og prosessuelle vilkår.²⁷ Vilkårene for bruk av metoden avhenger av formålet med denne. Det følger av riksadvokatens rundskriv at de strengeste kravene vil gjelde ved tiltaleprovokasjon, mens det ved etterforskning med forebyggende eller reddende formål er vesentlig færre begrensninger. De vilkår som er oppstilt inngår i en skjønsmessig helhetsvurdering ved det konkrete saksforhold.

2.6.1 Grunnvilkåret

I 1978 kom daværende Riksadvokat L. J. Dorenfeldt med uttalelser angående det som i dag anses for å være et grunnvilkår for politiets etterforskningsmetoder vedrørende provokasjon. Dorenfeldt uttalte at det helt sikkert gikk en grense for politiets bruk av politiprovokasjon ved at politiet selv eller ved hjelp av medhjelpere ikke måtte tilskynde en person til å begå en straffbar handling han ellers ikke ville begått.²⁸ Dette er altså bakgrunnen for det hovedvilkår en nå legger til grunn i praksis. I Rt. 1984. s.1076 ble kravet formulert som « at det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.»²⁹ Dette kommer også til uttrykk i Riksadvokatens rundskriv, og anses som en absolutt grense for politiets bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt.

²⁷ Rt.1984 s.1076 og RA 2000:2

²⁸ Dorenfeldt (1978) s.294

²⁹ Den samme formuleringen er oppstilt i dansk teori av Gammeltoft-Hansen (1984) og er lagt til grunn i samtlige nordiske land.

I forhold til EMK finner en den samme begrensning for politiets adgang til å benytte provokativ etterforskning. Både art. 3, 6 og 8 har tidligere vært påberopt som skranker for dette. I eksempelvis dommen *Teixeira de Castro v. Portugal* av 9.juni 1998 Kommisjonen uttalte her «..actions went beyond those of undercover agents because they instigated the offence and there is nothing to suggest that without their intervention it would have been committed. That intervention and its use in the impugned criminal proceedings meant that, right from the outset, the applicant was definitively deprived of a fair trial. Consequently, there has been a violation of Article 6.1». Her kan en se en anvisning på det en betegner som grunnvilkåret, slik at konstitutiv etterforskning også er i strid med EMK.

Etterforskning med provokasjonstilsnitt skiller seg fra andre såkalte ordinære etterforskningsmidler ved at politiet unnlater å stanse den straffbare aktivitet de kjenner til. For å fremskaffe ytterligere bevis i saken søker politiet i stedet å påvirke hendelsesforløpet gjennom objektet for provokasjonen.³⁰ Dette innebærer at det skjer en aktivitet fra politiets side. Hopsnes fremholder at provokasjon bare foreligger ved at denne aktiviteten påvirker personens subjektive forsett. Dersom politiet bare legger fysisk til rette for en straffbar handling vil det i stedet kunne sees som en kontrollert leveranse. Det er altså i de tilfeller politiet har påvirket gjerningsmannens vilje til å begå kriminalitet vi står ovenfor provokasjon. Spørsmålet er så om denne påvirkningen har ført til en straffbar handling den mistenkte ikke ville begått uten politiets innblanding, slik at politiet kan sies å ha fremkalt den straffbare handling.

I norsk rett har vurderingen av grunnvilkåret blitt sett på som et årsakskrav mellom politiets adferd og den straffbare handling. Hopsnes finner støtte i rettspraksis for at betingelseslæren her legges til grunn.³¹ Dersom en tenker seg politiets aktivitet som en nødvendig betingelse for at den straffbare handling begås, må dette anses som en ulovlig

³⁰ RA 2000:2

³¹ Hopsnes viser til Rt.1998 s.407 ”Skrik”-saken

provokasjon. Betingelseslæren må likevel modifieres ved at det bygges inn et tilleggsvilkår. Årsakskravet vil ikke være oppfylt dersom politiets påvirkning er for ”fjern og indirekte”.³² Ved en nærmere fastlegging av årsakssammenhengen må politiets aktivitet i så måte analyseres i forhold til om det har vært et virkende element.

Formuleringen av grunnvilkåret gir ikke en klar definert grense for hvor langt politiet faktisk kan gå i sin provokative etterforskning. Det bærer et større preg av å være en ”moralsk generalklausul” som er i overensstemmelse med den alminnelige etiske oppfatning.³³ Spørsmålet om det foreligger en overskridelse av grunnvilkåret må derfor bero på en samlet vurdering av de bakenforliggende hensyn for at politiet ikke skal fremkalle straffbare handlinger som ellers ikke ville bli begått.

2.6.1.1 Initiativet til den straffbare handling

I riksadvokatens rundskriv, med bakgrunn i vurderinger fra rettspraksis, pekes det særlig på to elementer som er av sentral betydning i forhold til grunnvilkåret. For det første er det ved vurderingen av om politiet har fremkalt den straffbare handlingen av betydning hvem som har tatt initiativet til denne. Med initiativ menes at noen tar de innledende skritt for at noe skal skje. Ved tiltaleprovokasjon vil initiativet være politiets handlemåte for å igangsette forhold hvor det kan innhentes bevis til senere bruk. Fra mistenktes side vil det være om denne viser vilje til å begå handlingen, i forkant av politiets inntreden. I forhold til grunnvilkåret uttalte førstvoterende i Rt. 1984 s.1076: ”Jeg antar videre at det må legges betydelig vekt på hvem som har tatt initiativet til den straffbare handlingen”.³⁴ Om initiativtagelsen i saken ble det videre påpekt at ” ”når det gjelder dette vilkåret, tar jeg utgangspunkt i at initiativet til narkotikasalget ble tatt av leverandørene i det telegram som ble sendt til D”. Politiet var altså ikke initiativtaker til handlingen. Etter Høyesteretts vurdering var grunnvilkåret etter dette ikke påvirket av politiets initiativ i så stor grad at det

³² Hopsnes (2003) s.98, Utvalget i NOU 2004: gir uttrykk for samme syn.

³³ Andersen (1986)

³⁴ Dette er også uttalt i Rt.2000 s.1223 og Rt.2000 s.1482.

måtte anses krenket. Graden av politiets aktivitet for å sette i gang forholdet står med andre ord sentralt i vurderingen. Initiativtagelsen vil dermed ikke være avgjørende i alle sammenhenger, men må sees i forhold til årsakskravet. Spørsmålet er om aktiviteten i forkant av handlingen fremstår som så fjernt og avledet fra den straffbare virksomhet at provokasjonen kan anses lovlig. Etterforskningen vil altså lett anses som konstitutiv dersom politiet benytter overtalelser eller press. I de tilfeller der det er den mistenkte som tar initiativet til den straffbare handling, vil dette i motsatt retning være et sterkt moment for at handlingen ville blitt gjennomført uavhengig av politiets påvirkning.³⁵

Ved vurderingen av initiativet i forhold til grunnvilkåret vil det også være av betydning om politiet kjenner identiteten til objektet for provokasjonen. Rettssikkerhetshensyn taler for at det stilles strengere vilkår til politiets aktivitet i disse tilfellene.³⁶ Dersom den mistenkte viser et sterk vilje til gjennomførelse av den straffbare handlingen er det derimot en liten fare for kriminalisering.

2.6.1.2 Eksistere et marked

Skal det være tillatt for politiet å påvirke gjennomføringen av en straffbar handling, må det eksistere et ”marked” for den aktuelle straffbare virksomhet.³⁷ Vilkåret må her ses opp mot de tilfeller som gjelder salg av ulovlige midler eller ulovlig ervervet gods. I Rt. 1084 s.1076 er ikke vilkåret nevnt uttrykkelig, men det kommer til syne i uttalelsen om at ”..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”.³⁸ For at det skal sies å eksistere et marked må det altså være en mulighet for omsetning av midlene det gjelder, til andre enn politiet. Det må her finnes en krets av både kjøpere og selgere, slik at det er en viss etterspørsel. I hvor stor grad dette skal gjelde må

³⁵ NOU 2004:6 og Rt.1993 s.473

³⁶ Hopsnes (2001) og punkt... om kriminalisering under rettssikkerhetshensyn.

³⁷ RA 2000:2

³⁸ Høyesterett henviser her til riksadvokatens rundskriv fra 1980

vurderes i hvert enkelt tilfelle. Høyesterett har i flere avgjørelser slått fast at det eksisterer et marked for omsetning av narkotika. Riksadvokaten nevner i tillegg til dette omsetning av tyvegods og distribusjon av barnepornografi. Når det gjelder omsetning av kunst kom spørsmålet om markedseksistens opp i Rt.1998 s.407. Saken gjaldt forsøk på grovt heleri av maleriet ”Skrik”. To britiske agenter opptrådte her, i samarbeid med norsk politi, under dekke som representanter fra den amerikanske Paul Getty Foundation. Maleriet skulle leveres tilbake mot en løsesum, og representantene opptrådte som finansører for dette. Førstvoterende uttalte at: ”Om politiets aksjon tenkes borte, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført”, og påpekte videre at det ikke syntes å foreligge andre aktuelle kjøpere som var villige til å betale beløpet der og da. Flertallet i saken mente med dette at det ikke var marked for omsetning av et slikt kjent maleri, og at politiets etterforskningsmetode hadde fremprovosert forsøket på heleri. Vilåret om at det må eksistere et marked var med andre ord avgjørende.

Dersom det ikke foreligger et marked for virksomheten kan det sees som at politiet har skapt en mulighet for den mistenkte til å begå lovbruddet. I så måte vil det i ettertid være vanskelig å sannsynliggjøre at handlingen likevel ville blitt begått ved fravær av et slikt marked.

