

POLITIPROVOKASJON

Hvor går grensene for lovlig bruk av politiprovokasjon, og hva blir konsekvensene av at disse grensene er overtrådt?

Kandidatnummer: 398

Veileder: Inger Marie Sunde

Leveringsfrist: 25. april 2006

Til sammen 17 901 ord

18.04.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	1
1.2	Faktisk bakgrunn for bruk av politiprovokasjon	1
1.3	Avgrensninger	2
1.4	Begrepsavklaringer	3
1.5	Videre fremstilling	3
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER</u>	<u>4</u>
<u>3</u>	<u>HENSYN SOM GJØR SEG GJELDENE VED BRUK AV PROVOKASJON</u>	<u>6</u>
3.1	Bekjempelse av økende kriminalitet	6
3.2	Hensynet til fornærmede/tredjepersoner	7
3.3	Rettsikkerhetshensyn	7
3.4	Kriminaliseringshensyn	8
3.5	Misbrukshensynet	8
3.6	Personvernhensynet	9
3.7	Hensynet til den provokasjonshandlingen rettes mot	9
<u>4</u>	<u>PROVOKASJON SOM POLITIMETODE</u>	<u>10</u>
4.1	Fellesvilkår for at en handling defineres som politiprovokasjon	12

4.2	Grenser mot mindre inngripende metoder	13
4.2.1	Infiltrasjon	14
4.2.2	Kontrollert leveranse	15
4.2.3	Bruk av lokkeduer	16
4.3	Nærmere om provokasjonsmetodene	18
4.4	Tiltaleprovokasjon	19
4.5	Avvergende provokasjon	19
4.6	Bevisprovokasjon	20
<u>5</u>	<u>GRUNNVILKÅRET</u>	<u>22</u>
5.1	Innhold og begrensninger i grunnvilkåret	23
5.2	Hvorfor gjelder grunnvilkåret?	27
5.3	Ved hvilke typer provokasjon kommer grunnvilkåret til anvendelse?	28
<u>6</u>	<u>KAN POLITIPROVOKASJON BENYTTES I ANDRE SAKER ENN VED NARKOTIKAKRIMINALITET?</u>	<u>29</u>
6.1	Kravet til at kriminaliteten må være alvorlig/kriminalitetskravet	31
6.2	Det generelle forholdsmessighetskravet	34
<u>7</u>	<u>FORMELLE KRAV VED BRUK AV POLITIPROVOKASJON</u>	<u>35</u>
7.1	Utilstrekkelig med vanlige etterforskningsmetoder/indikasjonskravet	36
7.2	Krav til dokumentasjons/notoritetskrav	37
7.3	Beslutningskompetanse	40
7.4	Krav til den som utfører provokasjonen	41

7.5	Provokasjonshandlingen må ikke stride mot prosessuelle grunnprinsipper og regler	42
7.6	Vilkår for bruk av avvergende provokasjon	43
8	<u>FORHOLDET TIL EMK</u>	44
8.1.1	EMK artikkel 6 – krav til rettferdig rettergang.	44
8.1.2	Lovkravet i EMK artikkel 8 (1)	45
9	<u>RETTSVIRKNINGER AV BRUDD PÅ VILKÅR FOR BRUK AV POLITIPROVOKASJON</u>	46
9.1	Straffeansvar for den som provoserer frem handlingen	47
9.1.1	Sivile medhjelpere	47
9.1.2	Polititjenestemenn	48
9.2	Rettsvirkninger for gjerningspersonen	49
9.2.1	Avvisning av saken	50
9.2.2	Avskjæring av bevis	50
9.2.3	Frifinnelse	51
9.2.4	Ulovlig provokasjon som straffeutmålingsmoment	53
10	<u>SÆRLIGE LOVREGULERINGSSPØRSMÅL</u>	54
10.1	Krever bruk av politiprovokasjon hjemmel i formell lov?	54
10.2	Veien mot lovhjemmel	55
10.3	Bør bruk av politiprovokasjon lovreguleres?	56
11	<u>LITTERATURLISTE</u>	59

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Jeg vil i denne oppgaven ta for meg begrepet politiprovokasjon. Politiprovokasjon er enkelt sagt når politiet, enten selv eller ved en medhjelper, påvirker en person til å begå en straffbar handling. Politiprovokasjon er en metode som ikke er lovregulert. Det foreligger imidlertid langvarig praksis for metodebruken og retningslinjer for bruken er nedfelt i domspraksis og rundskriv fra Riksadvokaten.¹ Metoden er nå foreslått lovregulert.

De senere årene har metoden blitt benyttet i økende grad. Dette skyldes kriminalitetsutviklingen i samfunnet. De kriminelle miljøene har blitt mer organiserte, kriminaliteten mer alvorlig, og det har blitt vanskeligere å få vitner til å snakke på grunn av bruk av trusler og lignende. Den økte metodebruken gjør det relevant å se nærmere på hvilke grenser som gjelder for bruk av metoden, og hvilke rettsvirkninger det får om grensene blir overtrådt. Dette vil bli belyst i det følgende.

1.2 Faktisk bakgrunn for bruk av politiprovokasjon

Politiprovokasjon har tradisjonelt i første rekke blitt brukt for å avdekke omfattende narkotikavirksomhet. Grunnen til dette er at slik kriminalitet er vanskelig for politiet å komme til livs. Vanligvis blir forbrytelser anmeldt til politiet av fornærmede eller vitner, men i narkotikasaker har leverandørene og brukere av stoffet den samme interessen i at politiet ikke får vite om omsetningen. Det er også sjeldent at det finnes vitner til slik

¹ Riksadvokatens rundskriv av 1980, som opprinnelig ble gitt muntlig, men som har foreligget i skriftlig form siden november 1982 og Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 av 26.april 2000.

omsetning. Av den grunn må politiet ty til andre metoder for å få bukt med narkotikakriminaliteten. En måte å gjøre dette på er å la en politibetjent eller en medhjelper opptre som kjøper for å fremprovosere en allerede planlagt overlevering av et narkotikaparti, til et tidspunkt hvor politiet har kontroll på situasjonen.

1.3 Avgrensninger

Politiprovokasjon er en av de etterforskningsmetoder som betegnes som utradisjonelle og ekstraordinære. Andre metoder som går under denne betegnelsen er for eksempel kommunikasjonskontroll og teknisk sporing ved hjelp av peilesender. Behandling av disse metodene faller utenfor fremstillingen.

Tidligere har utenlandsk rett ofte vært sentralt når provokasjonsinstituttet fremstilles.² Da særlig svensk og dansk rett. Grunnen dette er at det tidligere var veldig uklart hvilke regler som gjaldt ved bruk av provokasjon. Den gang var det dermed naturlig å vende seg til våre naboland, for å se hvordan metoden fungerte der. Jeg vil imidlertid ikke trekke inn rettstilstanden i andre land i denne fremstillingen, siden det nå foreligger en rekke nyere rettskilder som belyser de rettslige spørsmål. Det er derfor mindre behov for å trekke inn opplysninger om rettstilstanden i våre naboland.

Spørsmålet om grensen for lovlig provokasjon hører under skyldspørsmålet eller straffespørsmålet har vært omdiskutert. Utgangspunktet er at vurderingen hører under skyldspørsmålet. Men i Rt.2000 s. 1482 ble spørsmålet behandlet som en saksbehandlingsfeil. Høyesterett har imidlertid tillagt brudd på vilkårene de samme virkninger enten spørsmålet er behandlet på den ene eller den andre måten. Jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på dette spørsmålet i denne oppgaven.

² Se for eksempel J.L.Dorenfeldt "Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker", LoR 1978 s. 291-303.

1.4 Begrepsavklaringer

Det finnes flere typer politiprovokasjon. Begrepsbruken har i litteraturen gjennom årene vært noe ubestemt, men slik jeg ser det kan alle disse oppsummeres i tre ulike kategorier: Tiltaleprovokasjon og avvergende forebyggende og reddende provokasjon som er forebyggende metoder, og bevisprovokasjon som er en etterforskningsmetode.

Dette er ingen festet begrepsbruk, men i NOU 2004: 6 "Mellom effektivitet og personvern" har politimetodeutvalget brukt disse begrepene³, og jeg vil også bruke de i denne oppgaven. I det følgende vil jeg benytte betegnelsen "avvergende provokasjon" for avvergende, forebyggende og reddende provokasjon.

Politimetodeutvalget har valgt å bruke begrepet provokasjon kun når det er snakk om bruk av metoden i forebyggende øyemed.⁴ For helhetenes skyld har jeg valgt å behandle også provokasjon som etterforskningsmetode.

1.5 Videre fremstilling

Jeg vil videre i denne oppgaven først ta for meg hjemmelsgrunnlaget for bruken av metoden i punkt 2. Videre ligger det en rekke hensyn bak bruken av politiprovokasjon. Hvilke hensyn dette er, hva de innebærer, og hvilke vekt de ulike hensynene tillegges vil jeg si litt om i punkt 3. Jeg vil så ta for meg selve begrepet politiprovokasjon i punkt 4. Her vil jeg redegjøre nærmere for hva som ligger i begrepet politiprovokasjon, og for fellesvilkår som oppstilles for at en handling blir å betrakte som provokasjon. Jeg vil i dette punktet også redegjøre for begrepene "tiltaleprovokasjon", "avvergende provokasjon" og "bevisprovokasjon". Det finnes flere etterforskningsmetoder som kan minne om provokasjon, men som likevel faller utenfor provokasjonsbegrepet. Dette er metoder som infiltrasjon, kontrollert leveranse og bruk av lokkeduer. Alle disse metodene vil grense mot provokasjon. I blant er grensen uskrap. Politiet kan for eksempel ha som utgangspunkt at de skal infiltrere et miljø, men så kan infiltratøren blande seg inn på en sånn måte at det blir

³ NOU 2004: 6 s. 83-84.

⁴ NOU 2004: 6 s.84.

tale om politiprovokasjon. Jeg vil også behandle grensen mellom provokasjon og de nevnte metodene nærmere i punkt 4. Ved bruk av provokasjon gjelder det et grunnvilkår om at politiet ikke kan fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått. Nærmere om hva dette vilkåret går ut på, bakgrunnen for vilkåret og ved hvilke typer provokasjon det kommer til anvendelse vil jeg ta for meg i punkt 5. I punkt 6 vil jeg gå inn på i hvilke type saker politiprovokasjon kan benyttes. Det er videre oppstilt en rekke formelle krav til bruk av metoden. Disse kravene behandles i punkt 7. Bruk av politiprovokasjon kan også begrenses av våre internasjonale forpliktelser. Dette vil jeg ta for meg i punkt 8. Dersom skrankene for bruk av provokasjon er overskredet vil dette få konsekvenser. Utgangspunktet i slike tilfeller skal være at påtalemyndighetene ikke reiser tiltale. Fordi påtalemyndigheten kan vurdere bruken av provokasjon forskjellig fra Høyesterett hender det likevel at dette blir gjort. Spørsmålet vil da bli hvilke virkninger en overskridelse av vilkårene får. Dette spørsmålet vil jeg ta for meg i punkt 9. Det kan videre stilles spørsmål om bruk av politiprovokasjon krever hjemmel i formell lov. I den forbindelse kan det også diskuteres hvorvidt en lovregulering er hensiktsmessig. Disse spørsmålene vil jeg vurdere til sist i oppgaven under punkt 10.

2 Rettskilder

Bruk av politiprovokasjon er som nevnt ikke lovregulert. Når det likevel er adgang til å bruke provokasjon skyldes dette at domstolene har godtatt at bevisene blir brukt ved rettergangen. Selv om det ikke finnes lovhjemmel, finnes det en del skranker og retningslinjer som må følges ved bruk av metoden.

For det første har Riksadvokaten gitt interne instruksjoner til politiet om hvordan metoden skal praktiseres. Rundskrivene har imidlertid blitt fulgt opp av Høyesterett på en slik måte at de

nå må ses som uttrykk for gjeldende rett. Det første rundskrivet kom i 1980⁵, mens det andre ble gitt i 2000⁶. I rundskrivene gir Riksadvokaten uttrykk for at det primært vil være Høyesteretts oppgave å trekke opp de nærmere retningslinjene for bruk av politiprovokasjon. Høyesterett avgjørelser vil derfor være den mest sentrale rettskilden.

Spørsmålet om politiprovokasjon bør lovreguleres har vært oppe ved flere anledninger. Både ved vedtakelsen av den nye straffeprosessloven i 1981, og ved revideringen av den i 1999 og 2005. Dette har resultert i en del forarbeider som er av stor betydning som støtte for å fastlegge rettstilstanden. For det første har vi Ot.prp.nr.35 (1978-1979). Dernest NOU 1997: 15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet, Ot.prp.nr.64 (1998-1999) og Innst.O.nr.3 (1999-2000) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.) Og også NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern, Ot.prp.nr.60 (2004-2005) og Innst.O.nr.113 (2004-2005) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å hindre alvorlig kriminalitet). Det kan stilles spørsmål om disse utredningene bør omtales som forarbeider, siden det enda ikke har resultert i en lovhjemmel. Uavhengig av begrepsbruken er det imidlertid klart at utredningene, foretatt av ekspertutvalg, har betydning ved fastleggelsen av rettstilstanden, og er i det følgende omtalt som forarbeider.

Også Norges internasjonale forpliktelser vil ha stor rettskildemessig vekt ved bruk av provokasjon. De bestemmelsene som er mest aktuelle i denne sammenhengen er EMK artikkel 6 om kravet til rettfærdig rettergang og artikkel 8(1), som verner privatlivets fred.

Litteraturen på området er ikke spesielt omfattende. Det er skrevet noen artikler om emnet⁷, og spørsmålet er behandlet i knapp form i lærebøkene. Artikkelen til Roald Hopsnes har imidlertid blitt tillagt stor vekt av politimetodeutvalget i deres utredning.⁸

⁵ Riksadvokatens rundskriv av 1980.

⁶ Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 av 26.april 2000.

⁷ Se blant annet Lauritz J.Dorenfeldt LoR 1978 side 291-303, Kjell V.Andorsen JV 1-2001side 1-27 og Roald Hopsnes JV 2-2003 side 62-130,

Til slutt er det klart at reelle hensyn vil være av stor betydning ved bedømmelsen av grensetilfeller som kommer opp i praksis. De retningslinjene som er gitt gir ikke bestandig anvisning på en klar løsning og må tillempes i lys av de ulike hensyn som gjør seg gjeldende, jfr. punkt 3.

3 Hensyn som gjør seg gjeldende ved bruk av provokasjon

Politiprovokasjon gjør det lettere for politiet å bekjempe kriminalitet som ellers er vanskelig å avdekke. De kan for eksempel fremprovosere et salg av narkotika og på den måten skaffe bevis for salg og besittelse. Men det er åpenbart at metoden er inngripende og reiser spørsmål om individets rettsikkerhet, personvern m.v. En rekke hensyn må derfor vurderes når reglene for bruken av metoden skal utformes. Som jeg skal komme tilbake til gjør hensynene seg gjeldende med ulik styrke ved de forskjellige provokasjonsformene.

3.1 Bekjempelse av økende kriminalitet

Det viktigste hensynet som ligger bak provokasjonsinstituttet, er den stadig økende kriminaliteten samfunnet er utsatt for. Økt narkotikaomsetning og mer organiserte og profesjonelle kriminelle gjør politiets jobb vanskeligere. Dette er en utvikling som antas og fortsett å øke i fremtiden. Nye metoder trengs derfor i kampen mot kriminaliteten. I Ot.prp.60 (2004-2005) understreker også Justisdepartementet at kriminalitetsbildet har endret seg og at ”den enkelte borger har et sterkere behov for vern enn tidligere”. Det uttales videre: ”Dette tilsier at politiet bør gis bedre muligheter til å gripe inn i forkant og forhindre at alvorlige straffbare handlinger finner sted”.

⁸ NOU 20004: 6.

Selv om det er en del tungtveiende hensyn som taler mot bruk av provokasjon som politimetode, tillates dette. Grunnen er at behovet for å kunne bruke politiprovokasjon veier enda tyngre enn disse hensynene. Det er imidlertid klart at hensynene som taler mot bruk av provokasjon gjør at det kreves klare grenser for bruk av metoden, og at det også må sikres notoritet ved gjennomføringen.

3.2 Hensynet til fornærmede/tredjepersoner

Siden politiprovokasjon som oftest brukes ved ”offerløs” kriminalitet, som narkotikalovbrudd, vil hensynet til fornærmede sjelden gjøre seg gjeldende. Ved bruk av avvergende provokasjon kan det imidlertid være at provokasjonshandlingen går ut over tredjemann. Politiet vet for eksempel at en person planlegger et væpnet ran mot en bank. De kan da fremprovosere et biltyveri på tredjemanns bil slik at de kan arrestere gjerningsmannen for dette, og forhindre at han raner banken. Spørsmålet som reiser seg her er hvor mye en tredjeperson skal måtte finne seg i.

Det er klart at en uskyldig tredjeperson ikke skal måtte finne seg i større inngrep i personlig frihet eller legemskrenkelser. Dersom det er snakk om helt ubetydelige inngrep kan det muligens stille seg andreledes. Når det gjelder inngrep i eiendomsretten vil det nok være større anledning til å godta slike inngrep. Her kan hensynet til kriminalitetsbekjempelse i mange tilfeller veie tyngre. Materielle ting kan jo lett erstattes. Det må i det enkelte tilfellet foretas en avveining mellom de ulike hensynene. Se også Hopsnes.⁹

3.3 Rettsikkerhetshensyn

Politiprovokasjon skal bare benyttes i situasjoner der vilkårene er oppfylt. Det er derfor viktig at notoriteten rundt provokasjonen er ivaretatt. Dersom det ikke stilles krav til rutineene rundt gjennomføringen, og at disse lar seg etterprøve, vil det kunne gå på bekostning av rettsikkerheten. Dersom ikke gjennomføringen av en provokasjon er

⁹ Hopsnes JV 2003, side 113

tilstrekkelig dokumentert kan for eksempel retten få problemer med å avgjøre hvorvidt bruken har vært lovlig eller ikke. I verste fall kan det gå så langt som at politiet ikke engang opplyser i retten at provokasjon har blitt benyttet.

Hensynet er fremhevet i Rt.1984 s.1076 hvor det ble uttalt at det ved bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder måtte stilles ”krav til den beslutningsprosess og kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten”.

3.4 Kriminaliseringshensyn

Når politiet bruker provokasjon med tanke på å reise tiltale for den straffbare handlingen i ettertid (tiltaleprovokasjon), kan det oppstå en fare for at politiet fremprovoserer en handling som ellers ikke ville ha blitt begått. I slike tilfeller blander jo politiet seg inn i hendelsesforløpet før den straffbare handlingen har funnet sted, og på et tidspunkt hvor det fremdeles er en mulighet for at gjerningsmannen vil trekke seg fra hele operasjonen. Ved slik provokasjon oppstår det altså en fare for at politiet skaper kriminalitet. Dette er betenkelig og er en vesentlig innvending mot metodebruken.

Kriminaliseringshensynet gjør seg ikke gjeldende i like stor grad ved bruk av bevisprovokasjon. Her har jo allerede den straffbare handlingen blitt begått.¹⁰ Heller ikke ved avvergende, forebyggende eller reddende provokasjon gjør hensynet seg gjeldende med så stor tyngde.

3.5 Misbrukshensynet

Ved å kunne benytte provokasjon står politiet også i en slik posisjon at de har muligheten til å plukke seg ut bestemte personer som de ønsker å sette bak lås og slå. En person kan for eksempel være en gjenganger hos politiet, og de ønsker å fengsle han med en gang, fordi de antar at han likevel vil begå en straffbar handling innen kort tid. Metoden innebærer av den grunn en fare for at politiet kriminaliserer bestemte personer. Dette er naturligvis meget

¹⁰ Jeg kommer nærmere inn på dette i punkt 5.6.

uheldig, og bør motvirkes i størst mulig grad ved utforming av retningslinjer. Dette kan i første rekke skje ved at det utføres effektiv kontroll ved bruken av politiprovokasjon. Hensynet gjør seg i størst grad gjeldende ved tiltaleprovokasjon.

3.6 Personvernens hensynet

Det er videre en betenkelighet ved bruk av politiprovokasjon at friheten til den enkelte kan bli innskrenket. Bruk av provokasjon forutsetter at politiet har fulgt med på miljøet eller personen metoden ønskes anvendt mot. Dersom de ikke allerede har en mistanke om at en straffbar handling er eller planlegges begått, vil de heller ikke har noen grunn til å benytte provokasjon. Ved at de følger med på miljøer og personer på denne måten kan politiet ende med å "overvåke" også lovlydige borgere.

Justisdepartementet mener imidlertid at bruken av provokasjon har fordeler som veier tyngre enn dette hensynet, og uttalte i Ot.prp.nr.60 (2004-2005) (i punkt 1.2): "Et lavt overvåkningsnivå innebærer frihet som mange setter høyt. Dersom man ikke utvider politiets adgang til å gripe inn i forkant at straffbare handlinger, gir man imidlertid også spillerom for forbrytere til å begå grove forbrytelser, noe som kan gi mange lovlydige samfunnsborgere en følelse av utrygghet og ufrihet". Det er likevel klart at hensynet må vektlegges ved utformingen av reglene for bruk av provokasjon, og ved Stortingets behandling av forslaget til nye metodebestemmelser trakk justiskomiteen frem personvernens hensynet som et tungtveiende hensyn. Komiteen presiserte i den forbindelse at bruken av inngrepene skal være begrenset til kun å benyttes når det er strengt nødvendig.¹¹ Hensynet gjør seg gjeldende ved alle provokasjonstypene.

3.7 Hensynet til den provokasjonshandlingen rettes mot

Det kan spørres hvorvidt det bør tas hensyn til den som har blitt utsatt for politiprovokasjon. På den ene siden kan det anføres at det ikke blir utvist samme grad av

¹¹ Innst.O.nr.113 (2004-2005) punkt 3.2.

skyld når handlingen er blitt fremprovosert. Denne tankegangen var Høyesteretts mindretall inne på i Rt.1998 side 407 (Skriksaken). Her hadde politiet ved hjelp av to britiske agenter provosert frem et salg av det stjålne maleriet ”Skrik”. Tiltalte ble frifunnet for heleri med den begrunnelse at salget ikke ville ha funnet sted hvis det ikke var for politiet. I tillegg var etterforskningen beheftet med svakheter og betenkeligheter. Annenvoterende, som ikke var enig i at handlingen var fremprovosert av politiet, uttalte: ”Men jeg kan ikke se at et slikt forhold – som fremstår som irrelevant for gjerningsmannens straffeskyld – kan tillegges betydning for bedømmelsen av om politiet i rettslig henseende kan sies å ha fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått”(s.413). Det argumenteres altså med at det blir lettere for gjerningsmannen å begå den straffbare handlingen fordi han blir fristet av politiet. Og at han dermed ikke kan klandres like mye som hvis handlingen var blitt utført av helt egen vilje. Andorsen er også inne på dette.¹² Han skriver at forbryteren normalt både har en konkret anledning og et motiv for å begå straffbare handlinger. Og at når gjerningspersonen ikke selv oppsøker eller skaper en slik anledning, kan man si at straffeskylden er mindre. På den annen side er enhver er forpliktet til å overholde de reglene som gjelder i samfunnet, uansett hvor stor fristelsen måtte være. Dette taler for at hensynet til objektet ikke bør være noen begrunnelse for begrenset bruk av politiprovokasjon.¹³

4 Provokasjon som politimetode

Politiet kan utføre provokasjonshandlinger på ulike måter. En politimann kan for eksempel ved en arrestasjon provosere arrestanten med sin væremåte til han slår. Altså provosere frem en legemskrenkelse. Dette kalles alminnelig provokasjon, og forekommer også blant sivile personer. Slik provokasjon bedømmes etter de alminnelige regler i straffeloven § 228

¹² Kjell V. Andorsen, Provokativ etterforskning JV 2001, side 23

¹³ Se også Hopsnes, JV 2003, side 69.

tredje ledd. Politiet kan imidlertid også bruke provokasjon som en metode for å fremme politiets formål. Dette kan de gjøre ved å fremprovosere et narkotika salg for å skaffe bevis for oppbevaring av stoffet, eller de kan utgi seg for å være pedofile på nettet og på den måten avsløre barnepornografi. Det er politiprovokasjon som politimetode jeg vil ta for meg her.

Politiprovokasjon er av Riksadvokaten definert som ”når politiet ved infiltrasjon eller bruk av personer påvirker straffbare handlinger som andre foretar seg, for å bedre sin kunnskap om eller kontroll med et hendelsesforløp.”¹⁴ Videre har medlemmene i politimetodeutvalget foreslått provokasjon som politimetode 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 straffbar handling.”¹⁵

Brukes begrepet kun om ulovlig eller også om lovlig provokasjon?

Tradisjonelt har ”politiprovokasjon” blitt benyttet om de tilfellene der det er snakk om ulovlig provokasjon, mens lovlig provokasjon har blitt kalt ”etterforskning med provokasjonstilsnitt.” I metodeutvalgets utredning ble en slik begrepsbruk lagt til grunn.¹⁶ Riksadvokaten har derimot ikke begrenset provokasjonsuttrykket i sitt rundskriv.¹⁷

Politimetodeutvalget tar også til ordet for at begrepet ikke begrenses til å gjelde kun ulovlig provokasjon. De uttaler i den forbindelse: ”Selv om praksis har variert noe, har også Høyesterett ved flere anledninger benyttet provokasjon både om den lovlige og den ulovlige provokasjon. Utvalget velger å bruke provokasjon både om den lovlige og den ulovlige påvirkning av den straffbare handling.”¹⁸ I lys av Riksadvokatens rundskriv, Høyesteretts praksis og politimetodeutvalgets utredning må det antas at det siste

¹⁴ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000, 26. april 2000.

¹⁵ NOU 2004: 6 s. 24.

¹⁶ Se NOU 1997: 15, side 83.

¹⁷ Riksadvokatens rundskriv av 26.april 2000 punkt III 1.

¹⁸ NOU 2004: 6 side 83

alternativet er det som legges til grunn i norsk rett. I denne fremstillingen vil jeg derfor bruke begrepet ”politiprovokasjon ” om både den lovlige og den ulovlige provokasjonen.

4.1 Fellesvilkår for at en handling defineres som politiprovokasjon

Et spørsmål som reiser seg er hva som skal til for at en handling er å betrakte som politiprovokasjon. Det kan i den sammenheng oppstilles noen fellesvilkår.¹⁹

For det første må den som blir provosert være i villfarelse om politiets innblanding. Det kan ikke være snakk om provokasjon dersom politiet identifiserer seg. De involverte vil da være klar over politiets innblanding, og det ikke oppstå noen kriminaliseringsfare. Dersom vedkommende vet at politiet er innblandet vil det heller ikke være snakk om noe betydelig inngrep i personvernet.

Videre må det ha vært en kontakt mellom politiet og gjerningspersonen. Vilkåret krever ikke at det må ha vært en direkte fysisk kontakt, også hvor politiet for eksempel har sendt en bestemt person en mail med en link barnepornografi er kravet til kontakt oppfylt. Vilkåret må imidlertid avgrenses til de tilfeller hvor politiet kun har lagt til rette for en straffbar handling, de såkalte lokkedue tilfellene²⁰. Det er kun hvor politiet er i kontakt med gjerningsmannen på en slik måte at de aktivt kan påvirke han, at kriminaliserings- og misbruksfaren gjør seg gjeldende med full styrke.

Til sist må politiets innblanding ha vært styrende for den kriminelle adferden. Det vil si at det må være en årsakssammenheng mellom politiets kontakt og endringer i gjerningsmannes straffbare handling. Når politiet for eksempel spaner på et narkotika miljø vil ikke slike hensyn som begrunner begrensninger for bruk av provokasjon gjøre seg gjeldende. Her observerer kun politiet den kriminelle aktiviteten. Det kan spørres om

¹⁹ Roald Hopsnes har skrevet nærmere om disse vilkårene i artikkelen ”Provokasjon som politimetode” i Jussens Venner 2003 side 62-130, på side 82-86.

²⁰ Se nærmere om grensen mellom provokasjon og lokkedue tilfellene i punkt 4.2.3.

politiet må ha påvirket gjerningsmannen psykisk for at vilkåret skal være oppfylt, eller om årsakskravet også er oppfylt dersom politiet kun har medvirket fysisk. Dersom politiet fysisk legger til rette for den straffbare handlingen eller hjelper til ved for eksempel å kjøre flukt bilen under et ran vil dette kunne påvirke gjerningsmannens vilje til å begå den straffbare handlingen. Men det vil være fordi den fysiske deltakelsen også påvirker psykisk. Et eksempel på hvor det kun er snakk om fysisk medvirkning er såkalt kontrollert leveranse.²¹ I slike tilfeller har ikke politiets innblanding vært styrende for den straffbare handlingen. Det vil derfor kun være når gjerningspersonen påvirkes psykisk at det vil være snakk om provokasjon. Politiets kontakt må dessuten ha vært et virkende element i gjerningsmannes subjektive motivasjon for å endre den straffbare handlingen.²² Bevisvurderingen vil derfor bli om politiets påvirkning faktisk har virket inn på gjerningspersonenes beslutningsprosess.²³

4.2 Grenser mot mindre inngripende metoder

Det finnes flere etterforskningsmetoder som har likhetstrekk med provokasjon, men som likevel er av mindre inngripende karakter. Her tenkes det særlig på metoder som infiltrasjon, kontrollert leveranse og bruk av lokkeduer. Metodene er i likhet med provokasjon ulovfestede. Siden disse metodene er mindre inngripende gjelder det også en lavere terskel for bruk av dem. Fastleggig av grensene mellom disse metodene og provokasjon er av betydning for å avgjøre om det virkelig er provokasjon som er benyttet i det enkelte tilfelle. Det er for eksempel reist innsigelser mot saken eller krav om bevisavskjæring på grunn av brudd på vilkårene. Dersom politiet har benyttet en mindre inngripende metode, kan det lede til at innsigelsene må falle bort. Eller det er påstått bruk av kontrollert leveranse, men det viser seg at det var politiprovokasjon. Dette kan lede til de konsekvenser som er beskrevet i punkt 9.

²¹ Se punkt 4.2.2 om denne metoden.

²² Se også Hopsnes JV 2003 side 82-85.

²³ Se nærmere om dette under drøftelsen av grunnvilkåret i punkt 5.2.

4.2.1 Infiltrasjon

Når politiet aktivt oppsøker et kriminelt miljø, uten å oppgi sin identitet, for og skaffe opplysninger om miljøet, kalles det for infiltrasjon.²⁴ Politiet ikler seg for eksempel slitte bukser og boblejakke og stille seg på ”Plata” eller ved Akerselva. Ved å utgi seg for å være narkoman kan politibetjenten vinne tillitt blant de andre rusmisbrukerne, og på den måten skaffe informasjon om for eksempel hvem som sitter på store partier heroin.

Det er mange likhetstrekk mellom infiltrasjon og provokasjon. Det må ved infiltrasjon, slik som ved provokasjon være en kontakt mellom politiet og det kriminelle miljø som infiltreres. Hvis det ikke foreligger en slik kontakt er det kun tale om spaning.²⁵ Miljøet må også være i villfarelse om politiets innblanding. Dersom politiet i uniform oppsøker et kriminelt miljø for å skaffe opplysninger, vil det være vanlig etterforskning. Forskjellen på infiltrasjon og provokasjon ligger i at politiet ved infiltrasjon ikke er årsak til den straffbare handling som begås. Infiltratøren forsøker ikke å påvirke noen til å begå en straffbar handling eller komme med opplysninger²⁶. Siden formålet med infiltrasjonen kun er å observere og skaffe seg informasjon, og infiltratøren holder seg passiv i forhold til den straffbare handlingen, oppstår ikke den samme kriminaliserings- og missbruksfaren som ved bruk av provokasjon.²⁷

Det er ikke uvanlig at en etterforskning starter som infiltrasjon og ender med en provokasjonshandling. Et eksempel er hvor en politimann går ”under cover” i et narkotikamiljø for å skaffe informasjon om hva slags stoff som selges, hvor store mengder det er snakk om og hvem som er i miljøet. Så lenge politimannen bare observerer og noterer er det snakk om en infiltrasjon. Det er også klart at en infiltratør har anledning til å selv begå visse straffbare handlinger, som for eksempel å kjøpe en mindre mengde

²⁴ Begrepet er definert nærmere i for eksempel NOU 2004: 6 side 80-81 og Andenæs 2000 side 286.