Mindretallet i ”Skrik”-saken hadde derimot et annet syn på hvorvidt kravet om et markeds eksistens skulle vektlegges i dette tilfellet. I deres mening var det irrelevant for tiltaltes straffeskyld om det forekom andre kjøpere på tidspunktet eller ikke. Dette kunne ikke være avgjørende for vurderingen av om politiet hadde fremprovosert en handling som ellers ikke ville blitt begått. Mindretallet vektla i stedet gjerningsmannens initiativ til å begå handlingen i form av et tilbud som politiet trådte inn i. Flertallet og mindretallet vektlegger her ulike elementer i forhold til årsaksspørsmålet. Andorsen påpeker i forhold til denne saken at når en står overfor slike årsaksspørsmål kan det være noe uklart hva som ligger i grunnvilkåret.³⁹

39 Andorsen JV (2001)

2.6.1.3 Adgang til visse endringer i tid, sted og utførelse

I Rt.1984 s.1076 uttalte Høyesterett at det ved etterforskning med provokasjonstilsnitt må godtas at politiets inntreden er årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse. Dette er også lagt til grunn Riksadvokatens rundskriv og i senere rettspraksis. En endring i tid og sted vil ofte ikke i seg selv være av betydning for handlingens straffbarhet. Det er først når politiets aktivitet berører andre elementer ved hendelsesforløpet at provokasjonen kan føre til en krenkelse av grunnvilkåret.

Når det gjelder endring i tid er det påvirkning av tidspunktet for når den straffbare handling begås en sikter til. Forskyvning av tidspunkt kan eksempelvis skje der politiet av, eller den som arbeider for politiet, av ulike årsaker avtaler et annet tidspunkt for overlevering av narkotikaparti enn det som er bestemt. Ved en slik endring av tidspunkt er det en fare for endring av mistenktes vilje til å begå handlingen. Dersom politiet virker til en fremskynding av tidspunktet, og gjerningsmannen ikke enda har tatt stilling til om han vil begå den straffbare handling, kan dette føre til en forhastet slutning om og likevel utføre lovbruddet. Utsettes den straffbare handling som følge av politiets etterforskning, kan det være at gjerningspersonen selger det narkotikaparti avtalen gjelder til noen andre, for så å anskaffe et nytt parti for å oppfylle avtalen med politiet.⁴⁰ Det vil her være begått et nytt lovbrudd på grunn av politiets første inngrep i hendelsesforløpet. I Rt.2000 s.1223 var en slik årsakssammenheng vurderingstema ved politiets bevisprovokasjon. Flertallet la til grunn at det kunne være avtalen som utløste anskaffelsen av heroinet, men kom til at dersom man stiller krav til at stoffet skal erverves i forkant av salgsavtalen med politiet, vil etterforskningsmetoden få et for snevert anvendelsesområde.

Når det politiets provokative handling fører til endring av sted for utførelse av den ulovlige handling, vil det være en mulighet for at andre personer trekkes inn i saksforholdet. Dette

⁴⁰ Eksempelet er hentet fra Andorsen (2003) s.9

stiller spørsmål ved om politiets aktivitet har ført til at disse begår lovbruddet. Eksempelvis kan en endring av leveringssted for et narkotikaparti føre til at mistenkte må benytte en medhjelper. I Rt. 2007 s.268 hevdet domfelte at politiets forhold førte til at også han fikk befatning med narkotikapartiet. Person B ble pågrepet av politiet, og kontaktet deretter leverandøren i samråd med politiet, noe som førte til et møte med A for overlevering av partiet. Førstvoterende uttalte her: Det er likevel kunstig å se politiets rolle i saken som et sentralt element i det hendelsesforløp som brakte A inn i saken. Enhver forstyrrelse av det opprinnelige opplegg, kan føre til at nye aktører blir involvert.” Høyesterett kom til at det utvilsomt var oppdragsgiver som direkte hadde trukket domfelte inn i saken.

Endringer i utførelsen vil foreligge når den straffbare handling utføres på en annen måte enn den gjerningsmannen opprinnelig har planlagt.⁴¹ Rt.2000 s.1482 gjaldt narkotikainnførsel hvor hendelsesforløpet ble endret underveis, slik at hvor flere ble trukket inn i saken etter politiets inngripen. Her besto politiets handling i å styre den pågrepne B til å kontakte sin oppdragsgiver, hvoretter denne beordret nye personer inn i saken. Dette ledet til pågripelse av E og A. Det ble her anført at politiet var årsak til at disse ble trukket inn i hendelsesforløpet. Høyesterett kom her til at det var oppdragsgiver som hadde trukket de domfelte inn i saken, slik at politiets handlemåte ikke var avgjørende.

Ved vurderingen av årsakssammenheng mellom politiets inngrep og den straffbare handling, har Høyesterett i sin praksis i stor grad basert denne på om følgen kan anses for ”fjern og indirekte”.

2.6.2 Grad av alvorlighet ved det straffbare forholdet

Allerede i forarbeidene til straffeprosessloven av 1981 ble det nevnt at ekstraordinære etterforskningsmetoder kan være aktuelle i visse «alvorlige saker».⁴² I forhold til etterforskning med provokasjonstilsnitt påpekte førstvoterende så i Rt.1984 s.1076 at

⁴¹ Andorsen (2003) s.11

⁴² Ot.prp. nr. 35 (1978-1979 s.179)

metoden bare bør aksepteres ved ”alvorlige lovovertrедelser”. Dette presiseres også i riksadvokatens rundskriv ved at provokasjon bare kan benyttes ved ”alvorlige straffbare handlinger”. En eksakt avgrensning av hvilke forhold som dekkes av kravet lar seg vanskelig gjøre, men det er i rettspraksis pekt på enkelte momenter av betydning.

Rt. 1993 s 473 omhandlet et tilfelle hvor politiet hadde benyttet provokasjonslignende tiltak for å etterforske piratdrosjekjøring. Førstvoterende uttalte: «Ved bedømmelsen av om det dreier seg om slik kriminalitet at etterforskningsmetoder av denne art kan aksepteres, bør man nok ikke bare se på strafferammen, men også ta hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet. Jeg finner det imidlertid klart at slike forhold som de den foreliggende sak gjelder, ikke kan begrunne etterforskningsmetoder med provokasjonspreg.» Her oppstilles både strafferamme og samfunnsmessig betydning som momenter i alvorlighetsvurderingen. I Rt.2000 s.1482 nevnes igjen kriminalitet som samfunnsområde som faktor, men det påpekes også at mengden narkotika må vurderes opp mot bruk av etterforskningsmetoden. Når det gjelder narkotikakriminalitet er det fastslått at kun de handlinger som dekkes av strl. §162 annet ledd om «alvorlige narkotikaforbrytelser» anses for å oppfylle kravet om alvorlighetsgrad.⁴³

Det er først og fremst i narkotikasaker kravet til alvorlighet har vært vurderingstema, men det er klart at provokasjon som etterforskningsmetode også kan benyttes ved andre typer lovbrudd av alvorlighet. Etter riksadvokatens oppfatning er det ikke hensiktsmessig å gi en detaljert oversikt over hvilke typer straffbar virksomhet etterforskningsmetoden skal kunne benyttes overfor. I retningslinjene uttales generelt at: «Bedømmes kriminaliteten som et alvorlig samfunnsområde på grunn av omfang eller karakter bør metoden kunne brukes». I Rt.1998 s.407 fant Høyesterett at provokativ etterforskning kunne benyttes ved alvorlig vinningskriminalitet. Momentene som her ble trukket frem var «alvoret og situasjonen», «ideell og økonomisk verdi» og «faren for ødeleggelse». I rundskrivet av 26. april 2000 har

⁴³ Riksadvokatens rundskriv fra 1980, gjengitt i NOU 1997:15 oppstiller et eget punkt om kvantum

Riksadvokaten også åpnet for metoden i saker om seksuelle overgrep mot barn og spredning av barnepornografi. Strafferammen i sistnevnte tilfelle og ved vinningskriminalitet ligger ikke i det øvre sjiktet, men sett i sammenheng med den samfunnsmessige vurderingen av virksomheten kan den være av en slik alvorlighetsgrad at etterforskning med provokasjonstilsnitt må kunne være tillatt benyttet. Denne sondringen må også gjelde i andre type saker. Om kravet til alvorlighet er oppfylt vil ellers måtte baseres på en helhetsvurdering av den straffbare handling.

Bakgrunnen for at middelet bare tillates benyttet i saker av alvorlighet kan utledes av forholdsmessighetsprinsippet. En inngripende metode kan bare benyttes i den grad den straffbare handlingens alvorlighetsgrad tilsier det. Graden av alvorlighet har dermed også tilknytning til kravet om etterforskning med provokasjonstilsnitt som sekundært etterforskningsmiddel.

2.6.3 Kravet til mistanke

Det følger allerede av strpl. §224(1) at det kreves «rimelig grunn» før politiet kan iverksette sin etterforskning. Dette må forstås som at det skal foreligge mistanke om et straffbart forhold. For å kunne benytte etterforskning med provokasjonstilsnitt kreves det en større grad av mistanke enn i de tilfellene hvor politiet benytter mindre inngripende etterforskningsmetoder. I Rt.1984 s.1076 sier førstvoterende at «etter riksadvokatens retningslinjer er det en forutsetning for bruk av etterforskning med provokasjonspreg i narkotikasaker at det foreligger sterk mistanke om narkotikaforbrytelse». Det vises her til de retningslinjene fra 1980 som oppstiller et krav om sterk mistanke om lovbrudd, hvor skjellig grunn til mistanke i utgangspunktet ikke vil være tilstrekkelig. Kravet om mistanke er ikke tatt med i riksadvokatens rundskriv fra 2000 og er i liten grad nevnt i praksis. Likevel må kravet til mistankens styrke fortsatt gjelde basert på selve grunnvilkåret og reelle hensyn. Hvis det ikke i forkant kan dokumenteres sterk mistanke mot personen, vil det i ettertid være vanskelig å bevise at den straffbare handling ville bli begått uavhengig av

politiets engasjement, slik at det er en økt sjanse for at grunnvilkåret krenkes. Kravet om mistanke er dermed et element i årsaksvurderingen.⁴⁴

Kravet om mistanke har en nær sammenheng med faren for kriminalisering. Dersom det ikke foreligger mistanke om et straffbart forhold kan politiet risikere overtramp i forhold til personvern hensyn. Kan det derimot rettes en sterk mistanke mot kriminell aktivitet av enkeltpersoner eller grupper, er det liten sannsynlighet for kriminalisering av lovlige borgere.⁴⁵ I NOU 2004:6 påpekes viktigheten av kravet av mistanke da dette peker ut de personer tiltakene kan settes inn overfor.

2.6.4 Etterforskning med provokasjonstilsnitt som sekundært etterforskningsmiddel

Etterforskning med provokasjonstilsnitt kan bare benyttes i de tilfeller der vanlige etterforskningsmetoder anses utilstrekkelige.⁴⁶ Det anses således som en sekundær etterforskningsmetode. I Rt.1984 s. 1076 ble det også uttalt om bruken av metoden at påtalemyndigheten hadde et forsvarlig grunnlag for å anta at andre etterforskningskritt ikke ville lede til et tilfredsstillende resultat. Hvis politiet kan nå frem ved bruk av andre metoder, kan altså ikke etterforskning med provokasjonstilsnitt benyttes. Vilkåret fremheves særlig i NOU 2004:6 hvor det fokuseres på at det må det kunne påvises et konkret behov for å iverksette metoden basert på den enkelte sak.

Det er likevel ikke en forutsetning at andre mindre inngripende etterforskningskritt skal være forsøkt i forkant.⁴⁷ Dersom dette skulle være et vilkår kunne en risikere at alle muligheter for oppklaring av saken ble spolert. Ved vurderingen av om slike tiltak skal settes inn er det opp til politiet og påtalemyndigheten å fastslå om andre

44 NOU 2004:6

45 Hopsnes JV (2003)

46 Rt.1984 s.1076 og Rt.1993 s.473, RA 2000:2

47 Andorsen JV (2001) og Hopsnes JV (2003)

etterforskningsmetoder er tilstrekkelige eller ikke. Etter Andorsens syn vil denne beslutningen også være avgjørende, ettersom det vil være vanskelig for domstolene å foreta en overprøving av denne vurderingen. Likevel har Høyesterett i enkelte saker vist et initiativ til å kontrollere dette.⁴⁸

Begrunnelsen for at etterforskning med provokasjonstilsnitt må anses som subsidiær ligger i betenkeligheten ved at dette kan være en særlig inngripende og offensiv metode. Ut fra reelle hensyn, som nevnt under punkt ... bør bruken begrenses til å gjelde der hvor det er nødvendig for å oppklare saken. Kravet om at andre etterforskningsmidler må være utilstrekkelige kan også sies å være et utslag av forholdsmessighetsprinsippet for politiets inngripen overfor borgerne.⁴⁹

2.6.5 Kravet om beslutning på kompetent nivå

I Rt.1984 s.1076 ble det påpekt at det kan være grunn til å stille nærmere krav til beslutningsprosessen innenfor påtalemyndigheten. I saker hvor det er aktuelt å benytte provokasjon vil den påtalemessige ledelse hovedsakelig bestå i to forhold. For det første vil overordnede veilede om grensene for den lovlige provokasjon og for det andre treffe avgjørelse om slike metoder skal benyttes i den aktuelle sak, herunder å gjøre en vurdering av de materielle vilkår nevnt ovenfor. For å sikre at etterforskningen ivaretar rettssikkerheten bør beslutningskompetansen med dette legges til personer som har særlig gode forutsetninger for å treffe avgjørelsen.⁵⁰ I Riksadvokatens rundskriv er dette tatt inn som et krav om at bruk av metoden må besluttes på et kompetent nivå. Det heter her at ”Beslutning av om etterforskning med provokasjonstilsnitt skal tillates som etterforskningsmiddel skal treffes av statsadvokaten”. Beslutningsprosessen er dermed lagt til personer med juridisk kompetanse, noe som rettssikkerhetsmessig vil redusere sjansene for uriktige avgjørelser. Videre i Riksadvokatens rundskriv heter det: ”Politimester eller

⁴⁸ Rt.1984 s.1076 og Rt.1993 s.473

⁴⁹ NOU 1997:15, se punkt ... om forholdsmessighetsprinsippet

⁵⁰ NOU 2004:6 s.54

visepolitimester tar stilling til om statsadvokatens tillatelse til å benytte provokasjon som etterforskningsmiddel skal søkes innhentet. I politimesterens fravær kan en slik anmodning fremsettes av hans eller hennes faste stedfortreder. Politimesteren kan, med skriftlig samtykke fra førstestatsadvokaten, bestemme at også andre av påtalemyndighetens tjenestemenn kan fremme en slik anmodning”.

Spørsmålet er så om dette vurderes som et absolutt krav for at etterforskningen skal anses lovlig. Som vist i drøftelsen under punkt 2.5 er ikke Høyesterett bundet av riksadvokatens rundskriv, men er tilbøyelig til å ta utgangspunkt i denne ved vurderingen av grensene for lovlig provokativ etterforskningen. I avgjørelser fra Høyesterett er kravet om innhenting av tillatelse fra statsadvokaten vurdert noe ulikt. I Rt.1998 s.407 fikk unnlattelse av å innhente samtykke stor betydning. I tillegg til at dette ikke var oppfylt forelå også andre mangler ved politiets etterforskning.⁵¹ Her anså Høyesterett det for å foreligge så mange feil at det måtte føre til frifinnelse for domfelte.

I Rt.2007 s.268 ble en person pågrepet i tollene med et parti narkotika, og sa seg deretter villig til å bistå politiet i å avdekke mottakerleddet. Politiet innhentet ikke samtykke fra statsadvokaten for provokasjonshandlingen som deretter ble gjort. Høyesterett viste her til at beslutninger om å foreta en provokasjon i slike saker må treffes raskt og på tidspunkt hvor statsadvokaten ikke vil være umiddelbart tilgjengelig. Det uttales så:”Det er da formentlig rimelig å lese riksadvokatens rundskriv med den reservasjon at kravet om statsadvokatens samtykke forutsetter at dette praktisk sett kan innhentes innenfor den tidsramme som er til rådighet. I hvert fall synes dette nærliggende for etablerte arbeidsmetoder, som den det var spørsmål om i vår sak. Under ingen omstendigheter kan brudd på denne interne instruks føre til frifinnelse når den benyttede metode må anses forsvarlig”. Vurderingen i sistnevnte avgjørelse tilsier at politiet i enkelte tilfeller lovlig kan fravike kravet om samtykke, men at dette må vurderes på bakgrunn av resten av

⁵¹ Avgjørelsen vil kommenteres nærmere under punkt 4, om konsekvensene for brudd på prosessuelle vilkår.

saksforholdet, og om politiet i forkant har etablerte rutiner ved den type gjennomføring det gjelder.

Hendelsesforløpet ved etterforskning med provokasjonstilsnitt vil ikke være avgrenset til et bestemt tidsrom. Politiets etterforskning vil innebære en kontakt med mistenkte helt frem til den straffbare handling foretas. Innenfor dette tidsrommet kan det oppstå uforutsette situasjoner, og hendelsesforløpet kan endres i løpet av kort tid. I denne sammenheng vil også nye avgjørelser måtte tas, som igjen kan være mer inngripende enn de som først ble foretatt. Spørsmålet vil i så måte være om et samtykke også må innhentes av statsadvokaten ved nye tiltak i det samme hendelsesforløp. I disse tilfellene vil det være en avveining av hensynet til rettssikkerhet og hensynet til effektivitet. Effektivitetshensynet tilsier at avgjørelsen kan tas på et lavere nivå i påtalemyndigheten, men i forhold til rettssikkerheten, og for å motvirke bruk av ulovlige etterforskningsmetoder bør statsadvokaten fatte beslutningen. Særlig vil dette være ved uforutsette hendelser som innebærer en fare for overskridelse av grunnvilkåret. Ut fra uttalelsene i Rt.2007 s.268 må det også her gjøres en vurdering ut fra det konkrete saksforhold.

2.6.6 Kontroll med etterforskningen

Kravet om kompetent beslutningsnivå henger sammen med vilkåret om at det må utarbeides en plan for gjennomføringen av provokasjonshandlingen og at politiet skal ha kontroll med hendelsesforløpet.⁵² I Rt.1984 s.1076 viste førstvoterende til at det også er grunn til å stille krav til utførelsen av provokasjonen og kontrollen med prosessen. Begrunnelsen for dette er blant annet bevissikringshensyn. Det skal kunne dokumenteres hva som har skjedd, slik at gjennomføringen lar seg etterprøve og for at resultatet skal kunne anses som pålitelig.⁵³ Tvil rundt de bevisene som er fremskaffes i saken og uklartheter rundt politiets fremgangsmåte vil kunne redusere bevisverdien ved en straffesak

⁵² RA 2000:2

⁵³ Andorsen (2001)

for domstolene.⁵⁴ I kravet om kontroll ligger i tillegg at det ikke kan gjennomføres provokasjon hvor sikkerhet overfor de involverte ikke er ivaretatt. Sistnevnte punkt er oppstilt som vilkår både for tiltaleprovokasjon og avvergende provokasjon i riksadvokatens rundskriv.

I Rt.2000 s.1482 uttalte førstvoterende at selv om politiet under etterforskningen ikke hadde full kontroll med at narkotikapartiet kom på avveie, var det ikke grunn til å stille spørsmål ved påliteligheten, når en så på det endelige utfallet i saken. Ved vurderingen av vilkåret i Høyesteretts praksis kan det se ut som vektlegging av dette vil være betinget av resultatet.⁵⁵

I Riksadvokatens retningslinjer fra 1980 ble det oppstilt som ”ufravikelig krav” om at en plan som dekket enhver fase i utviklingen skulle foreligge.⁵⁶ I retningslinjene fra 2000 er det også oppstilt et krav om at det ”alltid” må være utarbeidet en plan for hvordan provokasjonshandlingen skal utføres, og at dette skal gjøres forutfor politimesterens anmodning. I brev fra Riksadvokaten til Justisdepartementet, oversendt justiskomiteen fra Justisdepartementet av 18. oktober 1999 fastslås i tillegg at ”det må være utarbeidet en plan som provokasjonsvirksomheten utføres etter, planen må være besluttet anvendt og godkjent på overordnet nivå både i politiet og av overordnet påtalemyndighet”. Hensynet til overordnet kontroll, og kompetansekravet tilsier at planen skal legges frem før aksjonen igangsettes. Kravet om at det skal foreligge en plan kan med dette mest sannsynlig betraktes som en forutsetning for at statsadvokaten gir tillatelse til bruk av etterforskningsmetoden.