²⁵ Se NOU 2004: 6 s. 80-81 om grensen mellom spaning og infiltrasjon.

²⁶ Se NOU 2004:6 s. 81.

²⁷ Om dette se også Hopsnes JV 2003 s. 78

amfetamin, for å virke mer troverdig i forhold til det infiltrerte miljøet.²⁸ Det kan tenkes at politimannen i denne sammenheng for eksempel får høre om en person som sitter på et større parti heroin. Hvis han tar initiativet til å få i stand et salg av en del av dette partiet, i den hensikt å reise tiltale mot selger for kjøp og oppbevaring, vil infiltrasjonen gå over i provokasjon. Vilkårene som gjelder for bruk av provokasjon må da være oppfylt.

4.2.2 Kontrollert leveranse

Kontrollert leveranse er en passiv metode. Den kan beskrives ved at politiet har konkrete opplysninger om at en forbrytelse er under planlegging eller i ferd med å bli begått. Men i stede for å gripe inn og forhindre forbrytelsen, venter politiet med å gripe inn til et senere tidspunkt i hendelsesforløpet.²⁹ Politiets handlemåte kjennetegnes altså ved en midletidig passivitet. Politiet har for eksempel fått kjennskap til at et stort narkotikaparti er på vei inn i landet med en lastebil. I stede for å stoppe bilen straks den er identifisert, lar de sjåføren kjøre videre for å møte mottaker av narkotikapartiet. På denne måten vil politiet ikke bare kunne arrestere den som frakter stoffet, men også mottakeren.

Også ved kontrollert leveranse kan det bli spørsmål om politiet har blandet seg inn på en slik måte at metoden går over i provokasjon. Metodene har flere likhetstrekk. Som ved provokasjon vil gjerningspersonen være i villfarelse om politiets kjennskap til den kriminelle handlingen. Det vil videre være en kontakt mellom politiet og den som utfører handlingen. Enkelte ganger kan til og med politiet hjelpe fysisk til ved for eksempel og laste narkotika inn i en bil. Forskjellen på politiprovokasjon og kontrollert leveranse er imidlertid at det i det siste tilfellet vil det ikke være snakk om en psykisk påvirkning.³⁰ Politiets innblanding styrer ikke den straffbare handlingen. Politimetodeutvalget uttaler i

²⁸ Metodeutvalget i NOU 1997:15 har i den forbindelse vist til at det må innfortolkes en rettstridsreservasjon i alle straffebud, og at slike handlinger i etterforskningsøyemed ikke kan anses rettstridig. Se nærmere om dette i Augeland, Mælad og Røsandhaug 2004 s. 634 og 640

²⁹ Metoden er nærmere definert av politimetodeutvalget i NOU 2004: 6 s. 89.

³⁰ Se Hopsnes JV 2003 s. 84.

den forbindelse: ”Så lenge politiet forholder seg passivt og overvåker leveransen, reiser ikke metoden spørsmål i forhold til provokasjon.”³¹

Som ved infiltrasjon vil kriminaliserings- og misbruksfaren ikke gjøre seg gjeldende slik de gjør ved bruk av provokasjon. Men problemet oppstår dersom politiet under leveransen blander seg styrende inn i hendelsesforløpet. Dette kan være tilfelle dersom ikke alt går etter planen slik politiet har forutsett. Politiet er for eksempel i ferd med å miste kontrollen på en narkotikaleveranse, ved at overleveringssted blir forandret av de involverte i siste liten. Politiet kan da se seg tvunget til å gå inn og påvirke hendelsesforløpet ved at en ”undercover” agent insisterer på å holde fast på det opprinnelige leveringsstedet. Det kan også tenkes at det blir bestemt at det skal benyttes båt i stede for bli. Politiets kontroll med hendelsesforløpet vil da kunne bli dårligere, og de ser seg derfor nødt til å påvirke slik at leveransen skjer på land. Den kontrollerte leveransen vil få provokasjonstilsnitt, og hensynene som begrunner begrensningene ved bruk av provokasjon gjøre seg gjeldende.

4.2.3 Bruk av lokkeduer

De såkalte ”lokkeduetilfellene” kjennetegnes ved at politiet frister til å begå en straffbar handling.³² Et vanlig eksempel er at en politikvinne opptre som lokkedue i en park hvor det er begått mange voldtekter, med spanere som holder henne under oppsikt og er klare til å gripe inn. Politiet legger altså til rette for at en forbrytelse blir begått.

Metoden likner på provokasjon ved at gjerningspersonen også i slike tilfeller er i villfarelse om at det politiet er innblandet. Han vet ikke at det potensielle voldtektsofferet er en politikvinne, og heller ikke at det er spanere rundt i parken. Det er dessuten årsakssammenheng mellom politiets handlemåte, og den straffbare handlingen. Grunnen til at gjerningspersonen forsøker å begå nettopp denne forbrytelsen er agnet politiet har lagt ut. Det som skiller lokkeduetilfellene fra provokasjonstilfellene er at det ikke vil være

³¹ NOU 2004: 6 s. 90

³² Se NOU 2004: 6 s. 89 for nærmere definisjon.

snakk om noen aktiv kontakt mellom politiet og gjerningsmannen, og hans psykiske motivasjon er ikke direkte påvirket av politiet.³³ Som politimetodeutvalget uttaler, er det en viss kriminaliserings- og misbruksfare ved bruk av lokkeduer.³⁴ Politiet har her anledning til å rette seg mot bestemte personer de ønsker å ”ta”. Det er dessuten en viss fare for at den som blir lokket ikke ville begått noen forbrytelse dersom ikke han hadde blitt fristet. Det blir imidlertid påpekt er risikoen kvalitativt mindre enn ved bruk av provokasjon, fordi det er gjerningspersonen som selv tar initiativet til å gjennomføre forbrytelsen. Politiet kan ikke være sikre på at han vil bite på agnet. De fleste ville dessuten ikke la seg friste til å stjele en bil selv om nøklene står i, eller voldta en kvinne fordi en anledning byr seg. Den som lar seg lokke til å gå i slike feller er ikke beskyttelsesverdige.

Det kan stilles spørsmål om ”salgsprovokasjon” bør kategoriseres som provokasjon eller som ett lokkedue tilfelle. I Rt.2000 s.1223 (Trondheimheroindommen) var retten inne på dette. Førstvoterende uttaler i den forbindelse: ”Vilkåret om at politiet ikke må fremkalle en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått, kan etter min mening ikke strekkes så langt at det anses som en ulovlig provokasjon om en politimann aksepterer et tilbud om kjøp av narkotika, jf. også Andenæs, Norsk Straffeprosess 2. utg. bind I side. 257. Det er et terminologisk spørsmål om man vil betegne et slikt forhold som provokasjon – ordet ”salgsprovokasjon” har her vært benyttet – men noen ulovlig provokasjon er det etter min mening ikke tale om i et slikt tilfelle”(side 1227). ”Salgsprovokasjon” er av politimetodeutvalget kategorisert som en type lokkeduetilfelle, og faller utenfor den definisjonen som er gitt på provokasjon.³⁵ Det er også slik jeg velger å bruke begrepet i denne fremstillingen.

Et eksempel på salgsprovokasjon som er mye brukt i teorien³⁶ er at en politimann går ”undercover” i et narkotikamiljø og fremstår som en mulig kjøper. Her er sjansene for at

³³ Se NOU 2004: 6 s.84.

³⁴ NOU 2004: 6 s. 84.

³⁵ NOU 2004: 6 s. 84

³⁶ Se NOU 2004: 6 s 84 og Hopsnes s. 81

han blir tilbudt narkotika uten selv å ta initiativet store. Og selv om politimannen har lagt forholdene til rette for at en straffbar handling skal finne sted, kan det ikke sies at han har skapt kriminaliteten. Hvis han derimot, istedenfor å vente på at noen tilbyr han stoff, går bort til en bestemt person og spør om han har noe å selge, vil handlingen gli over til å være provokasjon. Politiet vil da ta initiativet til en direkte kontakt med personen. Her må vilkårene for bruk av politiprovokasjon være oppfylt. Ved at politimannen oppsøker en bestemt person øker faren for at politiet kan rette henvendelsen mot en utvalgt person.. Kriminaliseringsfaren blir også større ved denne fremgangsmåten.

4.3 Nærmere om provokasjonsmetodene

Politiprovokasjon kan hovedsakelig deles inn i tre ulike metoder. Tiltaleprovokasjon, avvergende provokasjon og bevisprovokasjon. Denne inndelingen er basert på hvilket formål provokasjonen har. Tiltaleprovokasjon brukes om de tilfellene hvor politiet fremprovoserer en straffbar handling med det formål å reise tiltale for handlingen i etterkant. Metoden blir brukt i forkant av forbrytelsen, og dersom det fokuseres på tidspunktet for metodebruken er tiltaleprovokasjon en forebyggende metode.³⁷ Når det gjelder avvergende provokasjon er dette en sekkepost som inneholder ulike, men beslektede tilfeller. Felles er at politiet med sin handling søker å avverge eller minimere konsekvensene av en straffbar handling. Provokasjon blir også da brukt i forebyggende øyemed. Ved bevisprovokasjon har den straffbare handlingen allerede blitt begått. Her bruker politiet provokasjon for å fremskaffe bevis for denne handlingen. Siden den straffbare handlingen allerede er begått er bevisprovokasjon utlukkende en etterforskningsmetode.

Når det gjelder begrepet ”bevisprovokasjon” har dette begrepet blitt brukt på ulike måter. Jeg har valgt å bruke dette om de tilfellene hvor politiet gjennom sin handling kun har fremprovosert bevis for en allerede utført straffbar handling. Dette er i samsvar med

³⁷ Se NOU 2004: 6 s. 83.

politimetodeutvalget sin definisjon av begrepet.³⁸ Riksadvokatens definisjon er noe videre og omfatter i tillegg alle de tilfellene hvor hensikten var å provosere frem et bevis, men realiteten ble en alminnelig provokasjon.

For bruk av de ulike metodene gjelder ulike vilkår. Hvilke vilkår som gjelder beror på hva formålet med provokasjonen er. Ulike hensyn gjør seg gjeldende når formålet endres. For oversiktlighetens skyld vil jeg likevel behandle vilkårene for de ulike metodene parallelt under punkt 5 flg.

4.4 Tiltaleprovokasjon

”Tiltaleprovokasjon” er som nevnt provokasjon forut for den straffbare handlingen. Et eksempel på dette er hvor politiet har mistanke om at et større parti heroin er ført inn i landet. De kan da gi seg ut for å være en interessert kjøper, og forsøke å få i stand en handel med den mistanken er rettet mot. Dersom de lykkes i dette, vil de kunne tiltale vedkommende for innføring og oppbevaring av partiet med heroin. Politiet forhindrer på denne måten at stoffet blir distribuert på gaten. Kriminaliserings og misbruksfaren er ekstra stor ved bruk av tiltaleprovokasjon, fordi det er i nettopp disse tilfellene det vil være størst mulighet for politiet til å provosere bestemte personer. Sjansen for at en ellers lovlydig borger skal bli utsatt for slik provokasjon er også større enn ved de andre formene for provokasjon.

4.5 Avvergende provokasjon

Denne typen provokasjon omfatter de tilfeller hvor politiet ikke har til hensikt å skaffe bevis til en straffesak, men ønsker å forebygge en farlig eller straffbar virksomhet, eller de har som formål å tilbakebringe en stjålet gjenstand eller lignende. Et eksempel er Rt.1998 s 407 (Skriksaken), hvor politiet ved bruk av provokasjon fikk tilbake det stjalne maleriet.

³⁸ NOU 2004: 6, side 84.

Forebygging er en av politiets oppgaver, jf. politiloven § 7.1 tredje ledd, som bestemmer at politiet kan gripe inn å avverge og stanse lovbrudd. Det er derfor ikke unaturlig at det er en adgang for politiet til å benytte provokasjon som en metode for å hindre at lovbrudd blir begått. Adgangen kan begrunnes i hensynet til å bekjempe den økende kriminaliteten, og også i borgernes sikkerhet og trygghet.

De hensynene som gjør seg gjeldende ved bruk av tiltale- og bevisprovokasjon vil ikke gjøre seg gjeldende i like stor grad ved bruk av avvergende provokasjon. Det er derfor ikke oppstilt like strenge vilkår for bruk av denne metoden dersom den utelukkende brukes for å avverge eller redde en gjenstand. Jeg vil komme nærmere tilbake til dette i punkt 7.6.

4.6 Bevisprovokasjon

Bevisprovokasjon er særlig nyttig i narkotikasaker hvor det ellers kan være vanskelig å skaffe bevis for innføring og oppbevaring av store kvantum narkotika. Bevisprovokasjon medfører ikke at det skapes kriminalitet. Av den grunn gjør ikke hensyn som kriminaliserings- og misbruksfaren seg gjeldende slik som ved tiltaleprovokasjon. Den straffbare handlingen er allerede begått og politiet har derfor ingen mulighet til å se seg ut bestemte personer. Det er heller ingen fare for at en ellers uskyldig person blir fristet til å begå en handling han normalt ikke ville ha begått. Dette gir også førstvoterende i Rt.1999 s. 1269 (Verksmestersaken) uttrykk for. Saken gjaldt en fengselsbetjent som hadde hjulpet en fange med å rømme. Politiet hadde mistanke om dette, og samarbeidet med en innsatt som spurte fengselsbetjenten om hjelp til rømming. Fengselsbetjenten sa seg villig til å hjelpe. En politimann gav seg så ut for å være en avtalt medhjelper og ble utstyrt med skjult mikrofon og båndopptaker. I samtaler ble fengselsbetjenten spurt om den forrige rømmingen, og fortalte at han hadde hjulpet til med denne. Han beskrev også hvordan dette ble gjort. Retten uttalte (på side 1271): ”Etter min oppfatning antar provokasjonshandlinger som tar sikte på å fremskaffe beviser for straffbare handlinger som er begått, så forskjellig karakter, at det ikke kan oppstilles felles retningslinjer for når slike provokasjonshandlinger kan aksepteres som lovlige etterforskningskritt.”

Men selv om ikke kriminaliserings- og missbruksfaren gjør seg gjeldende ved bevisprovokasjon finnes det andre betenkeligheter ved bruk av metoden. I første rekke blir det problemer i forhold til mistenktes rett til å forholde seg taus. Dette ble det springende punkt i den ovenfor nevnte dommen. Retten viser her til FN-konvensjonen av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter art. 14 nr.3 bokstav g, som oppstiller et forbud mot selvinkriminering. Det blir videre sagt at et slikt forbud ikke kommer like uttrykkelig frem i EMK, men at det etter sikker praksis må anses ”innebygd i kravet om rettferdig rettergang i denne konvensjonens artikkel 6 nr. 1.” Høyesterett påpekte så at mistenktes rett til å forholde seg taus i denne saken ikke hadde blitt tilstrekkelig respektert, og at etterforskningsmetoden derfor måtte anses som ulovlig. Dommen fra lagmannsretten ble opphevet.

Bevisprovokasjon medfører altså ikke i seg selv at det skapes kriminalitet. Et problem er imidlertid at politiet fremprovoserer en ny straffbar handling, i forsøk på å skaffe bevis for den handlingen som er under etterforskning. Et eksempel på dette er hvor politiet fremprovoserer et salg av narkotika, med den hensikt å skaffe bevis for kjøp og den forutgående oppbevaring av stoffet. Selve salget vil her være en ny straffbar handling fremprovosert av politiet. Spørsmålet som reiser seg vil være om det i slike tilfeller kan reises tiltale også for salget. Her vil de reglene som gjelder for tiltaleprovokasjon komme til anvendelse. Jeg vil komme nærmere tilbake til problemstillingen under behandlingen av vilkårene i punkt 5.³⁹

³⁹ Se punkt 5.3.