Kravet om at etterforskningen skal være planlagt var oppe til diskusjon både i Rt.1998 s.407 og Rt. 2000 s1223. I begge tilfeller knyttet Høyesterett spørsmålet direkte opp mot virkninger av brudd på de prosessuelle vilkårene. Verken disse avgjørelsene eller teori synes

⁵⁴ Hopsnes (2003)

⁵⁵ Andorsen (2001)

⁵⁶ Retningslinjer inntatt i NOU 1997:15

å ha oppstilt nærmere hva innholdet i planen bør være. Riksadvokatens retningslinjer inntatt i NOU 1997:15 gir kun en viss veiledning. Det er her uttalt at planen skal dekke enhver fase i utviklingen, sikre det personell som er involvert og sikre at det skjer urett mot noen. Etter Hopsnes' vurdering tyder mye på at riksadvokatens rundskriv er av intern karakter på dette punktet. Han påpeker videre at i ”den grad notoriteten omkring gjennomføringen er tilstrekkelig ivaretatt, er det neppe noe krav til at det foreligger en plan for gjennomføringen av provokasjonen”.

Hensynet til tilliten til politiet tilsier at det bør være en streng kontroll med etterforskningen, både i forhold til utarbeidelse av plan, beslutningsprosessen og politiets utførelse. Den alminnelige tillit folk har til politiet vil bli vesentlig svekket dersom de fastsatte vilkår for etterforskningen ikke overholdes. Særlig gjelder dette når overtredelse medfører inngrep direkte overfor den enkelte.⁵⁷

3 Høyesteretts kompetanse ved anke i straffesaker

Feil ved underinstansens avgjørelse kan knytte seg til saksbehandlingen, straffeutmålingen og dommens innhold, og adgang til overprøving av dette hjemles i strpl. §306 flg. I straffesaker har Høyesterett likevel en begrenset kompetanse når det gjelder anke over avgjørelser fra underinstansene. Etter strpl. §306 har Høyesterett ikke adgang til å prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Det heter i bestemmelsens annet ledd at «Anke til Høyesterett kan ikke grunnes på feil ved bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet». Strpl. §306 bygger på den tanke at Høyesteretts oppgave først og fremst er å kontrollere saksbehandlingen, rettsanvendelsen og reaksjonsfastsettelsen ved de underordnede domstolene. Begrensningen i forhold til bevisbedømmelsen knytter seg opp mot organiseringen av domstolssystemet og til det forhold at bevisføringen i Høyesterett er

⁵⁷ Andorsen (2001)

middelbar, jfr. Strpl. § 340. Høyesterett har ikke de beste forutsetninger for å vurdere bevisene ettersom bevisførselen skjer ved opplesning av saksdokumentene vil høyesterett ha et snevert grunnlag for å kunne vurdere bevisbedømmelsen. Det er imidlertid bare dette ene element i skyldspørsmålet som er unndratt prøvning. Høyesterett kan således prøve de to andre elementene som skyldspørsmålet består av, nemlig lovtolkningen og subsumpsjonen. Når det gjelder straffespørsmålet har Høyesterett derimot full kompetanse, idet den her kan prøve så vel bevismessige som rettslige spørsmål. Dette gjelder også for anke over saksbehandlingen. Høyesterett har med dette en prøvelsesadgang lik lagmannsretten ved begrenset anke. Når Høyesterett har fått denne kompetansen til å prøve bevisbedømmelsen under saksbehandlingen og straffespørsmålet bygger det sannsynligvis på den tanken at bevisbedømmelsen her ofte er mindre sammensatt og i stor grad kan gjøres på bakgrunn av sakens dokumenter. Det skal her også nevnes at selv om Høyesterett ikke kan prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet kan de samme bevisene langt på vei prøves under straffespørsmålet. Høyesterett har dessuten en utvidet adgang til å vurdere bevisene ved erstatningskrav som fremmes under straffesaker. Rettspraksis viser flere eksempler på at Høyesterett har vært villige til å idømme erstatninger overfor personer som er frifunnet for straffekravet.⁵⁸

Som nevnt har Høyesterett i sine avgjørelser behandlet spørsmålet om lovlig etterforskning med provokasjonstilsnitt på to ulike grunnlag, først som et spørsmål under bevisbedømmelsen av lovanvendelsen, for senere å fastslå at slike spørsmål skal behandles som anke over saksbehandlingen. Jeg vil senere i fremstillingen se på den utvikling som har foregått på dette feltet, og de grep som har vært tatt av Høyesterett i så måte. Som bakgrunn for den videre diskusjon vil det i det følgende kort redegjøres for Høyesteretts kompetanse ved disse to ankegrunnlagene etter gjeldende rett.

⁵⁸ Se Rt.1996 s.864 og Rt.1999 s.1363

3.1 Anke over saksbehandlingen

Ved anke over saksbehandlingen har Høyesterett en langt videre kompetanse enn ved anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet, da de her som nevnt kan prøve så vel lovanvendelsen som bevisbedømmelsen. En saksbehandlingsfeil foreligger der reglene om saksbehandling ikke er fulgt, herunder både skrevne og uskrevne regler. Ved anke over saksbehandlingen prøver retten både den rettslige og faktiske side av underinstansens avgjørelse. Høyesterett kan altså prøve om det har skjedd en uriktig forståelse av selve saksbehandlingsregelen eller uriktig bedømmelse av de relevante fakta rundt saksbehandlingen. Retten kan her også ta hensyn til forhold som ikke var kjent for den dømmende rett. En saksbehandlingsanke vil stå i en særstilling i forhold til de andre ankegrunnene, da domfelte her er misfornøyd med den avsagte dom, men tar sikte på å få dommen opphevet ved å anke over saksbehandlingen, for deretter å få saken avgjort ved ny behandling. Ved de andre ankegrunner retter anken seg derimot direkte mot avgjørelsens innhold, slik at ankebehandlingen eventuelt vil føre til en endring i dette

Saksbehandlingsfeil som ankegrunn vil først og fremst vise seg der tidligere instanser har begått slike feil. Spørsmålet er så om saksbehandlingsfeil begått av andre enn retten kan gjøres gjeldende. Andenæs mener her at også feil begått fra påtalemyndighetene eller politiets side kan gi grunnlag for anke.⁵⁹ Det er på dette området noe uenighet i juridisk litteratur. I motsetning til Andenæs mener Hov derimot at bare saksbehandlingsfeil begått av retten er opphevelsesgrunn, slik at saksbehandlingsfeil begått av politiet eller påtalemyndighetene ikke kan gi grunnlag for anke.⁶⁰ Sistnevnte viser til at dette er en sammenblanding av feil begått av påtalemyndigheten og feil begått av domstolene. men som likevel kan føre til riktig resultat. Dersom disse feilene forplanter seg videre under behandling i domstolen og fører til saksbehandlingsfeil vil feil gjort av politi og påtalemyndighet også her få betydning. I de tilfeller politiet benytter ulovlige etterforskningsmetoder, eksempelvis overskridelse av grensene for bruk av lovlig

⁵⁹Johs. Andenæs – Norsk straffeprosess 2009

⁶⁰ Jo Hov (2007) s.502

provokasjon, er det et brudd på politiets saksbehandlingsregler. Brudd på disse kan føre til at påtalevedtaket er ugyldig, og det å pådømme en sak der det foreligger ugyldig påtalevedtak er en saksbehandlingsfeil fra domstolens side selv om det ikke er noe å bebreide domstolen.⁶¹ I Rt. 2000 s. 1482 vises til Andenæs' fremstilling, og denne legges til grunn for førstvoterendes videre behandling av ankegrunnen. I dommen uttales at det er sikker rett at saksbehandlingsfeil også dekker feil begått av politiet og påtalemyndighetene. Høyesterett har i senere avgjørelser også lagt dette til grunn ved avgjørelser om etterforskning med provokasjonstilsnitt, slik at dette nå kan sees som sikker rett.

En praktisk viktig gruppe av saksbehandlingsfeil er mangelfulle domsgrunner, i den betydning at domsgrunnene ikke tilfredsstillter kravene i strpl. §§ 40-41. Selv om det kan sies at feilen gjelder selve innholdet av dommen bedømmes dette som en feil ved saksbehandlingen. Ved anke til Høyesterett vil anke over saksbehandlingen, særlig i form av mangelfulle domsgrunner ha stor betydning ettersom domstolen kan prøve rettsanvendelsen men ikke bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet.

Som hovedregel kan retten bare ta hensyn til de saksbehandlingsfeil som er gjort til ankegrunn, jfr. Strpl. §342. En kan etter § 342(2) nr.3. oppheve dommen på grunn av rettergangsfeil som antas å kunne ha virket inn på dommens innhold til skade for siktede. En dom kan også oppheves etter "omstendighetene" dersom det foreligger feil som nevnt i § 343 (2). Sistnevnte bestemmelse gir en anvisning på saksbehandlingsfeil som ubetinget skal tillegges virkning når det antas å ha virket inn på sakens innhold.

3.2 Anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet

Kompetansebegrensningen for Høyesterett når det gjelder bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet innebærer at Høyesterett her bare kan prøve lovanvendelsen. Hvis lagmannsretten har vært satt med meddomsrett, har Høyesterett ved prøvelsen av

⁶¹ Jo Hov (2007) s.5020

lovanvendelsen domsgrunnene å bygge på, men dersom lagmannsretten har vært satt med lagrette, må Høyesteretts bedømmelse først og fremst bygge på lagmannens rettsbelæring.

Domsgrunnene må ha et innhold som gir et forsvarlig grunnlag for ankedomstolens kontroll av lovanvendelsen. Disse skal når tiltalte domfelles bestemt og uttømmende angi hvilket saksforhold som legges til grunn. I tillegg skal straffebestemmelse, og manglende straffbarhetsbetingelser dersom tiltalte frifinnes, gjengis. Feil ved rettsanvendelsen kan fremgå uttrykkelig av dommen. Dersom dette ikke er tilfellet kan den vise seg på en mer indirekte måte ved at en sammenholder saksforholdet retten finner bevist, med den bestemmelsen tiltalte er dømt etter.⁶²

Loven fastsetter at lagmannsretten skal settes med lagrette når det er anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, forutsatt at det gjelder en sak med strafferamme på over 6 års fengsel, jfr. Strpl. §352 og § 353. Som nevnt vil etterforskning med provokasjonstilsnitt først og fremst forekomme i grove narkotikaforbrytelser, som vil falle innenfor denne 6års-rammen. Spørsmålet om en ulovlig provokasjon har funnet sted vil i så måte være bygget inn i hovedspørsmålet som fremlegges lagretten etter strpl. §366. Lagrettens kompetanse er her begrenset til å gjelde en avgjørelse av skyldspørsmålet og deltar ikke i behandlingen av de forhold som gjelder en begrenset anke, jfr. Strpl. §535.3. Lagretten skal her ikke begrunne sin avgjørelse. I domsgrunnene står det derfor bare en henvisning til lagrettens kjennelse. Det skal derimot gis domsgrunner om avgjørelsen av reaksjonsspørsmålet. Selv om skyldspørsmålet er lagt til lagretten har rettens juridiske dommeren betydelig innflytelse på avgjørelsen spesielt ved lagmannens prosessledelse. Dette skjer gjennom spørsmålene til lagretten og lagmannens rettsbelæring.

Skal Høyesterett kunne prøve rettsanvendelsen må det foreligge et tilstrekkelig grunnlag i underinstansens dom til å kunne kontrollere om rettsanvendelsen er riktig. Ved Høyesteretts overprøving av lovanvendelsen under skyldspørsmålet kan dette være

⁶² Jo Hov (2007) s.509.

problematisk i enkelte tilfeller hvor lagmannsretten er satt med lagrette, da det her er et snevert grunnlag å basere avgjørelsen på. I saker om etterforskning med provokasjonstilsnitt har denne begrensningen fått særlige konsekvenser for Høyesteretts behandling av disse type saker. Noe jeg kommer tilbake til under punkt.4.

3.2.1 Forholdet til rettsbelæringen

I lagmannsrettssaker som er pådømt med lagrette har Høyesterett som nevnt et dårligere grunnlag for prøvelse av rettsanvendelsen. Men saksbehandlingsfeil kan her skyldes at rettens formann har holdt uriktig foredrag om rettsspørsmålene. Det kan alltid ankes/påberopes til gunst for siktede på dette grunnlaget. Men det kan bare ankes til skade for tiltalte dersom rettsbelæringen er protokollert, jfr. § 306(3). Rettsanvendelsesfeil kan likevel enkelte ganger fremgå ved å sammenholde beskrivelsen av faktum i spørsmålsskriftet og lagrettens svar. Dette begrenses derimot til de tilfeller hvor lagretten svarer ja på skyldspørsmålet. Dersom lagretten svarer nei vet en jo ikke om dette skyldes uriktig forståelse av rettsreglene eller om det skyldes at lagretten har gått ut fra at tiltalte overhodet ikke har begått handlingen.⁶³

I den utstrekning det ansees nødvendig, gjennomgår lagmannen i rettsbelæringen bevisene i saken og de rettsspørsmål som saken måtte reise. Dette gjøres i tilknytning til en gjennomlesning av det spørsmålsskrift lagretten skal besvare. Spørsmålsskriftet vil bygge på tiltalebeslutningen. Lagretten får ved rettsbelæringen en oppsummering av de viktigste bevis i saken og en veiledning i rettsspørsmålene.

I sak behandlet med lagrette kan det, jfr. strpl. §306 tredje ledd ikke ankes over lovanvendelsen til skade for siktede med ”mindre anken grunnes på den protokollerte redegjørelsen fra rettens formann om rettssetningene har vært uriktige”. Er derimot anken til siktedes gunst gjelder et videre ankegrunnlag og det kan føres andre bevis for at

⁶³ Jo Hov (2007) s.510

lovanvendelsen er uriktig, enn det som er protokollert. Dette er slått fast i både teori og praksis, og kan sies å være sikker rett.⁶⁴.

4 Utviklingen i rettstilstanden vedrørende Høyesteretts kompetanse i saker om grensen for den lovlige etterforskningsprovokasjon

I Rt.1984 s.1076 ga Høyesterett uttrykk for en forventning om at påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale i de tilfeller hvor politiet har overskredet vilkårene for lovlig etterforskning, slik at bevisene for den straffbare handling er innhentet på ulovlig grunnlag. Denne oppfattningen er nå lagt til grunn i riksadvokatens rundskriv. Dersom vilkårene for lovlig etterforskningsprovokasjon ikke er overholdt, ”skal” det ikke reises tiltale. Selv om det verken vil være naturlig, eller i tråd med riksadvokatens retningslinjer at disse sakene bringes inn for domstolene, ser en at dette likevel skjer. I den forbindelse er det reist spørsmål både rundt hva utfallet av en slik ulovlig bevisinnhenting vil være, og hvordan slike tilfeller skal behandles prosessuelt for Høyesterett.

4.1 Domstolenes behandling av provokasjon som frifinnelsesgrunn

Høyesterett har i rettspraksis kommet til to nye frifinnelsesgrunner i forhold til politiets ulovlige etterforskning. Dette er gjort på to svært ulike, men selvstendige grunnlag. Det ene tilfellet er når den ulovlige provokasjonen begrunnes med brudd på grunnvilkåret. Det andre er når det foreligger prosessuelle feil.

⁶⁴ Se RT.1999 s 379 og Rt.2009 s.750

4.1.1 Frifinnelse på materielt grunnlag

Allerede i Rt.1984 s.1076 antydet Høyesterett at frifinnelse kunne være en alternativ virkning dersom påtalemyndigheten har ervervet bevis ved en ”etterforskningsmetode som ikke kan aksepteres”. Spørsmålet om konsekvensen av politiets overskridelse av grensen for provokasjon ble behandlet i Rt. 1992 s.1088. Saken gjaldt innførsel av narkotika, hvor politiet fremprovoserte en avtale om salg for å innhente bevis til bruk i senere tiltale. Forsvareren gjorde her gjeldende at det forelå en saksbehandlingsfeil ettersom lagmannsretten hadde behandlet spørsmålet om provokasjon under skyldspørsmålet. Høyesterett kom til at dette ikke kunne føre frem. Det ble her uttalt at handlinger fremprovosert av politiet ikke bør straffes, da det ville stride mot den alminnelig rettsbevissthet. Høyesterett fant at ulovlig etterforskning med provokasjonstilnitt i så måte må anses som en ”ulovfestet frifinnelsesgrunn” med slektskap til visse sider av den generelle rettsstridsreservasjonen, og at lagmannsretten behandlet spørsmålet riktig ved å vurdere dette under skyldspørsmålet. Høyesterett fastslo med dette at politiets overskridelse av grunnvilkåret er å anse som en ulovfestet frifinnelsesgrunn på materielt grunnlag.

Likevel uttaler førstvoterende i saken at ”jeg finner grunn til å tilføye at det kan være vanskelig generelt å angi i hvilke tilfeller etterforskning med provokasjonstilnitt får den virkning at de fremprovoserte handlinger skal ansees som ikke straffbare”. Dette gir en indikasjon på at Høyesterett mener frifinnelse ikke er virkningen i alle tilfeller av politiets fremprovosering av lovbrudd. Førstvoterende viser her til ulike hensyn med varierende tyngde gjør seg gjeldende ved det ulike hendelsesforløp, slik at det må gjøres en konkret vurdering av om dette skal føre til frifinnelse eller ikke. Dommen kan altså ikke sies å fastslå en absolutt regel for frifinnelse ved ethvert tilfelle av konstitutiv provokasjon eller brudd på vilkårene for politiets etterforskning.

Dette synet er videreført i Rt.1994 s.319. Det vises her til ovennevnte avgjørelse, og konstateres at for å frifinne gjerningsmannen nå det under enhver omstendighet kunne legges til grunn at den straffbare handlingen er fremprovosert av politiets aktivitet. Det

gjøres med andre ord ingen vurdering av når frifinnelse inntreer som virkning, men det konstateres at dette er en materiell frifinnelsesgrunn.

I Rt.1998 s.407 var derimot førstvoterende mer bastant i sin vurdering av virkningen for overtredelse av vilkårene fastsatt for politiprovokasjon. Med henvisning til Rt.1992 s.1088 fastslås at ”Hvis det foreligger forledelse utover en slik ramme, må ha domfelte etter rettspraksis frifinnes.” Dette gir uttrykk for at frifinnelse må være konsekvensen av ethvert tilfelle hvor politiets aksjon fremkaller et lovbrudd som ellers ikke ville blitt begått. Den samme uttalelse er gjentatt både i Rt.2000 s.1223 og senere avgjørelser. Det endelige standpunkt vil med dette være at dersom politiet har overtrådt grunnvilkåret, skal gjerningsmannen frifinnes.⁶⁵ Dette er nå å anse som sikker praksis.

Et interessant aspekt ved denne utviklingen er at henvisningen Høyesterett gjør i både Rt.1998 s.407 og Rt.2000 s.1223, viser til en avgjørelse som faktisk ikke gir grunnlag for den slutningen som gjengis. Rettskildemessig gjør dette dannelsen av frifinnelsesgrunnen nokså spesiell.⁶⁶

4.1.2 Frifinnelse på prosessuelt grunnlag

Som vist i punkt 2.6.6 er det særlig av bevissikringshensyn det stilles prosessuelle krav til bruk av provokasjon. Dersom det kan føres bevis i tilstrekkelig grad for at politiets etterforskning ikke har vært årsak til at en forbrytelse er begått, vil feil ved kompetanse eller kontroll sjelden ha betydning. Slike formelle feil vil alene ikke føre til at politiet har skapt kriminalitet. I de tilfeller hvor alvorlige feil skaper bevismessige problemer i forhold

⁶⁵ Dette er i tillegg inntatt i Riksadvokatens retningslinjer med henvisning til både Rt.1992 s.1088 og Rt. 1998 s.407. Det fastslås her at dersom tiltale reises på tross av at forholdet er fremprovosert av politiet, *må* tiltalte frifinnes.