5 Grunnvilkåret

Grunnvilkåret for at politiet skal kunne reise tiltale for en straffbar handling som er fremprovosert, er at det ikke blir fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått. Vilkkåret ble først formulert av Dorenfeldt i artikkelen fra 1978, som skriver: ”Men i intet land har man akseptert at politiet selv eller ved hjelp av medvirkere tilskynder en person til å begå en straffbar handling han ellers ikke ville begått. Her går det en helt sikker grense....”⁴⁰ Det ble deretter tatt inn i Riksadvokatens rundskrivet fra 1980. Høyesterett la videre til grunn at et slikt vilkår må gjelde i Rt.1984 s. 1076. Saken gjaldt spørsmål om avskjæring av bevis fremskaffet ved politiprovasjon. En politimann hadde utgitt seg for å være en pågrepet person som skulle motta 1 kilo amfetamin fra en leverandør i Nederland. En mellommann, som skulle levere stoffet for leverandøren, ønsket å gjøre dette i København. Men politimannen fikk overtalt han til å levere i Oslo mot at halvparten av betalingen skjedde i København. Mellommannen fikk da en annen person til å frakte stoffet fra København til Oslo, hvor stoffet ble overlevert til politimannen. Personen som leverte stoffet ble først pågrepet, og deretter mellommannen da han skulle motta betalingen i København. Begge ble tiltalt for overtredelse av straffeloven § 162 annet ledd. Det ble fra tiltaltes side fremhevet at den straffbare handlingen var fremkalt av politiet, og at politiet ikke hadde anledning til å benytte slike etterforskningsmetoder når det ikke finnes hjemmel i lov. Mannen som fraktet stoffet fra København til Oslo, fremhevet dessuten at han hadde blitt trukket inn i saken gjennom politiets opplegg, siden de hadde insistert på at stoffet skulle leveres i Oslo. Høyesterett slo fast at det var adgang for politiet å benytte ekstraordinære etterforskningsmetoder uten lovhjemmel⁴¹, og at det dessuten må godtas at

⁴⁰ Dorenfeldt, LoR 1978 side 294.

⁴¹ Se nærmere om dette i punkt 10.1.

politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse⁴². I forbindelse med grunnvilkåret uttalte retten: ”Det synes å være alminnelig enighet om – og jeg finner det for min del klart - at det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.” Høyesterett mente imidlertid at det i denne saken langt fra forelå ”noen situasjon vor politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått”. Anken ble derfor ikke tatt til følge. Det er denne dommen som har gitt utgangspunktet for senere rettspraksis. Grunnvilkåret er også inntatt av riksadvokaten i rundskrivet fra 2000⁴³, og deretter utkrystallisert i en rekke dommer.

5.1 Innhold og begrensninger i grunnvilkåret

Siden grunnvilkåret har en nokså vid utforming, vil jeg forsøke å fastlegge innholdet noe mer detaljert. Det er i norsk rett lagt til grunn at avgjørelsen av om hvorvidt et lovbrudd er fremkalt av politiet er et spørsmål om årsakssammenheng mellom politiets kontakt med personen og det at den straffbare handlingen blir begått. Høyesterett har i flere avgjørelser formulert seg i denne retning⁴⁴ og det samme er lagt til grunn i teorien.⁴⁵

I Rt.1998 s.407(Skriksaken) bruker Høyesterett den såkalte ”betingelsel læren” ved avgjørelsen om hvorvidt den straffbare handlingen er fremkalt av politiet, og uttalte (på side 410): ”Om politiets aksjon tenkes bort, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført.” Flertallet mente derfor at forsøket på heleri var fremkalt av politiet og følgelig måtte bedømmes som ulovlig provokasjon. Av politimetodeutvalget blir det imidlertid påpekt at betingelsel læren ikke alene kan være utslagsgivende for å avgjøre om handlingen er framprovosert av politiet.⁴⁶ Utvalget er dermed enige med mindretallet i ”Skriksaken” som mente at politiets bidrag

⁴² Se punkt 5.1.

⁴³ Riksadvokatens rundskriv av 26. april 2000 punkt 2.2.

⁴⁴ Se for eksempel Rt.1984 s. 1076 ”årsaksforholdet” og Rt. 1992 s. 1090 ”eneste årsak”.

⁴⁵ Se for eksempel NOU 2004: 6 side 86, Hopsnes JV 2003 side 83 og Andorsen JV 2001 side 7.

⁴⁶ NOU 2004: 6 side 86.

ikke kunne virke straffriende når det var gjerningspersonen som i samarbeid med hovedmannen tok initiativet til tilbakelevering av maleriet mot betaling av løsesummen. Utvalget viser i den forbindelse til Rt.1984 s. 1076 hvor det ble slått fast at selv om politiets bidrag er en nødvendig betingelse for at gjerningsmannen begår lovbruddet, er ikke årsakskravet oppfylt dersom det er ”for fjern og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forholdet fra hans side”(side 1083). I slike tilfeller vil derfor ikke grunnvilkåret være overtrådt, og provokasjonen vil være lovlig.

Med denne begrensningen trekker altså Høyesterett opp et tilleggsvilkår. Årsakskravet er ikke oppfylt dersom politiets påvirkning er for ”fjern og indirekte”. Dette er også lagt til grunn av Høyesterett i kjennelsen inntatt i Rt.2000 s.1482. I denne saken ble to engelskmenn pågrepet ved den svensk/norske grense med 199 kilo hasjissj. De sa seg villige til å samarbeide med politiet for å pågripe mottakeren av hasjissjpartiet. Møtet med mottakeren skulle derfor avvikles som planlagt under politiets oppsikt. Under leveringen fikk mottakeren imidlertid mistanke om at politiet var etter dem, og stakk av før overlevering var skjedd. Politiet ba da en av engelskmennene om å kontakte sin oppdragsgiver, som befant seg i Nederland og fortelle at mottakeren hadde fått kalde føtter og trukket seg. Oppdragsgiveren ordnet så en ny mottaker, som ble pågrepet av politiet. Spørsmålet var om politiets handlemåte kunne aksepteres som lovlig og danne grunnlag for domfellelse. Tiltalte anførte at hans befatning med stoffet var et resultat av ulovlig provokasjon fra politiets side. Han mente at grunnvilkåret ikke var oppfylt. Anken ble forkastet. Det var ikke politiets, men oppdragsgiverens handling som var styrende for hendelsesforløpet, siden det var han som valgte å kontakte en ny mottaker. Politiet hadde kun bedt engelskmannen ringe, og å ikke opplyse om at det var politi inne i bildet. Retten uttalt (på side 1486) ”For at politiet skal anses å ha fremkalt handlingen er det ikke tilstrekkelig at den ikke ville ha blitt begått dersom politiets opptreden i saken tenkes bort. Som Høyesterett påpeker i Rt-1984-1076 på side 1083, kan politiets mulige bidrag til at tiltalte ble trukket inn i saken, være for ”fjern og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forholdet fra hans side””. Dersom årsakssammenhengen er for fjern

og indirekte vil altså grunnvilkåret være oppfylt selv om politiets innblanding etter betingelseslæren er årsak til den straffbare handlingen.

Det er tradisjonelt, av Høyesterett og Riksadvokaten, gitt anledning til for politiet å påvirke enkelte aspekter ved handlingen, som visse endringer i tid, sted og utførelse av den aktuelle forbrytelsen. Dette er uttalt i en rekke dommer, for eksempel Rt.1984 s.1076 (på side 1080) hvor det heter ”I utgangspunktet er etterforskning med provokasjonstilsnitt bare berettiget når politiet måtte legge til grunn at den straffbare handlingen ville ha blitt begått også uavhengig av dets rolle i begivenhetsforløpet. Men det må etter min mening godtas at politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse”.⁴⁷ Bakgrunnen for disse unntakene er at tid, sted og utførelse normalt ikke har noen strafferettslig betydning, og vil vanligvis ikke ha noe å si for gjerningspersonens vilje til å begå den straffbare handlingen. Men som det kan tenkes at politiets påvirkning av disse aspektene likevel kan gjøre en ellers straffri handling straffbar.⁴⁸ Et eksempel er dersom en straffbar handling er planlagt i utlandet hvor den er straffri, mens politiet påvirker på en slik måte at utførelsen av handlingen blir flyttet til Norge hvor den er straffbar. Det kan også tenkes at gjerningspersonen er i tvil om han vil begå den straffbare handlingen, og ville trukket seg dersom han hadde fått tid til å tenke. Men på grunn av politiets press om å få fremskjøvet tidspunktet for operasjonen hopper han i det, og gjennomfører den straffbare handlingen. Her vil provokasjonen bli ulovlig fordi politiet har påvirket handlingen på en måte som ikke kan sies å være ”fjern eller indirekte”. Av denne grunn bør også vurderingen av om politiets provokasjon er ulovlig dersom tid, sted og utførelse er påvirket, gjøres med utgangspunkt i om det er årsakssammenheng mellom påvirkning fra politiet og den straffbare handlingen, og om denne årsakssammenhengen eventuelt er for ”fjern og indirekte” til å ha betydning for straffbarheten.

Det kan etter dette oppsummeres med at det ved vurderingen av om grunnvilkåret er overskredet må ses på hvorvidt politiets innblanding faktisk har virket inn på

⁴⁷ Se også Rt. 1998 s. 407, Rt.2000 s. 1223 og Rt.2000 s.1482.

⁴⁸ Se Hopsnes JV 2003 side 97-98 og 104 og Andorsen JV 2001 side 9-11

gjerningsmannens subjektive motivasjon til å begå den straffbare handlingen. Eller som politimetodeutvalget uttrykker det: ”om politiets kontakt har vært årsak til en endring i personens handlinger som enten har gjort handlingen straffbar eller ført handlingen inn under et mer alvorlig straffealternativ”.⁴⁹ Dersom påvirkningen har vært for ”fjern og indirekte” vil den ikke ha hatt betydning for gjerningsmannens motivasjon.

Selv om politiets innblanding kan sies å ha virket inn på personens beslutning om å begå den straffbare handlingen, kan man imidlertid ikke konkludere med at provokasjonen har vært ulovlig. Den avgjørelsen må tas på bakgrunn av en samlet vurdering av om provokasjonen strider mot de hensyn som begrunner grunnvilkåret.⁵⁰ Momenter som må trekkes inn i vurderingen er for det første hvorvidt politiet har hatt anledning til å kriminalisere bestemte personer. Dersom politiet har kjennskap til hvem som skal kontaktes trekker dette i retning av at provokasjonen er ulovlig. Dette bør riktignok ikke nødvendigvis bli resultatet. Men dersom politiet ikke hadde kjennskap til hvem provokasjonen blir rettet mot skal det mye til for å konstatere ulovlig provokasjon. Momentet er trukket frem blant annet i Rt.1984 s. 1076, Rt.2000 s. 1482 og av politimetodeutvalget⁵¹. Det må ved vurderingen videre legges vekt på om det ved provokasjonen var en risiko for å kriminalisere ellers lovlydige borgere. Momentet er av kan formuleres som et mistankekrav. I dette ligger at dersom det foreligger sterk mistanke om kriminell aktivitet vil politiets handling vanskelig kunne kriminalisere ellers lovlydige borgere. I Riksadvokatens rundskriv av 1980 var det oppstilt et krav til at det forelå ”sterk mistanke” for at provoaksjon skulle kunne benyttes. Vilkåret er ikke oppstilt i någjeldende rundskriv⁵². Politimetodeutvalget har imidlertid foreslått å innføre skjellig grunn til mistanke som et vilkår for å kunne benytte provokasjon, det vil si en sannsynlighetsovervekt for at den som utsettes for metoden forbereder en straffbar

⁴⁹ NOU 2004: 6 s. 86.

⁵⁰ Se NOU 2004: 6 s. 86

⁵¹ NOU 2004: 6 s. 86.

⁵² Riksadvokatens rundskriv av 26.april 2000.

handling.⁵³ Vilkåret vil bare være et moment i vurderingen av hvorvidt provokasjonen er ulovlig inntil en eventuell lovhjemmel blir innført. Momentet er trukket frem i Rt.2000 s.1482 (på side 1486) hvor det ble lagt vekt på at det var snakk om personer som hørte til et kriminelt miljø, og som uansett vil bli innblandet i samme type kriminell virksomhet innen kort tid. Her ble det uttalt: ” Politiet har ved å la aksjonen fortsette etter at D trakk seg, gjort det mulig å finne frem til flere deltakere i et narkotikamiljø”. Provokasjonen ble her godtatt som lovlig. Det er også et moment i vurderingen hvem som har tatt initiativet til den straffbare handlingen. Dersom det er politiet som har tatt initiativet trekker dette i retning av at provokasjonen er ulovlig. Omvendt dersom mistenkte som har tatt initiativet. Dette punktet er fremhevet av Riksadvokaten⁵⁴ og går dessuten frem av avgjørelsen i Rt.1993 s. 473 hvor retten påpekte at ”dette konkrete transportforholdet var således klart initiert av politiets medhjelpere”(på side 475)⁵⁵. Momentet er også vektlagt av Høyesterett i Rt.1984 s 1076 hvor retten antar at ”det må legges betydelig vekt på hvem som har tatt initiativet til den straffbare handlingen. (på side 1080)”

Hvorvidt provokasjonen er ulovlig avgjøres altså av en forholdsmessighetsvurdering mellom behovet og betenkelighetene.

5.2 Hvorfor gjelder grunnvilkåret?

En av politiets hovedoppgaver er å forebygge kriminalitet, jf. politiloven § 2 nr. 2. Ved bruk av provokasjon er politiet medvirkere til at noen begår en straffbar handling. Dette kan forsvares med at hensynet til bekjempelse av kriminalitet veier så tungt. Men dersom politiet skulle hatt anledning til provosere personer til å utføre straffbare handlinger de ellers ikke ville begått ville dette kunne fått uheldige konsekvenser. Hensynene som

⁵³ NOU 2004: 6 s. 199.

⁵⁴ Riksadvokatens rundskriv av 26.april 2000, punkt 2.2.

⁵⁵ For faktum i saken se punkt 6.1.

begrenser bruken av politiprovokasjon vil i slike tilfeller veie tyngre enn hensynet til kriminalitetsbekjempelsen.⁵⁶

Det vil dessuten være i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 om politiet skulle hatt anledning til å fremkalle en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått.

Dette ble slått fast av EMD i saken *Teixeira da Castro v. Portugal* av 9.juni 1998. I denne saken hadde to polititjenestemenn ("undercover") anmodet gjennom mellommenn å få kjøpe 20 gram heroin, med tanke på å avsløre bakmennene for narkotikavirksomheten. Selgeren ble pågrepet da overleveringen skulle finne sted. Domstolen frifant tiltalte med den begrunnelse at artikkel 6-1 var krenket da det ikke kunne antas at den straffbare handlingen ville blitt begått uten påtrykk fra politispanerne. Det ble i den forbindelse uttalt: "...the two officer 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".

5.3 Ved hvilke typer provokasjon kommer grunnvilkåret til anvendelse?

Grunnvilkåret gjelder først og fremst ved bruk av tiltaleprovokasjon. Det er nettopp i denne sammenheng kriminaliserings- og misbruksfaren er størst.

Ved avvergende provokasjon gjør ikke disse hensynene seg gjeldende i like stor grad. Her er ikke formålet med handlingen å straffeforfølge, og betenkelighetene blir dermed mindre. Som politimetodeutvalget fremhever vil et slikt inngrep også her være en krenkelse av retten til å være i fred, men det vil være et begrenset inngrep.⁵⁷ Dessuten vil den som planlegger og involvere seg i kriminell aktivitet i mindre grad være beskyttelsesverdig. Grunnvilkåret vil derfor ikke gjelde dersom provokasjon utelukkende brukes for å avverge en straffbar handling eller redde en gjenstand.

⁵⁶ Se punkt 3.

⁵⁷ Se NOU 2004: 6 s. 88

Når det gjelder bevisprovokasjon er spørsmålet litt mer komplisert. Grunnvilkåret ikke vil komme til anvendelse dersom det er snakk om en ren bevisprovokasjon. Det vil si der politiet bruker provokasjon for å fremskaffe bevis, men ikke på en slik måte at det blir fremprovosert en ny rettskrenkelse. I et slikt tilfelle vil lovbruddet allerede være gjennomført, og politiet vil ikke ha mulighet til å fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått. Men ved bruk av bevisprovokasjon vil ofte politiet provosere frem et nytt lovbrudd for å skaffe bevis for den allerede begåtte straffbare handlingen, jf. punkt 4.6. Spørsmål er om grunnvilkåret gjelder for denne provokasjonshandlingen. Dersom politiet har til hensikt å reise tiltale for den nye straffbare handlingen er det klart at grunnvilkåret må være oppfylt. Det vil da være tale om en tiltaleprovokasjon. Dersom politiet derimot kun benytter den alminnelige provokasjonen til å fremskaffe bevis for den allerede straffbare handlingen, vil ikke hensynet bak provokasjonsinstituttet gjøre seg gjeldende i samme grad. Dette tilsier at politiet kan gjennomføre en provokasjon uten at grunnvilkåret er oppfylt (en ulovlig provokasjon), dersom det ikke reises tiltale for denne handlingen. Dette ble blant annet antatt av Høyesterett i Rt.1992 s.1088. I denne saken var det fremprovosert et salg av 200 gram heroin. Det ble ikke reist tiltale for salg eller forsøk på salg av disse grammene. Men de bevis som ble fremskaffet gjennom provokasjonen kunne legges frem i rettsaken mot dem som hadde innført partiet med heroin de 200 grammene stammet fra.