⁶⁶ Hopsnes (2003) s.16

til overprøving, eller tunge preventive hensyn gjør seg gjeldende, bør formelle feil likevel få virkninger.⁶⁷

I Rt.1998 s.407 konstaterte Høyesterett at det forelå konstitutiv provokasjon, ved brudd på grunnvilkåret. Domfelte ble så frifunnet på bakgrunn av dette, under dissens. Retten fant det likevel nødvendig å vurdere gjennomføringen av politiets etterforskning, for så å ta stilling til virkningen av prosessuelle feil ved denne. Førstvoterende tok her utgangspunkt i riksadvokatens instruks fra 1980 og viste så til Rt.1984 s.1079 om de krav som må stilles til utførelsesmåte, beslutningsprosess og kontroll ved etterforskningen. Det forelå flere brudd på de prosessuelle vilkår ved hendelsesforløpet. Etter Høyesteretts syn forelå for det første en svikt i den personelle kompetanse, da verken riksadvokaten eller statsadvokaten hadde behandlet saken. Det tilfelle at kriminalsjefen i Oslo hadde holdt statsadvokaten orientert kunne ikke anses tilstrekkelig forhold til kontroll med saken. Det var heller ikke utarbeidet en detaljert plan for aksjonen. I tillegg var etterforskningen ikke i tilstrekkelig grad under kontroll av politiet i forhold til de to engelske agentenes opptreden. Deres aktivitet kunne etter Høyesteretts syn ha vært av betydning for styrking av domfeltes forsett, slik at grensene for den straffrie forberedelseshandling ble overskredet. Det forelå derimot ingen bevis som kunne bekrefte eller avkrefte dette punktet.

Hendelsesforløpet var med dette ikke dokumentert eller belyst på en slik måte som bruk av en så inngripende etterforskningsmetode bør være. Førstvoterende uttalte i den forbindelse at: ”Vesentlige rettssikkerhetshensyn ble dermed tilsidesatt ved at den del av etterforskningen som aksjonen representerte, ikke har kunnet etterprøves og ved at det ikke fra aksjonen ble sikret bevis i form av prov fra politivitner og rapporter som kunne brukes i en eventuell straffesak”.

I et obiter dictum fastslo Førstvoterende så at ”Jeg finner at den delen av etterforskningen i ”Skrik”-saken som politiets aksjon representer, er beheftet med så alvorlige mangler og

⁶⁷ Hopsnes (2003) s16

betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for domfellelse.” Høyesterett kom med dette til at det forelå en ulovfestet frifinnelse på prosessuelt grunnlag. Selv om det var dissens ved dommen på de punktene som gjaldt frifinnelse på materielt grunnlag, var det enstemmig angående frifinnelse ved feil av politiet under etterforskningen.

I Rt.2000 s.1223 ble det også stilt spørsmålsteget ved politiets kontroll med etterforskningen. Det var brukt en narkoman informant som grunnlag for aksjonen, noe som førte til liten troverdighet ved aksjonen. tillegg hadde politiet i forbindelse med domstolsbehandlingen forsøkt å unndra opplysninger i forhold til etterforskningen. Høyesterett knesatte her prosessuelle feil som ulovfestet frifinnelsesgrunn, og viste i likhet med førstvoterende i ”Skrik”-saken at etterforskningen var beheftet med så alvorlige mangler at den ikke kunne godtas som grunnlag for domfellelse.

4.2 Behandling av anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet

Det har tidligere vært stort debatt rundt hva spørsmålet om grensene for lovlig provokasjon skal behandles som ved anke til domstolene, herunder om dette er en del av skyldspørsmålet eller om det skal vurderes under straffespørsmålet. I Rt.1992 s.1088 tok Høyesterett standpunkt til dette. I og med at overtredelse av vilkårene for provokasjon er å anse som en ulovfestet frifinnelsesgrunn, ville det etter førstvoterendes syn være riktig å behandle dette som en del av skyldspørsmålet. Høyesterett behandlet etter dette spørsmålet om grunnvilkår og tilleggsvilkår var oppfylt, som en anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet i Rt.1998 s.407 og Rt.2000 s.1223. Som vist under punkt 3.2 vil Høyesterett i disse ankesakene ha et snevrere grunnlag for overprøvelse enn ved saksbehandlingsanker. Normalt vil grunnlaget likevel være tilstrekkelig for Høyesteretts vurdering, men i enkelte tilfeller vil sakskomplekset være så omfattende at dette skaper vanskeligheter. I saker om politiets overskridelse av vilkårene for etterforskningsprovokasjon vil dette ofte være tilfelle. Som en ser under punkt 2 vil vurderingene av om de ulike vilkårene for provokasjon er oppfylt måtte baseres på en

helhetlig vurdering av sakens faktum. For å avhjelpe denne problematikken har Høyesterett i enkelte tilfeller utvidet grunnlaget for overprøvelse.

4.2.1 Forholdet til bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet

Bevisvurderingen under skyldspørsmålet har Høyesterett med bakgrunn i kompetansebegrensningene ikke adgang til å prøve. Likevel finner en eksempler på at Høyesterett i provokasjonssaker vurderer faktum, og baserer sin avgjørelse på bakgrunn av dette.

I Rt. 1998 s. 407 fastslår førstvoterende at ”lagmannsretten har funnet det klart at A ikke ble forledet av politiets aksjon til å foreta en handling som han ellers ikke ville ha begått, og at aksjonen ikke påvirket A i hans forbryterske handling, men bare i omstendighetene omkring utførelsen av denne. Dette gir uttrykk for en vurdering Høyesterett ikke kan prøve. Men det gis her også uttrykk for en rettslig vurdering av de krav som må stilles til den handling som er fremprovosert fra politiets side for at den skal anses straffbar.” Med andre ord viser førstvoterende her til at det kan foretas en overprøvelse av de krav som stilles til politiets etterforskning, og fastslår at han ikke kan slutte seg til den vurderingen lagmannsretten har foretatt i saken. Dette har Høyesterett som kjent kompetanse til å overprøve. Likevel går førstvoterende ikke inn på de retningslinjer som eventuelt er overtrådt, men vurderer den faktiske siden av saksforholdet, med den avsluttende bemerkning: «etter lagmannsrettens beskrivelse av saksforholdet synes det ikke å ha vært andre aktuelle kjøpere som var villige til å betale det angitte beløp så noenlunde der og da». Basert på dette konkluderes det med at grunnvilkåret for at den fremprovoserte handling kan anses straffbar, ikke er oppfylt, og at domfelte må frifinnes.

Høyesterett synes her å tilta seg en kompetanse de etter gjeldende rett ikke har. Selv om dette er i strid med prinsippene for kompetansefordelingen med bakgrunn i oppbyggingen av domstolssystemet, kan det likevel til en viss grad forsvares i hensynet til materielt riktige avgjørelser.

4.2.2 Utvidet ankegrunnlag

Som nevnt gjelder det et utvidet ankegrunnlag ved anke til gunst for domfelte.⁶⁸ Det kan her føres andre bevis for at lovanvendelsen er uriktig, enn det som er protokollert.

I Rt. 2000 s. 1223 gjorde Høyesterett en ytterligere utvidelse av grunnlaget for overprøvelse av lovanvendelsen. I denne saken anket de domfelte over saksbehandlingen og lovanvendelsen, og deres anførsler var sammenfallende. I tillegg knyttet disse seg direkte opp mot avgjørelsen av skyldspørsmålet. Rettsbelæringen var protokollert for de deler av saken som gjaldt den rettslige vurdering av lovligheten av bevisprovokasjon. Førstvoterende påpekte her at rettsbelæringen står sentralt for vurderingen av de spørsmål som er reist i saken og uttalte så at ”når det gjelder å fastlegge de faktiske omstendigheter som har betydning for rettsanvendelsen, anser jeg at dette må innebære at det ut over vitterlige kjensgjerninger iallfall kan bygges på uomtvistet faktum for øvrig”. Høyesterett fant altså at det utvidede ankegrunnlaget altså ved anke til gunst for domfelte innebar at man i en forlengelse av det som er allment kjent, i praksis kan bygge på de faktiske forhold påtalemyndigheten og forsvareren er enige om ute at dette trenger nærmere bevis. På den måten vil Høyesterett ha et videre grunnlag å bygge på enn det som fremkommer av lagmannens rettsbelæring og spørsmålene fra lagmannen og lagrettens svar, som ofte kan være sparsommelig.

Som begrunnelse for utvidelsen viste førstvoterende til at en i slike saker står overfor rettssikkerhetsspørsmål av stor betydning, og for å ivareta hensynet til dette er det viktig at lagmannens rettsbelæring er kortfattet og forståelig for medlemmene av lagretten. Ettersom faktum her ofte er svært omfattende og sammensatt og skal vurderes opp mot vanskelige rettsspørsmål ville lagmannens rettsbelæring blitt for komplisert dersom denne skulle inneholdt en mer detaljert redegjørelse. På denne bakgrunn måtte Høyesterett etter førstvoterendes syn kunne trekke inn materiale utenfor rettsbelæringen. Dette er som nevnt

⁶⁸ Se pnkt. 3.2.1

lagt til grunn i tidligere avgjørelser⁶⁹, men førstvoterendes uttalelser i dette tilfellet strekker seg videre.