6 Kan politiprovokasjon benyttes i andre saker enn ved narkotikakriminalitet?

I utgangspunktet er politiprovokasjon en metode som var ment for å avdekke alvorlig narkotikakriminalitet. Riksadvokatens rundskriv fra 1980 ble utarbeidet med denne typen kriminalitet i tankene, og retningslinjene som her er trukket opp er gitt kun for bruk i narkotikasaker. Et spørsmål som dermed reiser seg er hvorvidt provokasjon kan benyttes i forbindelse med annen type kriminalitet. Spørsmålet har vært oppe i rettspraksis ved flere

anledninger, blant annet i Rt.1998 s. 407, hvor politiet hadde brukt politiprovokasjon for å få tak på tyvene som hadde stjålet maleriet ”Skrik” fra nasjonalgalleriet. Her var det altså snakk om vinningskriminalitet og ikke narkotikakriminalitet. Selve provokasjonshandlingen ble i denne saken ansett som ulovlig av Høyesterett når det gjaldt å bruke bevisene til domfellelse av tiltalte. Men retten avviste forsvareres anførsel om at etterforskningsmetoden ikke er tillatt i saker om vinningsforbrytelser. Også i Rt.1993 s. 473 antok Høyesterett at provokasjon kan benyttes ved annen kriminalitet enn narkotika. Saken gjaldt piratdrosjekjøring. Jeg kommer nærmere inn på denne dommen i forbindelse med kravet til lovbruddets alvorlighet i punkt 6.1.

I Riksadvokatens rundskriv av 26. april 2000, punkt 2.3 blir det også slått fast at politiprovokasjon kan brukes i andre saker enn ved narkotikakriminalitet. Riksadvokaten tar utgangspunkt i den overnevnte dommen og uttaler ”metoden har særlig vært benyttet i alvorlige narkotikasaker, slik tilfellet var i Rt.1984 side 1076. Det følger imidlertid av avgjørelsen i den såkalte ”Skrik-saken” (Rt.1998 side 407) at Høyesterett ikke hadde innvendinger mot at metoden også ble benyttet i saker om alvorlig vinningskriminalitet.” Videre sier han: ”Det må også være forenlig med Høyesteretts retningslinjer å benytte provokasjon som etterforskningsmetode for å avsløre seksuelle overgrep mot barn.” Det er her særlig barnepornografi på internett Riksadvokaten har i tankene. Slik kriminalitet kan være vanskelig å avdekke siden det ikke vil finnes vitner til bruken. Ofrene vil heller ikke være i stand til å ivareta sine interesser. Det er også klart at denne typen kriminalitet er svært samfunnskadelig og moralsk forkastelig.

Samlet sett er det klart at provokasjon kan anvendes ved andre typer kriminalitet enn narkotika.

I rundskrivet fra 2000 uttales det at det ikke vil være hensiktsmessig å instruksfeste i detalj for hvilke typer straffbar virksomhet metoden kan brukes. Det vil derfor være opp til Høyesterett og avgjøre hvorvidt provokasjon er anvendelig i hvert enkelt tilfelle. Riksadvokaten gir imidlertid uttrykk for at det ved bruk av provokasjon bør gjelde et krav til kriminalitetens alvorlighetsgrad. Dette har også blitt oppstilt som et grunnkrav i

rettspraksis. I tillegg uttaler politimetodeutvalget at det alminnelige forholdsmessighetskravet også får gjelde når provokative metoder skal anvendes.⁵⁸ Hvorvidt provokasjon kan benyttes i et gitt tilfelle må derfor ses i sammenheng med disse kravene.

6.1 Kravet til at kriminaliteten må være alvorlig/kriminalitetskravet

Som nevnt oppstilles det et krav om at kriminaliteten provokasjonen benyttes mot er alvorlig. Politimetodeutvalget har brukt betegnelsen kriminalitetskravet.⁵⁹ Provokasjon er en inngripende metode, og politiet kan ikke ta i bruk mer inngripende etterforskningsmetoder enn det alvorlighetsgraden av lovbruddet tilsier.

Riksadvokaten uttaler om dette at ”Bedømmes kriminaliteten som et alvorlig samfunnsønde på grunn av omfang eller karakter, bør metoden kunne brukes, forutsatt at de prosessuelle vilkår angitt nedenfor i pkt. 2.4 er oppfylt.”⁶⁰ Høyesterett har også oppstilt et krav til kriminalitetens alvorlighetsgrad. I Rt.1984 s.1076, er det (på side 1080) uttalt at etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt kan aksepteres ved alvorlige lovovertridelser forutsatt at vanlige etterforskningsmetoder må anses utilstrekkelige. Også i Rt.1998 s. 407 er dette lagt til grunn, og retten uttalte i den forbindelse: ”i forarbeidene til straffeprosessloven er det uttalt at ”ekstraordinære etterforskningsmetoder” kan være aktuelle i ”visse alvorlige saker”, jf Ot.prp.nr.35 (1978-1979) side 179. Som eksempel er på slike saker er nevnt narkotikasaker, men i dette ligger ingen begrensning.” Konsekvensene av at politiet benytter provokasjon ved kriminalitet som ikke oppfyller kravet til alvorlighet vil være at provokasjonshandlingen anses som ulovlig.⁶¹ Et eksempel på at kriminaliteten ikke var alvorlig nok er Rt.1993 s. 473 (Piratdrosjedommen I). Her uttalte retten at

⁵⁸ NOU 2004:6 s. 87.

⁵⁹ NOU 2004:6 s. 87.

⁶⁰ Riksadvokatens rundskriv av 26.april 2000, pkt. 2.3.

⁶¹ Se punkt 10 for hvilke rettsvirkninger det får at provokasjonen er ulovlig.

privatdrosjekjøring ikke var et alvorlig nok samfunnsønde til å kunne begrunne bruk av politiprovokasjon. Tiltalte ble imidlertid frikjent på et annet grunnlag.⁶²

Det kan videre stilles spørsmål om hva som skal til for at et lovbrudd betraktes som alvorlig. Ved en vurdering av alvorligheten bør ikke bare strafferammen i straffebestemmelsen legges til grunn ved bedømmelsen, men også hvor viktige samfunnsinteresser som er truet.⁶³ Høyesterett var inne på dette i Rt.1993 side 473, piratdrosjedommen I. I denne saken hadde politiets medhjelpere stoppet en tilfeldig bil i en gate hvor det normalt var en del piratdrosjer. Det var ingen mistanke om at denne bilen/personen tidligere hadde drevet med piratdrosjekjøring, og heller ikke til at det var dette han var ute etter denne kvelden. Politiets medhjelpere spurte om tiltalte kunne kjøre han hjem, hvorpå tiltalte svarte ja til dette. Medhjelperne spurte så om hvor mye tiltalte skulle ha for kjøringen. Tiltalte ble riktignok frifunnet fordi tilfellet ikke falt inn under straffebestemmelsen det var tiltalt for, men i et obiter dicta uttalte retten: ”Det er i dommen fra 1984 videre pekt på at ekstraordinære etterforskningsmetoder bare kan aksepteres ved alvorlige lovovertrædelser hvor det er vanskelig å nå frem med vanlige metoder. 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 formen for kriminalitet. Jeg finner det imidlertid klart at slike forhold som de den foreliggende sak gjelder, ikke kan begrunne etterforskningsmetoder med provokasjonspreg.”

I Rt.1998 side 407 (Skriksaken) ble vinningskriminalitet ansetts som så alvorlig at provokasjon kunne anvendes. Ikke all vinningskriminalitet kan imidlertid betraktes som alvorlig, og det kan stilles spørsmål om hvor grensen går. Riksadvokaten antyder i sitt rundskriv at momenter som har må tas i betraktning er omfang, organisering og verdi. Nasking i en dagligvarebutikk eller sykkeltveri vil altså klart falle utenfor. Slik kriminalitet vil ikke være et stort nok samfunnsønde til å begrunne bruk av provokasjon.

⁶² Se nedenfor.

⁶³ Andorsen, JV 2001 side 12.

Andre hensyn, som for eksempel hensynet til rettsikkerheten, vil veie tyngre enn å komme disse småkjeltingene til livs. Det vil derimot være av stor interesse for de fleste at organiserte ransmiljøer og lignende ikke får herje fritt. I slike tilfeller vil virksomheten ofte ha et stort omfang, det vil være snakk om store verdier og omfattende organisering. Hensyn til den enkeltes trygghet og sikkerhet vil her veie opp for kriminaliserings- og missbruksfare. Politiprovokasjon bør derfor kunne benyttes i saker som for eksempel NOKAS – saken. Hvorvidt kravet til forbrytelsens alvorlighetsgrad er oppfylt vil altså avgjøres ut i fra en forholdsmessighetsvurdering hvor momenter som strafferammen for overtredelse av det aktuelle straffebudet og behovet for å bekjempe det aktuelle lovbruddet vil måtte tas i betraktning.

Politimetodeutvalget har foreslått en lovhjemmel som begrenser bruk av politiprovokasjon til de tilfellene hvor det er skjellig grunn til mistanke om at en person ”forbereder en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i 5 år eller mer, eller som rammes av straffeloven § 204 og våpenloven av 9. juni 1961 § 33.”⁶⁴ Dette vil omfatte lovbrudd som for eksempel alvorlig narkotika forbrytelser, barnepornografi, alvorlig vinningskriminalitet og ulovlig oppbevaring og bruk av våpen. En slik lovbestemmelse vil altså ikke føre til noen endring i rettstilstanden i forhold til de krav om som allerede foreligger. Bestemmelsen er bygget opp på samme måte som bestemmelsen i straffeprosessloven om kommunikasjonskontroll. Strpl. § 216a bestemmer at kommunikasjonsavlytting kun kan foretas når det er skjellig grunn til mistanke for en handling eller forsøk på en handling som kan gi straff av fengsel i 10 år eller med. Det åpnes også for å benytte metoden ved visse andre typer alvorlig kriminalitet, jf. litra b. Bestemmelsene sett i sammenheng viser at kommunikasjonsavlytting blir ansett som en mer inngripende metode en provokasjon, siden det her kreves at forbrytelsen som metoden benyttes mot har en strafferamme på minst 10 år. Grunnen til dette er nok at kommunikasjonsavlytting er et større inngrep i personvernet, hvor politiet får tilgang til mye overskuddsinformasjon.

⁶⁴ NOU 2004: 6 s. 279.

6.2 Det generelle forholdsmessighetskravet

Ved bruk av politimetoder generelt gjelder det et forholdsmessighetskrav, jf. politiloven § 6 annet ledd. Politimetodeutvalget redegjør også for et forholdsmessighetskrav som det må tas hensyn til i forbindelse med utformingen av inngrepshjemler. De uttaler at ”politiets konkrete behov for metodebruken må veies mot sannsynlig skade eller uleilighet for dem som utsettes, og mot hvor mange som kan rammes. Det må også trekkes inn i avveiningen om mistanken knytter seg til en alvorlig straffbar handling.”⁶⁵ I forbindelse med bruk av politiprovokasjon blir det uttalt at det alminnelige kravet om forholdsmessighet også gjelder her. Det blir imidlertid lagt til at forholdsmessighetsvurderingen får mindre betydning ved siden av kriminalitetskravet og indikasjonskravet⁶⁶.⁶⁷ Som regel vil disse kravene forhindre at provokasjon blir benyttet i tilfeller hvor det som søkes oppnådd med metoden står i missforhold til den skade eller uleilighet som blir følgen av metodebruken. Men det kan tenkes tilfeller hvor det er snakk om alvorlig kriminalitet som andre etterforskningsmetoder ikke vil strekke til mot, men hvor det likevel vil være omstendigheter som gjør at bruk av politiprovokasjon vil være for inngripende. Eksempler på slike omstendigheter kan være spesielle trekk ved mistenkte, eller hvor bruk av metodebruken kan gå utover tredjepersoner, eksempelvis barn. I slike tilfeller må det gjøres en forholdsmessighets vurdering i tillegg til de vurderinger som kreves etter kriminalitets- og indikasjonskravet. Som politimetodeutvalget uttrykker det må hvilken skade eller uleilighet som skal trekkes inn ”sees i relasjon til den konkrete uleilighet inngrepet utgjør for personen eller personene som rammes av inngrepet”.⁶⁸

⁶⁵ NOU 2004: 6 s. 192.

⁶⁶ Se punkt 7.1 om indikasjonskravet.

⁶⁷ NOU 2004: 6 s. 87

⁶⁸ NOU 2004: 6 s. 192.

7 Formelle krav ved bruk av politiprovokasjon

I tillegg til grunnvilkåret og kavet til kriminalitetens alvorlighetsgrad stilles det opp en rekke andre vilkår av materiell, prosessuell og personell art for bruk av politiprovokasjon. Det er klart at disse vilkårene må oppstilles ved bruk av tiltaleprovokasjon. Hvorvidt de kommer til anvendelse ved bruk av bevisprovokasjon og avvergende provokasjon er imidlertid ikke like klart.

I Riksadvokatens rundskriv av 26. april 2000 punkt 3 utales det at det ved bruk av provokasjon som forebyggende eller reddende metode gjelder vesentlig færre begrensninger. Det vises i den forbindelse til Rt.1998 s.407 hvor politiets metode ble ansett ulovlig når det gjaldt framprovoseringen av salget, men ikke som redningsaksjon. Det sies imidlertid ingenting om hvorvidt de øvrige vilkårene for bruk av provokasjon gjelder. Hopsnes⁶⁹ mener derimot at de øvrige vilkårene som oppstilles ved bruk av tiltaleprovokasjon også bør oppstilles ved avvergende provokasjon. Han begrunner dette med at også denne type provokasjon utgjør et inngrep i privatlivet, og at dersom metoden ikke underlegges kontroll kan den få en kriminaliserende effekt. Politimetodeutvalget har berørt spørsmålet, men uten at de har kommet frem til noe svar. Utvalget uttaler at ”det er uklart om de andre vilkår for bruk av provokasjon gjelder”.⁷⁰ Hvorvidt de øvrige vilkårene gjelder for bruk av avvergende provokasjon er derfor uklart.

De øvrige vilkårene bør imidlertid komme til anvendelse ved bevisprovokasjon, fordi det er knyttet store betenkeligheter også til bruk av metoden på denne måten.⁷¹ Riksadvokatens rundskriv vil få anvendelse, siden metoden faller innenfor Riksadvokatens definisjon i punkt 1. Det følger dessuten direkte av punkt 2 i skrivet. Som instruks gjelder derfor vilkårene.⁷² Politimetodeutvalget skriver også at selv om ikke grunnvilkåret får betydning

⁶⁹ Hopsnes, JV 2003 s. 127.

⁷⁰ NOU 2004: 6 s. 88.

⁷¹ Se også Hopsnes JV 2003, s.128.

⁷² Se Hopsnes s.128.

for bruk av bevisprovokasjon antas det ”at de øvrige vilkår for provokasjon må være oppfylt”.⁷³ Det foreligger ingen rettsavgjørelser som tar stilling til spørsmålet, men det ser altså ut til å være enighet om at de øvrige vilkårene for bruk av provokasjon må være oppfylt også ved bevisprovokasjon. Av hensyn til rettsikkerheten og særlig av hensyn til EMK artikkel 6 og retten til å forholde seg taus, vil dette også ha de beste grunner for seg.

7.1 Utilstrekkelig med vanlige etterforskningsmetoder/indikasjonskravet

For at politiet skal kunne benytte provokasjon oppstilles det et krav om at vanlige etterforskningsmetoder ikke strekker til. Kravet er av politimodeutvalget også kalt indikasjonskravet.⁷⁴ Vilkåret er utkrystallisert i rettspraksis i en rekke dommer, blant annet i Rt.1984 s.1076 hvor det ble presisert at metoden bare kan brukes ”når vanlige etterforskningsmetoder må anses utilstrekkelige”(på side 1080), og i Rt.1993 s.473 hvor retten viste til 1984 dommen og uttalte at ”ekstraordinære etterforskningsmetoder bare kan aksepteres ved alvorlige lovovertrædelser hvor det er vanskelig å nå frem med vanlige metoder”(s. 475). Vilkåret følger også av Riksadvokatens rundskriv fra 2000, hvor det heter at provokasjon som etterforskningsmiddel ”bare kan aksepteres når andre – tradisjonelle - etterforskningsmetoder er utilstrekkelige.”⁷⁵ Som eksempel på saker hvor vanlig etterforskning kan være vanskelig å nå fram med trekker han frem spredning av barnepornografi på Internett. Her vet man av erfaring at vanlig etterforskning ikke vil gi resultater. Vilkåret er videre fulgt opp av politimodeutvalget hvor det også blir påpekt at det ikke er anledning til å benytte provokasjon dersom andre metoder kan benyttes, selv om dette medfører medarbeid for politiet.⁷⁶

Det er imidlertid klart at tradisjonelle etterforskningsmetoder ikke nødvendigvis må ha vært forsøkt. Det er nok at det fremstår som klart at slike metoder ikke vil være tilstrekkelige.

⁷³ NOU 2004: 6 s. 88.

⁷⁴ NOU 2004:6 s.. 87.

⁷⁵ Riksadvokatens rundskriv av 26.april 2000, punkt 2.4.

⁷⁶ Se NOU 2004: 6 s. 87.

Dette fremgår blant annet i Rt.1984 s.1076 hvor Høyesterett uttalte (på side 1082): ”Etter min oppfatning hadde påtalemyndigheten forsvarlig grunnlag for å anta at andre etterforskningsskritt ikke ville lede til tilfredsstillende resultat”.

Det er altså politiet/påtalemyndigheten som vurderer om man vil nå frem med vanlig etterforskning. Denne vurderingen vil nok være praktisk vanskelig å etterprøve av for eksempel domstolene. Dette ser imidlertid ut til å ha gått relativt greit.⁷⁷ Det kan i denne sammenheng vises til Rt.1984 s.1076 hvor det heter: ”Med den kjennskap man hadde til den virksomheten etterforskningen gjaldt, måtte det være svært nærliggende å regne med at både det parti som var tilbudt D og nye narkotikapartier ville bli sendt til Norge dersom det ikke lyktes å uskadeliggjøre den organisasjonen som stod bak. Det var også ønskelig å få hånd om det aktuelle narkotikapartiet, som syntes å være bestemt for Norge. Den eller de kontaktene C hadde i Nederland, var ikke identifiserte, og politiet hadde tidligere hatt problemer med å oppnå bistand fra nederlandsk politi i sakens anledning. Jeg har vanskelig for å se at politiet kunne gjøre seg noen særlige forhåpninger om at henvendelsene til portugisisk politi eller fengselsmyndigheter ville løse problemene man stod ovenfor.” Høyesterett har altså sett seg kompetent til å overprøve vurderingen av hvorvidt andre etterforskningsmetoder kunne vært anvendt.

7.2 Krav til dokumentasjons/notoritetskrav

Rettsikkerhet er et viktig hensyn som må ivaretas ved bruk av provokasjon. For at rettsikkerheten skal være god må det kreves notoritet rundt utførelsen av provokasjonshandlingene. Det gjelder derfor et krav om at det, før politimesteren anmoder om bruk av slike etterforskningsmetoder, er utarbeidet en plan for hvordan provokasjonshandlingen skal utføres. Dette følger av Riksadvokatens rundskriv fra 2000 hvor det heter: ”Forut for politimesterens anmodning, og overordnet påtalemyndighets avgjørelse, må det alltid være utarbeidet en plan for hvordan provokasjonshandlingen skal

⁷⁷ Se også Hopsnes JV 2003 side 109.

utføres”.⁷⁸ Det oppstilles videre et krav om at politiet har kontroll med gjennomføringen av provokasjonen, og dessuten at det som skjer kan dokumenteres. I dette kravet ligger det at de involvertes sikkerhet må være ivarettatt så lenge provokasjonstiltaket pågår. Kravene er inntatt av politimetodeutvalget som har påpekt viktigheten av rettsikkerhetsgarantier når politiet involverer seg i kriminelle miljøer.⁷⁹

Vilkåret er tillagt stor vekt av Høyesterett i en rekke avgjørelser. Grunnen er at det er viktig at politiets framgangsmåte kan etterprøves. I Rt.1998 s. 407 var en samlet rett enig om at måten politiets aksjon ble gjennomført på ikke burde godtas som grunnlag for domfellelse. En av grunnene til dette var at ”De to engelske agentenes opptreden i saken og dennes betydning for spørsmålet om domfelte har begått heleri, var ikke i tilstrekkelig grad under kontroll av politiet, og aksjonen er ikke dokumentert eller belyst på den måten bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder bør være”(side 412). I Rt.2000 s. 1223 (Trondheimheroindommen) hadde politiet benyttet en informant, som selv var narkotikamisbruker, til bevisprovokasjon. Overleveringen av heroinet ble gjort til informanten, noe som i utgangspunktet ikke var politiet sin plan. Politiets opprinnelige plan var at de skulle pågripe A når han var på vei for å levere heroinet. Isteden ble informanten kontaktet av A som sa hun måtte møte B for å få det overlevert. B hadde fraktet heroinet til Trondheim. Betalingen skulle skje til A senere på dagen. Informanten levert stoffet til politiet, som byttet ut heroinet med gips. Da A skulle motta betaling leverte informanten isteden stoffet, som nå var gips, tilbake til A med den begrunnelse at hun var redd for å bli tatt av politiet. A og B ble like etter pågrepet. I rapportene politiet skrev ble det gitt uttrykk for at de var blitt pågrepet med heroin, og ikke gips. Politiet hadde også unnlatt å skrive i rapportene at provokasjon var benyttet. Mangel på tilstrekkelig plan, den dårlige notoriteten rundt gjennomføringen, og det faktum at politiet hadde benyttet en informant som selv var narkoman førte til at aksjonen hadde ”så alvorlige mangler at den ikke kan godtas som grunnlag for domfellelse”. De tiltalte ble derfor frifunnet.

⁷⁸ Riksadvokatens rundskriv av 26.april 2000, punkt 2.4.

⁷⁹ NOU 2004: 6 s.87.

Det oppstilles ikke noe krav i Riksadvokatens rundskriv av 26.april 2000 om at provokasjonen skal dokumenteres skriftlig. Det kan stilles spørsmål om det ikke bør oppstilles et slikt krav. Dette fordi manglende skriftlig dokumentasjon kan føre til at den som blir utsatt for provokasjon ikke får kjennskap til det, og i verste fall at ikke påtalemyndighetene opplyser om en ulovlig provokasjon i en eventuell rettssak.

I saken *Edwards og Lewis v. Storbritannia*, klagesak 39647/98;40461/98, dom av 22.juli 2003 påberopte de to klagerne at de ikke hadde fått en rettferdig rettergang i forhold EMK art.6. Det gjaldt her to forskjellige tilfeller som begge hevdet å ha vært utsatt for politiprovokasjon. Problemet var at bevisene ikke var lagt frem av påtalemyndighetene da saken gikk for engelske domstoler, og klagerne hadde heller ikke fått mulighet til å gjøre seg kjent med disse. Domstolen uttalte: ”The right to an adversarial trial means, in a crime case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations field and the evidence adduced by the other party”. Den kom derfor til at EMK artikkel 6 var overtrådt. Det var imidlertid ikke mulig for Domstolen å avgjøre hvorvidt klagerne var blitt utsatt for ulovlig provokasjon, i og med at bevisene ikke var lagt frem. Dommen kan være et argument for at det oppstilles et krav om at provokasjonen nedtegnes skriftlig.

Politimetodeutvalget har også foreslått en lovbestemmelse som ivaretar et slikt krav:

”§222-18 Dokumentasjon

Når politiet har gjennomført teknisk sporing, infiltrasjon, provokasjon eller kommunikasjonskontroll skal det i saken foreligge dokumentasjon om metodebruken. Det skal fremgå når metoden ble brukt, hvor den ble gjennomført, og hva politiet og politiets eventuelle medhjelpere foretok seg.”⁸⁰

Det er i hvert fall klart at, med mindre tungtveiende sikkerhetshensyn tilsier noe annet, skal bevisene for bruk av metoden gjøres kjent for tiltalte og legges frem i retten.

⁸⁰ NOU 2004: 6 s. 281.

7.3 Beslutningskompetanse

Hvem kan så beslutte bruk av politiprovokasjon? Det er oppstilt vilkår om at metodebruken besluttes av personer på kompetent nivå. Bakgrunnen er av hensynet til rettsikkerheten og publikums tillit til politiet. Det er viktig at slik inngripende metodebruk besluttes av personer med tilstrekkelig kunnskap og innsikt på området.

Kompetansevilkåret ble først oppstilt i Riksadvokatens rundskriv fra 1980 hvor det ble uttrykt at: ”Den politimessige beslutning om å ta i bruk provokasjonslignende tiltak treffes av politimesteren, eventuelt av vedkommendes faste stedfortreder. (Ved Oslo politikammer gjelder særlige regler.) Men før operasjonen kan gjennomføres skal det innhentes samtykke fra statsadvokaten”. Dette ble fulgt opp i rundskrivet fra 2000 hvor det heter at ”beslutningen skal treffes av statsadvokaten i distriktet. Politimester eller visepolitimester tar stilling til om statsadvokatens tillatelse til å benytte etterforskningsmiddelet skal søkes innhentet”.⁸¹

Beslutningen om igangsetting av provokasjon som etterforskningsmetode må altså besluttes av statsadvokaten. Det er politimesteren eller visepolitimesteren som avgjør om slik tillatelse skal innhentes. Anmodningen kan også fremsettes av politimesterens faste stedfortreder, dersom denne er fraværende. Eventuelt kan en slik anmodning fremmes av andre tjenestemenn i påtalemyndigheten, men da må politimesteren ha fått skriftlig samtykke til dette fra førstestatsadvokaten. Det kreves ikke i noe tilfelle samtykke fra Riksadvokaten. En fordel ved dette er at Riksadvokaten er klageinstans for beslutninger truffet av statsadvokaten, og ved at han ikke har noe med å godkjenne bruk av provokasjon vil han heller ikke bli innhabil ved en eventuell klage.

Politimetodeutvalget har foreslått å legge beslutningskompetansen til politimesteren, med delegasjonsmulighet til tjenestemenn som hører til påtalemyndigheten.⁸²

⁸¹ Riksadvokatens rundskriv av 26. april 2000 punkt 2.4.

⁸² NOU 2004: 6 s. 200.

7.4 Krav til den som utfører provokasjonen

Et spørsmål som reises i forbindelse med bruk av provokasjon er hvem som kan utføre provokasjonshandlingene. Det er klart at polititjenestemenn i tjeneste kan opptre som provokatører. Dette følger naturlig av tjenesteforholdet. Men kan politiet bruke sivile medhjelpere? I Riksadvokatens rundskriv av 1980, som gjaldt bruk av provokasjon ved narkotikakriminalitet, var det oppstilt et forbud mot bruk av andre enn polititjenestemenn som provokatører. Dette gjaldt med unntak for såkalt salgsprovokasjon, hvor også sivile kunne benyttes. I nå gjeldende rundskriv⁸³ er det imidlertid ikke oppstilt et slikt forbud. Grunnen til dette er at det kan være vanskelig å nå frem med provokasjonen dersom kun polititjenestemenn kan benyttes. Det er vanskeligere for disse å gli ubemerket inn i et kriminelt miljø, og de vil dessuten lettere skape mistanke om at det er noe som ikke stemmer. Det oppstilles imidlertid et generelt forsvarlighetskrav i rundskrivets punkt 2.4, hvor det stilles krav til at de involvertes sikkerhet må være ivaretatt for at et provokasjonstiltak skal kunne gjennomføres. Notoritet og dokumentasjon vil derfor være viktig ved bruk av sivile aktører.

Hvorvidt sivile provokatører kan benyttes var et sentralt tema i Rt.2000 s.1223 (Trondheimheroinsaken). Her hadde politiet benyttet en kvinne som selv var narkotikamisbruker som medhjelper. Dette ble kritisert av Høyesterett som uttalte: ”I en slik situasjon forekommer det meg i strid med grunnleggende rettsikkerhetsprinsipper at politiet velger en informant som selv er narkotikamisbruker, som enten har eller kan få straffesiktelsener mot seg og som i det hele vil føle seg - og er - avhengig av sin politikontakt. Det eksisterer åpenbar fare for at slike personer ”ville gå for ivrig og resultatsøgende til verks, og herved overskride de fastlagte grænser for dette særlige efterforskningsmiddelets anvendelsesområde” slik Hans Gammeltof-Hansen uttrykker det på side 72 i Strafferetspleje bind 2, Jurist- og økonomforbundets forlag, København”. Rettens flertall fant provokatørens uskikkethet avgjørende for at aksjonen hadde så

⁸³ Riksadvokatens rundskriv av 26.april 2000.

alvorlige mangler at den ikke kunne godtas som grunnlag for domfellelse. Tiltalte ble derfor frifunnet. Dommen neppe tas til inntekt for et totalforbud mot bruk av sivile medhjelpere, selv om de hører til et kriminelt miljø.⁸⁴ Men dommen illustrerer likevel at det av hensyn til rettsikkerheten må trekkes en grense for bruk av sivile provokatører.

7.5 Provokasjonshandlingen må ikke stride mot prosessuelle grunnprinsipper og regler

Det oppstilles videre et vilkår i Riksadvokatens rundskriv om at provokasjonshandlingen ikke må stride mot prosessuelle grunnprinsipper og regler.⁸⁵ Vilkåret ble utformet av Riksadvokaten på bakgrunn av Høyesteretts uttalelser i Rt.1999 s. 1269 (Vermestersaken) (på side 1271): ”Det er et grunnleggende rettstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til sin egen domfellelse”. I denne saken var det snakk om en bevisprovokasjon. Tiltalte var allerede siktet og tidligere avhørt i saken en rekke ganger, hvor han ikke hadde innrømmet forholdet.

Ved alminnelig provoaksjon har ikke den straffbare handlingen blitt begått på tidspunktet for politiprovokasjonen. De samme hensynene vil ikke gjøre seg gjeldende her. Vilkåret vil derfor kun har betydning ved bevisprovokasjon.⁸⁶ Politimetodeutvalget har heller ikke inntatt dette vilkåret i forbindelse med tiltaleprovokasjon. De har imidlertid nevnt dette i forbindelse med omtalen av bevisprovokasjon.⁸⁷

⁸⁴ NOU 2004: 6 s. 87 og Hopsnes JV 2003 s. 111.

⁸⁵ Se Riksadvokatens rundskriv av 26.april 2000 punkt 2.4.

⁸⁶ Hopsnes JV 2003 s. 113.

⁸⁷ NOU 2004: 6 s. 88.

7.6 Vilkår for bruk av avvergende provokasjon

For bruk av avvergende provokasjon er ikke vilkårene like strenge som for tiltaleprovokasjon. Grunnen til dette er at kriminaliserings- og misbrukshensynet ikke gjør seg gjeldende i samme grad når metoden blir brukt på denne måten. Her vil hensynet til den fornærmede veie tyngre enn hensynet til den kriminelle. Dessuten vil en som planlegger å involvere seg i kriminell aktivitet være lite beskyttelsesverdig. Det er i slike situasjoner også vanskelig for politiet å misbruke sin myndighet til å få tatt bestemte personer. Den kriminelle har jo allerede bestemt seg for å gjennomføre den straffbare handlingen.

At vilkårene for bruk av avvergende provokasjon ikke er så strenge som for tiltaleprovokasjon kommer tydelig frem i Rt.1998 s. 407. Her ble tiltalte i saken frifunnet, fordi det ble antatt at et salg av maleriet ikke ville kommet i stand hvis det ikke var for politiet sin innblanding. De prosessuelle vilkårene som gjelder for bruk av tiltaleprovokasjon var dessuten ikke fulgt. Retten uttalte imidlertid at ”som redningsaksjon var politiets handlemåte vellykket, og jeg ser ikke noe ulovlig eller urettmessig ved den som redningsaksjon betraktet.” Politiet kan altså lovlig fremprovosere en straffbar handling dersom det kun er for å avverge en annen straffbar handling.

Riksadvokaten har likevel oppstilt to vilkår som må være oppfylt for at politiet skal kunne benytte avvergende provokasjon. For det første må provokasjonen ikke innebære at politiet gir foranledning til en ny og annen straffbar handling. Dernest må de involvertes sikkerhet være ivaretatt.⁸⁸ Det kan imidlertid være uklart hva som ligger i det første vilkåret. Bruk av avvergende provokasjon går jo nettopp ut på å fremprovosere en straffbar handling, for å unngå at denne eller en annen straffbar handling får alvorlige konsekvenser.⁸⁹

⁸⁸ Riksadvokatens rundskriv av 26. april 2000 punkt 3.

⁸⁹ Se også Hopsnes JV 2003, s. 127.

8 Forholdet til EMK

Når lovligheten av bruken av politiprovokasjon skal vurderes må også våre internasjonale forpliktelser tas i betraktning. Det er viktig at metodene ikke strider mot disse.

8.1.1 EMK artikkel 6 – krav til rettferdig rettergang.

EMK artikkel 6 gir objektet rett til en rettferdig rettergang. Bestemmelsen vil sette skranker for bruk av tiltaleprovokasjon. Den vil også måtte vurderes i forbindelse med bruk av bevis fremskaffet ved bevisprovokasjon. Ved avvergende provokasjon vil ikke formålet med provokasjonen være å reise tiltale, men kun å avverge en situasjon eller skaffe tilbake en stjålen gjenstand. Siden det ikke reises tiltale på grunnlag av denne provokasjonen vil heller ikke kravet til rettferdig rettergang få anvendelse.

For norske domstoler var spørsmålet vært oppe i Rt.1999 s.1269 (Verksbetjentsdommen), hvor tilståelsen var fremskaffet ved provokasjon. Her ble tiltalte frifunnet fordi retten fant at ”fremgangsmåten som var benyttet, ikke i tilstrekkelig grad respekterte mistenktes rett til å forholde seg taus” (side1271). Dette var i strid med blant annet EMK artikkel 6 nr.1.

Forholdet mellom artikkel 6 og bruk av politiprovokasjon har også vært oppe i noen avgjørelser i EMD. Ved vurderingen av om bestemmelsen er overtrådet ser domstolen kun på om saken som helhet er rettferdig. Momenter som i denne sammenheng har blitt vektlagt er først og fremst hvem som har tatt initiativet til handlingen. Det bygges også på en mistankevurdering, og dessuten trekkes alvorligheten av og behovet for metoden i forhold til organisert kriminalitet inn. Prosessuelle garantier vektlegges, og også dersom politiets forklaringer er eneste bevis.⁹⁰ I avgjørelsen Teixeira de Castro vs. Portugal, klagesak 25829/94, dom av 9. juni 1998 kom domstolen til at de Castro ikke hadde fått en rettferdig rettergang. EMD fant at artikkel 6-1 var krenket da det ikke kunne antas at den straffbare

⁹⁰ Se Hopsnes JV 2003, s. 123

handlingen ville blitt begått uten påtrykk fra politispanerne.⁹¹ Det ble videre lagt vekt på at det var ikke innledet etterforskning mot de Castro, og politiet hadde heller ikke god grunn til å mistenke han for å selge narkotika. De Castro hadde dessuten ikke stoffet i sin besittelse og han ble dømt i hovedsak på bakgrunn av de to politibetjentenes vitneutsagn. Det samme ble resultatet i saken Vanyan vs. Russland, klagesak 53203/99, dom av 15. desember 2005. Her var klageren dømt til syv års fengsel for narkotikaforbrytelser. Bakgrunnen for domfellelsen var at han hadde skaffet til veie to poser heroin, hvorav den ene ble solgt til en politiinformant, og den andre beholdt med sikte på salg. Domstolen uttalte at politiet ikke hadde noe bevis for at klager hadde solgt narkotika før politiinformanten kom inn i bildet. Videre var det ingenting som skulle tilsi at lovbruddet ville blitt begått dersom der ikke hadde vært for politiinformantenes innblanding. Det ble i den forbindelse uttalt: "Where the activity of undercover agents appears to have instigated the offence and there is nothing to suggest that it would have been committed without their intervention, it goes beyond that of an undercover agent and may be described as incitement. Such intervention and its use in criminal proceedings may result in the fairness of the trial being irremediably undermined". Politiet hadde initiert den straffbare handlingen, og dette var brukt som bevis i den etterfølgende straffesaken. Kravet til rettfærdig ettergang ble derfor ansett som krenket. I begge de to overnevnte sakene fant retten at det ikke var nødvendig og gå nærmere inn på om det var brudd på EMK artikkel 8, siden det allerede var slått fast brudd på artikkel 6.

8.1.2 Lovkravet i EMK artikkel 8 (1)

Videre er det et spørsmål om politiprovokasjon strider mot EMK artikkel 8.

I artikkel 8(1) heter det: "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence" Bestemmelsen gir den enkelte krav på respekt for sitt privatliv, sitt hjem og sin korrespondanse. Skal det gjøres inngrep i denne rettigheten må følgende vilkår være oppfylt: en må ha hjemmel i lov, det må være begrunnet i et relevant formål, og det må være nødvendig i et demokratisk samfunn. Politimetodeutvalget har

⁹¹ Se punkt 5.3.

fremhevet at politiprovokasjon griper inn i integritetsvernet etter EMK art 8(1), men bemerker at dette ikke er slått fast av EMD, og at hvorvidt provokasjon faller inn under vernet etter EMK art. 8(1) trolig vil ”bero på en konkret vurdering der flere momenter vil få betydning.” Momenter som i denne sammenheng må tas i betraktning er varigheten og intensiteten av politiets innblanding, om provokasjonen skjer i forbindelse med infiltrasjon, og varigheten av den provokative handlingen. Dessuten er styrken på mistanken til den provokasjonshandlingen blir gjennomført mot av betydning.⁹²

Når det gjelder lovkravet i EMK er ikke dette det samme kravet som legalitetsprinsippet i norsk rett oppstiller. Etter norsk rett må det finnes hjemmel i eller i medhold av formell lov. EMK artikkel 8 bestemmer at inngrep i den private sfære må skje ”in accordance with the law”. Dette er et materielt lovkrav, og ”lov” dekker både skrevne og uskrevne rettsregler. Men inngrepet må ha grunnlag i nasjonal rett. Dette følger av *Sunday Times v. Storbritannia*, klagesak nr. 6538/74.⁹³ Lovkravet etter EMK er altså ikke like strengt som her i landet.

9 Rettsvirkninger av brudd på vilkår for bruk av politiprovokasjon

Et spørsmål som reiser seg i forbindelse med bruk av politiprovokasjon er hvilke rettsvirkninger bruk av metoden får. Ved bruk av politiprovokasjon vil det være flere aktører involvert. En provokatør, enten en politimann eller en sivil medhjelper, og i hvert fall en som blir provosert. Det kan derfor også spørres hvilke konsekvenser provokasjonen får for de ulike aktørene. Virkningene vil bli ulike alt etter som provokasjonen er lovlig eller ulovlig.

⁹² Se Hopsnes, JV 2003 -2 s. 75 og NOU 2004:6 s. 85

⁹³ Se nærmere om dette i Erik Møse, ”Menneskerettigheter” 2002, s. 99 og NOU 2004: 6 s. 37.

9.1 Straffeansvar for den som provoserer frem handlingen

Det hender at provokatøren i forbindelse med en politiprovokasjon måtte foreta handlinger som er i strid med loven. Det oppstår da et spørsmål om provokatøren kan straffes for medvirkning til den straffbare handlingen. Det er allment antatt at provokatøren ikke kan straffes for medvirkning.⁹⁴ Dette må i alle fall gjelde dersom han har holdt seg innenfor de lovlige rammene for bruk av provokasjon. Det vil dessuten neppe reises tiltale. Jeg vil her si litt om hvilke rettsgrunnlag som kan begrunne straffrihet for provokatøren. Dette reiser igjen to spørsmål. Hva som kan begrunne straffrihet dersom provokatøren er en polititjenestemann og hva som begrunner straffrihet for en sivil medhjelper. Løsningene blir dessuten noe ulike alt ettersom det er snakk om en lovlig eller en ulovlig provokasjon.

9.1.1 Sivile medhjelpere

Ved lovlig provokasjon kan det spørres om medhjelperen går klar av straffeansvar på grunn av samtykke fra politiet til å begå den straffbare handlingen. Dette kan imidlertid neppe være tilfelle. Politiet har ikke kompetanse til å gi et slikt ansvarsfrende samtykke.⁹⁵ Heller ikke et nødrettssynspunkt kan begrunne straffrihet, siden det ikke vil foreligge noen nødrettssituasjon. Da er det mer nærliggende å tolke straffebestemmelsen innskrenkende på bakgrunn av reelle hensyn som samfunnets interesse i å bekjempe kriminalitet.⁹⁶ Det er i hvert fall ikke noen tvil om at medhjelperen ikke er straffeansvarlig i en slik sammenheng.

Dersom provokasjonen er ulovlig vil kanskje saken stille seg noe annerledes? I slike tilfeller kan man vanskelig snakke om å tolke straffebudet innskrenkende. Dette fordi ulovlig etterforskning i seg selv er betenkelig. Samtykke vil også være uaktuelt av samme grunn som for lovlig etterforskning. Men det er klart at grensene for hva som er lovlig og ulovlig provokasjon er vanskelig å trekke. Å straffe en sivil medhjelper som har opptrådt i

⁹⁴ Hopsnes JV nr.2 2003 s. 64.

⁹⁵ Andorsen JV 2001 s. 17.

⁹⁶ Se også Andorsen JV 2001 s. 18.

tillit til politiets instruksjoner vil derfor være urimelig. Dette taler for å behandle dette som en rettsvillfarelse etter straffeloven § 57. Se også Andorsen.⁹⁷

9.1.2 Polititjenestemenn

Der må videre oppstilles spørsmål om en polititjenestemann som opptrer som provokatør kan straffes for overtredelse av straffebudet eller eventuelt for medvirkning. Hvorvidt det er snakk om straffeansvar eller medvirkningsansvar er imidlertid irrelevant for det underliggende spørsmålet om ansvar

Ved lovlig etterforskning må spørsmålet behandles på samme måte som for en sivil medhjelper. Man begrunner også dette i en innskrenkende tolkning av straffebudet. En kan dessuten se det som at selve regelen om bruk av politiprovokasjon, som er nedfelt i sikker rettspraksis, tillater at men setter seg ut over gjerningsinnholdet i straffebudet.⁹⁸ Altså en unntaksregel.

Dersom politiprovokasjonen er ulovlig kan straffrihet kan begrunnes på to måter. Enten kan straffebudet tolkes innskrenkende, eller så kan man si at politimannen mangler forsett.⁹⁹ Antakelig vil det første alternativet ha mest for seg siden dette innebærer at politimannen ikke har opptrådt objektivt rettstridig i forhold til straffebudet. Dersom dette legges til grunn, bør imidlertid det samme argumentet kunne brukes for sivile medhjelpere.¹⁰⁰ Det er dessuten klart at handlingen ikke vil ha en forbrytersk karakter, og heller ikke gjerningsmannen et subjektivt forbrytersk motiv. Av den grunn skal det mye til at politiet har gått for langt i forhold til reglene om politiprovokasjon.

⁹⁷ Andorsen JV 2001 s. 18.

⁹⁸ Se Andorsen s. 17.

⁹⁹ Andorsen s. 19.

¹⁰⁰ Se over i punkt 9.1.1.

9.2 Rettsvirkninger for gjerningspersonen

Dersom gjerningspersonen har overtrådt nedre grense for forsøk skal han straffes. Dette reiser en del betraktninger dersom politiet har fremprovosert den straffbare handlingen på ulovlig måte. På den ene siden har gjerningspersonen brutt loven og de hensyn som ligger til grunn for strafferettspleien gjelder med full styrke. På en annen side er det en stor fare for at politiet ved den ulovlige provokasjonen har skapt kriminalitet. Dersom politiet skulle hatt anledning til dette uten at det fikk konsekvenser, ville publikums tillit til politiinstitusjonen bli undergravet, og det ville dessuten være en stor fare for misbruk av adgangen til å bruke metoden. Av den grunn bør overtredelse av de vilkårene som er satt for bruk av provokasjon få konsekvenser. Spørsmålet som da reiser seg er hvilke konsekvenser slik overtredelse får?

Det er i teorien enighet om at utgangspunktet dersom politiet har utført en ulovlig provokasjon bør være at påtalemyndigheten ikke reiser straffesak. Dorenfeldt gir noen eksempler på at det unnlates å reise sak på grunn av overskridelse av retningslinjene.¹⁰¹ Det ene eksemplet han nevner gjaldt en narkotikasak hvor politiet benyttet seg av en soningsfange, som fikk tillatelse til å reise med en mistenkt til Amsterdam for å kjøpe narkotika. Politiet hadde tatt kontakt med den mistenkte i forkant og to svenske polititjenestemenn hadde bistått og utgitt seg for å være kjøper. De hadde forevist 425.000 kroner i kontanter. Tiltalen ble i dette tilfellet frafalt da det ikke ble ansett som mulig å bevise at den mistenkte ville innført et så stort parti med narkotika hvis det ikke hadde vært for politiets sin innblanding. Om saken uttaler Dorenfeldt at ”i denne saken gikk politiet så langt at det ville vært utilbørlig av påtalemyndighetene å fremme saken for domstolene.”

I enkelte tilfeller vil imidlertid påtalemyndigheten reise straffesak på tross av at grensene for lovlig etterforskning er overtrådt. Grunnen til dette kan være at påtalemyndigheten vurderer bruken av provokasjon forskjellig fra Høyesterett. Påtalemyndigheten kan ha en annen oppfatning av betydning av faktum i saken, eller de kan vurdere de rettslige

¹⁰¹ Dorenfeldt LoR 1978 s. 292-293.

betingelser for metodebruken annerledes enn domstolene. Spørsmålet blir da hvordan domstolene skal forholde seg når politiet har tatt ut tiltale det ikke var adgang til etter reglene om tiltaleprovokasjon.¹⁰² Tre ulike alternativer ble trukket frem av Høyesterett i Rt.1984 s.1076 hvor retten uttalte (på side 1079): ”I mange tilfeller vil det nok være naturlig at påtalemyndighetene avstår fra å reise tiltale. Blir saken brakt inn for domstolene, oppstår det spørsmål om *bevisene skal avskjæres*. Når det, som i denne sak, hevdes at politiet gjennom sine etterforskningsmetoder har fremkalt den handlingen tiltalen gjelder, ville det imidlertid være en mulighet at *tiltalte blir å frifinne*. Avvisning har også blitt antydnet som at alternativ.” (Min kursivering.)

9.2.1 Avvisning av saken

Den første muligheten er altså at domstolen avviser, og lar være å realitetsbehandle saken. Det kan reises spørsmål om hjemmelen for en eventuell avvisning. Andorsen mener at dersom det skulle vært anledning til dette måtte det lovendring til.¹⁰³ Dette er ikke Hopsnes enig i.¹⁰⁴ Han mener imidlertid at dersom ulovlig provokasjon behandles som en prosessforutsetning vil det kunne føre til at bevis og argumentasjon måtte føres to ganger i samme sak. Dette vil ikke være hensiktsmessig. Høyesterett har foreløpig ikke avist en sak på grunnlag av ulovlig provokasjon, men alternativet ble trukket frem i Rt.1984 s. 1076.¹⁰⁵

9.2.2 Avskjæring av bevis

Dernest er det en mulighet å avskjære de bevisene som er fremskaffet ulovlig. I Rt.1999 s. 1269 (Verksmestersaken) hadde politiet brukt provokasjon som ble ansett av domstolen å være i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 og retten til å forholde seg taus. Spørsmålet var hvilke konsekvenser det skulle få at bevisene var ulovlig fremskaffet. Førstvoterende

¹⁰² Se punkt 4.3.

¹⁰³ Andorsen JV 2001 side 21.

¹⁰⁴ Hopsnes JV 2003 side 117.