Førstvoterende i Rt. 2000 s.1482 sluttet seg derimot ikke til uttalelsene i den tidligere dom, men fant at det kan «rettes tungtveiende prinsipielle innvendinger mot at omfanget av Høyesteretts prøvelseskompetanse skal være avhengig av hvorvidt partene kan enes om faktum». Dette er jeg i stor grad enig i. Ved å utvide grunnlaget Høyesterett kan bygge på til også å gjelde ”uomtvistet faktum for øvrig” vil partenes overensstemmelse ha stor betydning i denne type saker. Dette åpner for at påtalemyndigheten og domfelte kan inngå en type ”utenrettslig forlik”⁷⁰ for deretter å legge dette frem som uomtvistet faktum for Høyesterett. Adgangen til å bygge på vitterlige kjensgjerninger uten nærmere bevisførsel er begrunnet med at det ville ført til en svært ineffektiv saksbehandling dersom det måtte føres bevis ved domstolen for det som er allment kjent. Hensynet til rettssikkerhet taler også for at dette skal være tillat, ved at slike opplysninger ikke utelates i rettens vurdering selv om det ikke er ført bevis for. En utvidet adgang til å bygge på uomtvistet faktum mellom partene, som det i ovennevnte dom er tale om, kan derimot i verste fall føre til en uriktig opplysning av saken. En slik adgang åpner for forhandling mellom partene om det faktum som skal legges til grunn. Det ville være betenkelig om partene på denne måte skulle kunne influere Høyesteretts grunnlag for å prøve lovanvendelsen under skyldspørsmålet, ved at det faktum Høyesterett kan bygge på, uten bevisførsel, i hver enkelt sak skal være basert på partenes evne til å enes.

4.3 Fra anke over lovanvendelsen til saksbehandlingsanke

Førstvoterende i Rt. 2000 s. 1482 var som nevnt ovenfor uenig i at Høyesterett kan utvide vurderingsgrunnlaget til også å gjelde «uomtvistet faktum for øvrig». Den løsningen retten kom til i denne saken førte likevel til en langt større utvidelse av deres kompetanse i saker om etterforskning med provokasjonstilsnitt enn tidligere. Det kan synes som at blant annet

69 RT. 1999 s. 379

70 Andorsen JV(2001)

uttalelsen i Rt. 2000 s.1223 utgjorde et argument for den videre vurdering i den foreliggende sak.

Som vist har Høyesterett i tidligere saker hvor spørsmål om provokativ etterforskning er behandlet som anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet, tatt grep for å avhjelpe det begrensede prøvelsesgrunnlaget. I Rt.2000 s.1482 viste førstvoterende direkte uttrykk for vanskelighetene Høyesteretts begrensede kompetanse ved dette ankegrunnlaget medfører. Det ble her vist til at spørsmålet om denne type saker skal behandles som anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet eller som en saksbehandlingsanke, vil ha stor både praktisk og teoretisk betydning. Når det gjaldt forholdet til tidligere avgjørelser fra Høyesterett hvor tilsvarende spørsmål som det i den foreliggende sak, var behandlet som anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet, uttalte Førstvoterende:”Etter min oppfatning kan disse avgjørelser imidlertid ikke være til hinder for at spørsmålet om grensene for bruk av slike etterforskningsmidler er overskredet, kan ses på som spørsmål om det foreligger en saksbehandlingsfeil”. Videre påpekte førstvoterende at for en effektiv prøvelse av om politiet har overtrådt de vilkårene som er fastsatt for etterforskningen, må anke begrunnet i slike overskridelser, behandles som en saksbehandlingsanke.

Grunnlaget for at tiltaleprovokasjon har vært ansett som en del av skyldspørsmålet, er nettopp fordi overtredelse av grunnvilkåret utgjør en ulovfestet frifinnelsesgrunn. Etter Førstvoterende mening vil dette likevel ikke utgjøre en begrensning i forhold til om Høyesterett i stedet kunne behandle en anke spørsmål rundt dette prosessuelt som saksbehandlingsfeil.

Selv om det i saken var anket over lovanvendelsen under skyldspørsmålet, valgte førstvoterende, på bakgrunn av de punktene som er nevnt ovenfor å behandle spørsmålet i saken som saksbehandlingsfeil. Ankegrunnlaget ble i så måte endret, ettersom dette etter førstvoterendes syn ble ansett mer ”riktig”.

Den endring som her ble foretatt innebærer at Høyesterett ved prøvelsen av om politiet har overskredet grensene for bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder, ikke bare har kompetanse til å prøve lovanvendelsen, men også bevisbedømmelsen. I så måte vil domstolen nå har adgang til å prøve alle sider av saksforholdet. Dette medfører en vesentlig utvidelse av rettens kompetanse i denne type saker.

Den konklusjonen Høyesterett kom til i Rt.2000 s.1482 er lagt til grunn også i videre praksis.⁷¹ Med henvisning til denne avgjørelsen uttales det i Rt.2008 s.1659 at ”selv om det her er tale om et materielt frifinnelsesgrunnlag, må spørsmålet om grensene for bruk av etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt er overskredet, ved anke til Høyesterett håndteres som et spørsmål om feil ved politiets saksbehandling – med den følge at Høyesterett også kan prøve bevisbedømmelsen.”

4.3.1 **Konsekvenser i forhold til lagmannsretten etter Høyesteretts endring**

Lagmannsretten behandler overskridelse av grensene for lovlig provokasjon under skyldspørsmålet, noe Høyesterett har fastslått at er en riktig saksbehandling. Ved anke fra lagmannsretten til Høyesterett om samme spørsmål vil derimot denne bli behandlet som om det hørte til saksbehandlingen. Andorsen omtaler dette som en rettslig dualisme og påpeker at man reelt sett fortsatt står overfor et spørsmål som faller under vurderingen av skyldspørsmålet.⁷² Et spørsmål som melder seg i forhold til dette er om det også skal være mulighet til å anke over lovligheten av grensene for provokasjon som en saksbehandlingsanke til lagmannsretten. Det vil i så fall medføre vanskeligheter dersom dette både skal kunne utgjøre en fullstendig anke og en anke over saksbehandlingen. Hovedregelen er at ved behandling av en fullstendig anke til lagmannsretten prøves alle sider av saken, og bevisanken vil bli behandlet først, jfr. Strpl.§326. Under denne behandlingen rettes også saksbehandlingsfeil. Ved saksbehandlingsanke vil også politiets

⁷¹ Se Rt.2006 s.120 og Rt.2007 s.268

⁷²Andorsen JV (2001)

eventuelle prosessuelle feil prøves. Men i forhold til feil ved politiets etterforskning med provokasjonstilsnitt vil overprøvelse være vanskelig for lagmannsretten ved begrenset anke, da flere av forholdene vil gjelde punkter som egentlig går under bevisbedømmelsen og vil måtte prøves under fullstendig anke. Ved begrenset anke vil det ikke være en bevisførsel om den faktiske side av skyldspørsmålet, og ankeforhandlingen vil ha en utpreget juridisk karakter. Dette vil gjøre det vanskelig å få et fullstendig bilde av etterforskningen med provokasjonstilsnitt i forhold til grunnvilkåret og tilleggsvilkårene. Dersom det skulle være mulig å anke over denne etterforskningsmetoden til lagmannsretten både som fullstendig anke og begrenset anke ville også rettens sammensetning variere fra sak til sak. Slike saker vil som nevnt i de fleste tilfeller behandles med lagrette ettersom det gjelder alvorlige saker med strafferamme over seks år, og ankes over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Herunder vil spørsmålet om politiets etterforskningsprovokasjon bli bedømt. Dette vil da kunne lede til frifinnelse i lagmannsretten. Ved begrenset anke settes derimot retten med tre fagdommere og feil ved saksbehandlingen vil eventuelt føre til opphevelse av dommen, ikke frifinnelse.

Etter både Hopsnes' og Andorsens mening, er det etter en tolkning av Rt. 2000 s.1432, gode grunner som tilsier at det bare er Høyesterett som kan prøve provokasjonen som saksbehandlingsfeil. Det nevnes her at uttalelsen om at etterforskning med provokasjonstilsnitt også kan tenkes behandlet som anke over lovanvendelsen, i stedet for saksbehandlingsanke. Jeg er ikke enig i at denne dommen kan tas til inntekt for en slik slutning, men i alle tilfeller vil dette være den mest nærliggende konklusjon.

4.4 Begrunnelse for Høyesteretts praksis

Høyesterett har som vist foretatt en inkonsekvent behandling av ankesaker der grunnvilkåret påstås krenket, ved i enkelte tilfeller behandle dette som en vurdering når det gjelder lovanvendelsen under skyldspørsmålet, mens i andre saker er dette behandlet som en saksbehandlingsanke. I tillegg har Høyesterett i ankesaker, hvor Lagmannsretten er satt med lagrette, gått svært langt i fastleggelsen av hvilket grunnlag domstolen kan bygge på.

Argumentene for de grepene Høyesterett her har foretatt i saker om etterforskning med provokasjonstilsnitt er først og fremst begrunnet i forhold til de rettssikkerhetsspørsmål slik politimetode reiser.

Rettssikkerhetsspørsmål som begrunnelse har vært nevnt i flere avgjørelser. I Rt.2000 s. 1223 ble det angående prøvelsesadgangen ved anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet vist til at forholdet til rettsbelæringen i jurysaker kan utgjøre en slik begrensning at det vil gå på bekostning av rettssikkerhetshensyn. Spørsmålet rundt en om en etterforskningsprovokasjon har vært ulovlig eller om det foreligger mangler ved denne vil reise vurderinger som rundt et omfattende og ofte sammensatt faktum. Dette faktum skal holdes opp mot kompliserte rettsspørsmål. Dersom rettsbelæringen skulle inneholde en slik mengde opplysninger, ville dette gjøre den svært vanskelig forståelig for lagretten. Høyesterett påpekte i samme sak at det ”ville klart være uønsket om de begrensninger jurysystemet setter, skulle avskjære Høyesteretts kontroll med så sentrale rettssikkerhetsspørsmål”.

I Rt.2000 s.1482 ble det gitt en utfyllende vurdering rundt nødvendigheten av Høyesteretts prøvelsesadgang. Førstvoterende uttalte om nødvendigheten av en ubegrenset adgang til overprøvelse av disse sakene at: ”bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder reiser viktige rettssikkerhetsmessige spørsmål, og det er derfor av stor betydning at Høyesterett har adgang til å kunne prøve fullt ut om vilkårene for bruk av slike metoder er overholdt.”