¹⁰⁵ Se over i punkt 10.2.

uttalte at det ved vurderingen av om beviset skulle tillates først måtte legges vekt på om føringen av beviset ville representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervelsen. Det ble videre uttalt at spørsmålet må bero på en interesseavveining, hvor grovheten av den krenkelsen som var blitt begått ved ervervelsen måtte vektlegges, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset. Høyesterett kom etter dette til at fremleggelse av beviset var en ytterligere rettskrenkelse og skulle vært avskåret. Lagmannsrettens dom i saken ble derfor opphevet. Bevisavskjæring er nok mest aktuelt i forbindelse med bevisprovokasjon.

9.2.3 Frifinnelse

Et tredje alternativ er at tiltalte frifinnes som følge av den ulovlige provokasjonen. Dersom gjerningspersonen skulle bli straffet selv om provokasjonen er ulovlig, vil vilkårene som er oppstilt for bruk av metoden ikke ha noen virkning. Høyesterett har formulert frifinnelsesgrunnlaget som et spørsmål om rettstridighet, og uttalte i Rt.1992 s.1088 (på side 1091) at det her vil ”foreligge en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettstridsreservasjonen. Jeg kan ikke se at det i disse tilfeller mangler noen prosessforutsetninger eller at det ellers kan være grunnlag for å avvise saken...” Det er her hensynet til rettssikkerheten som blir vektlagt tyngre enn hensynet til straffverdigheten og prevensjon. Bakgrunnen for dette er at dersom det i slike tilfeller anvendes straff på forholdet vil det ”finnes støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet”, jf Rt.1992 s. 1088. Det kan stilles spørsmål om Høyesteretts sammenlikning med rettstridsreservasjonene er helt heldig. Det er i hvert fall klart at uttalelsen ikke kan sikte til en rettmessighetsgrunn. Gjerningsmannens handling kan ikke bli rettmessig fordi om den er fremkalt ved ulovlige metoder fra politiets side.¹⁰⁶ Det blir imidlertid kun blir henvist til en frifinnelsesgrunn som har ”slektskap” med

¹⁰⁶ Se Andorsen JV 2001 s.22 og Andenæs 2000 s.288

rettstridsreservasjonen i dommen. Uttalelsen må derfor ikke nødvendigvis må forstås slik at den straffbare handlingen blir rettmessig.¹⁰⁷

Frifinnelse som virkning av ulovlig provokasjon ble først gang resultatet i Rt.1992 s.1088. Dette har senere blitt fulgt opp i blant annet Rt.1998 s.407, Rt.2000 s. 1223 og Rt.2000 s. 1484. Det kan derfor ikke være tvil om at det nå gjelder en regel om at ulovlig provokasjon er en frifinnelsesgrunn. Politimetodeutvalget gir også uttrykk for at de synes dette er en god regel, og har ikke foreslått noen endringer på dette punkt.¹⁰⁸

Det kan imidlertid stilles spørsmål om frifinnelse blir resultatet uavhengig av hvilke vilkår som er overskredet. Som jeg har vært inne på er det klart at frifinnelse blir resultatet dersom grunnvilkåret er overskredet. Det er også ved slike overtredelser at betenkelighetene med å straffe blir størst. Når det gjelder formelle feil, som manglende plan, øker ikke disse faren for kriminalisering eller misbruk. Men de gjør det imidlertid vanskeligere å avgjøre om politiets provokasjon er ulovlig, siden bevisene blir svakere. I Rt.1998 s. 407 (Skriksaken) ble tiltalte frifunnet fordi grunnvilkåret ikke ansås som oppfylt. Det manglet imidlertid også en plan for gjennomføringen av provokasjonen og forelå svik ved personell kompetanse, i tillegg til flere andre formelle feil. Førstvoterende uttalte i den forbindelse (på side 412): ”Jeg finner at den delen av etterforskningen i ”Skrik”-saken som politiets aksjon representerer, er beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for en domfellelse”. Også når det gjelder uforsvarlig valg av provokatør har Høyesterett kommet til at dette må føre til frifinnelse. Dette ble resultatet i Rt.2000 s.1223 (Trondheimheroinsaken) hvor politiet hadde benyttet en tungt belastet narkoman som medhjelper. I Rt.2000 s.1482 ble det imidlertid ikke tillagt vekt at det ikke var innhentet samtykke fra statsadvokat eller riksadvokat. Grunnen til dette må antakelig være at personell kompetanse har liten bevismessig betydning når det gjelder grensen for ulovlig provokasjon. Begrensningen er i første rekke begrunnet i at politiet ikke skal bruke metoden ukritisk, og betenkelighetene ved å straffe selv om ikke samtykke fra rett

¹⁰⁷ Hopsnes JV 2003 s. 116.

¹⁰⁸ NOU 2004: 6 s. 200.

myndighet er innhentet er ikke så store. Unntak kan tenkes dersom politiet bevist har unnlatt å innhente samtykke fra statsadvokaten.

Etter dette kan det oppsummeres med at formelle feil bør føre til frifinnelse dersom feilene er så alvorlige at tunge preventive hensyn gjør seg gjeldende, eller hvor det som følge av feilene oppstår bevistvil. Dette mener også metodeutvalget i NOU 2004: 6 hvor det heter at frifinnelse skal bli resultatet ved ”brudd på personelle og prosessuelle vilkår dersom det hefter så alvorlige feil ved beslutningen at notoriteten omkring gjennomføringen ikke blir tilstrekkelig god”.¹⁰⁹

Når det gjelder brudd på kravet til kriminalitetens alvorlighetsgrad og indikasjonskravet foreligger det ingen rettsavgjørelser som tar stilling til spørsmålet. Men dersom politiet benytter metoden i tilfeller der den ikke står i forhold til forbrytelsen, vil dette kunne gå på bekostning av personvernet. Faren for at politiet vil kriminalisere ellers lovlydeige borgere vil også bli større dersom metoden blir tatt i bruk ved mindre alvorlige lovovertrедelser. Brudd på kravet til kriminalitetens alvorlighetsgrad bør derfor antakelig føre til frifinnelse. Hensynet bak indikasjonskravet er å begrense bruken av provokasjon på grunn av betenkelighetene. For at ikke bruken av provokasjon skal skli ut, bør det sanksjoneres dersom politiet kunne benyttet andre metoder for å oppnå det samme resultatet. Frifinnelse vil kanskje ikke være hensiktsmessig i slike tilfeller, men brudd på dette vilkåret bør muligens heller få virkninger for straffeutmålingen slik Hopsnes skriver.¹¹⁰

9.2.4 Ulovlig provokasjon som straffeutmålingsmoment

I andre land, som for eksempel England, Sverige og Danmark har ulovlig provokasjon blitt vektlagt som et straffeutmålingsmoment. Det kan diskuteres om dette også burde vært et alternativ i norsk rett. Særlig dersom provokasjonen er ulovlig på grunn av formelle feil. Det kan synes som noe urimelig at gjerningspersonen går fri fordi politiet for eksempel har

¹⁰⁹ NOU 2004: 6 s. 200.

¹¹⁰ Hopsnes JV 2003 s. 120.

ikke har utarbeidet en tilstrekkelig god plan. Den straffbare handlingen vil i slike tilfeller være like straffverdig men de hensynene som begrunner straffrihet vil ikke gjøre seg gjeldende i like stor grad som hvis for eksempel grunnvilkåret er overtrådt.

10 Særlige lovreguleringsspørsmål

I forbindelse med at bruk av politiprovokasjon ikke er lovregulert reiser det seg noen spørsmål. For det første om det på grunn av legalitetsprinsippet er påkrevet med en slik lovhjemmel, og dernest hvorvidt en hjemling av metodebruken er hensiktsmessig selv om legalitetsprinsippet eventuelt ikke krever det

10.1 Krever bruk av politiprovokasjon hjemmel i formell lov?

Et spørsmål som reiser seg i den forbindelse med bruk av provokasjon er hvorvidt metoden griper inn ovenfor objektet på en slik måte at det kreves formell lovhjemmel. Dersom metoden anses som så inngripende vil konsekvensen være at den ikke kan benyttes. I både rettspraksis, forarbeider og juridisk teori er det imidlertid slått fast at bruk av politiprovokasjon ikke er så alvorlig at det etter legalitetsprinsippet kreves hjemmel i formell lov. Synet ble først uttrykt av Riksadvokat Dorenfeldt i artikkelen ”Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker” i LoR 1978. Dette ble også lagt til grunn av Departementet og Justiskomiteen i forbindelse med tilblivelsen av straffeprosessloven av 1981.¹¹¹ Høyesterett har godtatt synepunktet, og i Rt.1984 s. 1076 (side 1078) uttalte retten i den forbindelse: ”I og for seg er det klart at enkelte etterforskningskritt representerer et slikt inngrep ovenfor den det rettes mot, at det ut fra legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel. Men jeg kan ikke se at bruk av slike ekstraordinære etterforskningsmetoder som det er tale om i vår sak, er av en slik art”.

¹¹¹ Se Ot.prp.nr.35 (1978-1979) s. 179.

10.2 Veien mot lovhjemmel

Både ved tilblivelsen av straffeprosessloven i 1981 (Ot.prp. nr. 35 (1978-1979)), og ved revidering av loven (Ot.prp. nr. 64 (1998-1999)), ble det antatt at det foreløpig ikke var behov for å lovregulere bruken av politiprovokasjon. Det var imidlertid enighet om at spørsmålet burde holdes under oppsikt. I 2004 ble spørsmålet igjen tatt opp.¹¹²

Politimetodeutvalget som stod for utredningen uttalte da at: ”det er betenkelig at de sentrale vilkår for å benytte en metode som innebærer at politiet i prinsippet utfører straffbar medvirkning, er ulovfestet.” Også hensynet til EMK artikkel 8 (1) mente utvalget at måtte veie tungt. Alle medlemmene utenom en gikk derfor inn for å lovregulere provokasjon som politimetode.¹¹³

Følgende lovbestemmelse ble foreslått av utvalget:

§ 222-12 Provokasjon

”Politiet kan gjennomføre provokasjon overfor person som det er skjellig grunn til å mistenke forbereder en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i 5 år eller mer, eller som rammes av straffeloven § 204 og våpenloven av 9. juni 1961 § 33.

Forhøyelse av maksimumsstraffen ved gjentakelse eller sammenstøt av forbrytelser kommer ikke i betraktning. Når vilkårene ellers er oppfylt, kan det gis tillatelse til metodebruk selv om straff ikke kan idømmes på grunn av bestemmelsene i straffeloven §§ 44 og 46. Politiet kan ved provokasjon likevel ikke framprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.

Dersom formålet kun er å forebygge kriminalitet, å bringe til rette en gjenstand eller skaffe bevis for en allerede begått straffbar handling, kan politiet likevel fremprovosere en straffbar handling. Det kan ikke reises tiltale for den straffbare handlingen.

Beslutningen om provokasjon skal treffes av politimesteren, eller av sjefen for politiets sikkerhetstjeneste. Tillatelse kan bare gis dersom det vil være av vesentlig

¹¹² NOU 2004: 6

¹¹³ NOU 2004: 6 s. 24

betydning for å løse saken, og bare når mindre inngripende metoder ikke vil være anvendelige.

Tillatelsen skal gis for et bestemt tidsrom, som ikke må være lenger enn strengt nødvendig, og ikke lenger enn 2 uker om gangen.

Tillatelse kan likevel ikke gis når det etter inngrepets formål, sakens betydning og forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep.”

Justisdepartementet var enige med politimetodeutvalget i at provokasjon bør lovreguleres, men går inn for at spørsmålet utredes av et nytt utvalg.¹¹⁴ Grunnen til dette er at politimetodeutvalget kun foreslo å lovregulere provokasjon i forebyggende øyemed.¹¹⁵ Departementet påpeker at metodene også brukes som ledd i etterforskning, og at ”spørsmålet om lovfesting bør vurderes i en større sammenheng” Det blir videre sagt at ”det er uheldig å lovfeste politiets adgang til i avvergende øyemed å benytte seg av for eksempel infiltrasjon og provokasjon før spørsmålet om lovfesting er vurdert i forhold til etterforskning av straffbare forhold som allerede er begått.”¹¹⁶ Justiskomiteen er også enig i at metodene bør lovfestes, men uttaler at det i så tilfelle må tas ”hensyn til at metodene fremdeles skal være effektive og at de taktiske betraktninger som ligger til grunn ved bruken av disse ikke blir kjent for de det er aktuelt å benytte slike metoder ovenfor.”¹¹⁷ Komiteen er derfor enig i at spørsmålet må utredes grundigere, og ber i tillegg om at departementet i forbindelse med en eventuell lovregulering tar i betraktning ”det særlige behov for å ivareta sikkerheten til polititjenestemenn”.

10.3 Bør bruk av politiprovokasjon lovreguleres?

I forbindelse med Justisdepartementet varsling om at de vil iverksette et arbeid med sikte på å lovregulere vilkårene for politiprovokasjon, kan det pekes på fordeler og ulemper ved

¹¹⁴ Ot.prp.nr.60 (2004-2005)

¹¹⁵ Ot.prp.nr.60 (2004-2005), pkt. 11.2

¹¹⁶ Ot.prp.nr.60 (2004-2005), pkt. 11.2

¹¹⁷ Innsr.O.nr.113 (2004-2005), pkt. 11.2

slik lovregulering. En ulempe med at metoden blir fastlagt i lov er at dette kan gå på bekostning av fleksibiliteten. Dersom det oppstilles for faste regler rundt bruken av metoden, kan det bli vanskelig for politiet å bruke den på en mest mulig hensiktsmessig måte. Det vil også bli vesentlig vanskeligere å unngå at bakgrunnsinformasjon kommer ut og kildene røpes. Justiskomiteen argumenterte med dette da spørsmålet var oppe i forbindelse med lovrevideringen.¹¹⁸ Det ble vist til den dårlige erfaringen som var gjort i Danmark etter at metoden var blitt lovregulert der. En annen ulempe ved lovregulering er at enkelte kriminelle vil kunne bli for oppmerksom på hva metoden går ut på, og hvordan den brukes. På den måten kan de lettere avsløre identiteten til provokatøren. En lovregulering vil da gjøre metoden mindre effektiv enn om den er ulovfestet. På en annen side er det, som jeg har redegjort for i det foregående, allerede relativt klare regler for bruken av politiprovokasjon. En lovregulering av metoden vil neppe medføre store endringer i forhold til de ulovfestede reglene vi har i dag. En lovfesting vil derimot kunne føre med seg mer klarhet rundt metoden for dem som skal praktisere den. Reglene vil bli lettere tilgjengelige, og vanskeligere å misforstå/feiltolke. Å lovfeste metoden vil dessuten medføre større rettsikkerhet rundt bruken. Lovligheten av en så vidt betenkelig metode, som i prinsippet innebærer at politiet utfører straffbar medvirkning, bør forankres i formell lov. Jeg vil også anta at tilliten til og forståelsen for metoden vil bli større blant publikum, dersom det følger av loven at politiet har anledning til å bruke politiprovokasjon. Slik reglene er tilgjengelige i dag blir de vanskelige for mannen i gata å forstå. Et eksempel er at David Toska ble frikjent for bankboks-kuppet på Bryn, hvor han hadde erkjent de faktiske forholdene, på grunn av politiprovokasjon. For eksempel VG referer til saken, og skriver at en Securitas-veker, som samarbeidet med politiet, hadde forsynt Toska med detaljer om sikkerheten i banken. Toska hevdet under hovedforhandlingene at samarbeidet med vekteren var årsaken til at ranet kunne gjennomføres, og tingretten frifant med begrunnelse om at opplysningene kunne ha fremprovosert innbruddet. En slik frifinnelse kan virke svært uforstående for publikum. Særlig med tanke på den oppfatningen de fleste har av han som hjernen bak NOKAS ranet i Stavanger.

¹¹⁸ Innst.O.nr.3 (1999-2000)

Også forholdet til EMK artikkel 8 er et tungtveiende argument som trekker i retning av lovregulering. Argumentet er vektlagt av politimetodeutvalget i deres utredning. Av politimetodeutvalget fremheves det også at grunnen til at lovreguleringen i Danmark gjorde bruk av metoden vanskeligere var blant annet forbudet mot bruk av sivile provokatører. I Norge er bruk av slike provokatører lovlig, og en dette problemet vil derfor ikke oppstå her. De peker videre på at provokasjon også er lovfestet i Nederland uten at dette har gjort metoden mindre anvendelig.¹¹⁹ Også i