5 Forhold med virkning for den videre behandling av grensen for den lovlige etterforskningsprovokasjon

I Rt. 2000 s. 1482, hvor spørsmålet om grensene for den ulovlige provokasjon ble behandlet som saksbehandlingsfeil, påpeker førstvoterende: «Jeg har med dette ikke tatt stilling til om saksforholdet i en annen sak kan ligge slik an at det er naturlig å behandle spørsmålet om politiet har overtrådt de grensene som oppstilles for bruk av utradisjonelle

etterforskningsmetoder, som et spørsmål om lovanvendelsen under skyldspørsmålet». Det kan med andre ord forekomme i senere avgjørelser for Høyesterett at dette spørsmålet vil måtte behandles som en anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet. I plenumssakene Rt. 2009 s. 750 og Rt. 2009 s. 773 behandlet Høyesterett spørsmålet om lagrettens manglende begrunnelse ved fellende kjennelse i straffesaker var i strid med retten til rettferdig rettergang og retten til overprøvelse av straffedommer, i forhold til EMK og SP. art.6 nr.1, EMK protokoll 7 art.2 og SP art. 14 nr.1 og nr.5. Høyesterett foretok her en vurdering av om den norske juryordningen ivaretar formålene med kravet til begrunnelse. I de to nevnte avgjørelser kom Høyesterett til at den norske juryordningen har mekanismer som ivaretar disse formålene fastsatt i EMK art.6.1 i tilstrekkelig grad.

Saksbehandlingsreglene for lagretten i straffeprosessloven sikrer en rettferdig rettergang etter EMK art.6 nr.1. For å komme til denne konklusjonen gjorde Høyesterett likevel enkelte presiseringer, tolkninger og innskjerpelser og endringer i forhold til gjeldende rett som har betydning for grunnlaget Høyesterett har for overprøvelse av ankesaker når det gjelder lovanvendelsen under skyldspørsmålet.⁷³

I forhold til strpl.§366 ble det foretatt en innskjerping av kravet som stilles i forhold til spørsmålskriftet til lagretten om handlingsforløpet. Etter bestemmelsen skal det gis en så vidt mulig nøyaktig beskrivelse av det forhold tiltalen gjelder. Høyesterett presiserer at det også skal gis en beskrivelse av hvordan handlingen ble begått. Dette vil gi ett mer nøyaktig grunnlag for Høyesterett å bygge på.

Som nevnt under punkt 4.3 har Høyesterett i tidligere avgjørelser uttalt at lovanvendelsen ved anke til domfeltes gunst ikke bare kan prøves på bakgrunn av den protokollerte rettsbelæringen, men også på forhold utenfor denne. I Rt. 2000 s. 1223 skjedde en utvidelse av «vitterlige kjensgjerninger», mens i Rt. 2007 s. 961 mente førstvoterende at man kunne bygge på hva juryen ”mest sannsynlig” har lagt til grunn, ut fra de opplysninger som for øvrig foreligger. I disse nye avgjørelsene fastslås det nå at faktumbeskrivelsen også må antas å gi uttrykk for hva lagretten har ment, og kan legges til grunn ved anke over

73 Skoghøy LoR 2009 nr.7

lovanvendelsen under skyldspørsmålet til Høyesterett.⁷⁴ Dette er altså en konstatering av det som tidligere har vært antatt.

Videre tar Høyesterett for seg strpl.§40 femte ledd som gjelder domsgrunnene for saker behandlet med meddomsrett. Disse skal inneholde en hovedpunktet i rettens bevisvurdering. Dette gjelder ikke for saker satt med lagrette. Likevel er det antatt i juridisk teori at bestemmelsen her bør anvendes analogisk.⁷⁵ Dette er Høyesterett enig. Altså konstateres det i plenumsavgjørelsen av lagmannsretten *bør* angi hvilke beviser domfellelsen bygger på også i saker med lagrette.

Grunnlaget Høyesterett har for å prøve lovanvendelsen ble særlig nevnt I Rt.2009 s.750 pkt.81. Høyesterett uttaler om dette at ”I de fleste tilfeller vil spørsmålene til lagretten sammen med den beskrivelse av den straffbare handling som er gitt i dommen, danne et tilstrekkelig grunnlag for å prøve lagmannsrettens lovanvendelse. I visse tilfeller kan dette imidlertid være utilstrekkelig. Der det ikke fremstår som klart at handlingen som er beskrevet faller inn under lovbestemmelsen, kan det derfor være grunn til å gjøre opptak av eller protokollere rettsbelæringen selv om ingen av partene har krev det. Er dette ikke gjort, bør lagmannsrettens dom av hensyn til Høyesteretts overprøving inneholde en redegjørelse for lagmannsrettens lovanvendelse”. Der lagmannsretten har tatt stilling til skjønnsmessige begreper vil dette særlig være aktuelt.⁷⁶

De skrittene som er gjort i plenumsavgjørelsene kan for Høyesterett bety et bedre grunnlag for overprøvelse av lovanvendelsen under skyldspørsmålet. Som vist ovenfor har Høyesterett nå full kompetanse for å vurdere provokasjon som frifinnelsesgrunn ved å behandle dette som saksbehandlingsfeil. Likevel kan det tenkes, som Høyesterett har påpekt, at det i enkelte saker vil være riktig å behandle spørsmålene rundt etterforskning

74 Rt.2009 s.750 pkt.80

75 Andenæs 2009 s.520

76 Skoghøy LoR (2009 nr.7)

med provokasjonstilsnitt som lovanvendelsen under skyldspørsmålet.⁷⁷ I de tilfellene dette gjøres vil Høyesterett i så måte ha et videre grunnlag å kunne basere sin avgjørelse på.

6 Avsluttende bemerkninger

Vurderingen overfor viser tydelig at Høyesteretts behandling av saker om etterforskning med provokasjonstilsnitt har ført til en betydelig rettsutvikling på området. For det første er det oppstilt to nye frifinnelsesgrunner, herunder både på materielt og prosessuelt grunnlag. For det andre ser en at Høyesteretts vurdering av etterforskningsmetoden har ført til en utvidet kontroll overfor påtalemyndighetens bruk av denne etterforskningsmetoden. I tillegg til dette har det skjedd en betydelig endring av den kompetanse Høyesterett har i forhold til overprøving av disse type saker. Utviklingen har gjennom Høyesteretts avgjørelser gått fra en behandling av saker om overskridelse av grunnvilkåret som et spørsmål om lovanvendelsen under skyldspørsmålet, til en utvidelse av ankegrunnlaget, for deretter til slutt å finne grunnlag for en behandling av dette som saksbehandlingsanke. Høyesterett har med dette tiltatt seg en videre kompetanse for vurderingen av politiets etterforskning. Denne endringen har ført til at Høyesterett nå har en ubegrenset prøvelseskompetanse i denne type saker, og dermed kan prøve alle sider av saksforholdet. Det er svært vanskelig å kunne fastslå på hvilket grunnlag Høyesterett anser seg kompetent til å utvide denne prøvelsesadgangen, da det kun vises til reelle hensyn.

I mine øyne anses likevel de endringer som er gjort som den absolutt beste løsning i forhold til overprøvelse av saker vedrørende etterforskning med provokasjonstilsnitt. En slik overprøving vil være av betydning for rettsutviklingen som skjer gjennom domstolene, og ikke minst for lovgivers kontroll med rettsutviklingen. Dette er momenter som taler for den behandling Høyesterett gjør i denne type saker. I tillegg vil det, som Høyesterett selv

77 Rt.2000 s.1482

fastslår, være av så vesentlig betydning for rettssikkerheten i denne type saker at dette i seg selv vil være grunnlag nok for å foreta de grep som Høyesterett her har gjort.

7 Litteraturliste

7.1 Lover:

Strl. Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10

Domstl. Lov om domstolene av 13.august 1915 nr. 5

Strpl. Lov om rettergang i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1982 nr. 25

7.2 Forarbeider

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

Innst. O. nr. 37 (1980-1981) Innstilling frå Justiskomiteén om rettergangsmåten i
straffesaker (Straffeprosessloven).

NOU 1997:15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet

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

NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern

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

7.3 Bøker som kilde til oppgaven:

- Jo Hov (2007) Hov, Jo. *Rettergang 1*. Oslo, 2007
- Jo Hov (2007) Hov, Jo. *Rettergang 2*. Oslo, 2007
- Johs. Andenæs (2009) Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. 4. utg. Oslo, 2009
- Eskeland (2006) Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 2. utg. Oslo, 2006
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001
- Auglend (2004) Auglend, Ragnar L., Henry John Mæland og Knut Røsandhaug. *Politirett*. Oslo, 1998
- Bjerke (2001) Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud. *Straffeprosessloven, kommentarutgave, bind 2*. 3. utg. Oslo, 2001

7.4 Artikler:

- Myhrer (2003) Myhrer, Tor-Geir. *Påtalemyndighetens praksis som rettskilde*. I:TFR-2003-219
- Hopsnes (2003) Hopsnes, Roald. *Provokasjon som politimetode*. I: JV-2003-62
- Andorsen (2001) Andorsen, Kjell V. *Provokativ politietterforskning*. I:JV-2001-1
- Aasland (2006) Aasland, Gunnar. *Argumentasjonsmønsteret i nyere høyesterettspraksis*. LOR-2006-387
- Dorenfeldt (1978) Dorenfeldt. I:LOR-1978-291
- Gammeltoft (1984) Gammeltoft. I:TFR-1984

7.5 Rettspraksis:

- Rt-1984-1076 Politiheroindom nr. 1
- Rt-1992-1088

Rt-1993-473
Rt-1994-319
Rt-1997-869 Vitner i ”Skrik”-saken
Rt-1997-1659
Rt-1998-407
Rt-1999-379
Rt-2000-1223
Rt-2000-1345
Rt-2000-1482
Rt-2005-392
Rt-2006-120
Rt-2007-268
Rt-2008-1659

7.6 Annet:

Brev fra Riksadvokaten til Justisdepartementet, oversendt justiskomiteen ved brev fra Justisdepartementet av 18. oktober 1999.

RA:2 Riksadvokatens rundskriv 26.04.2000: Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode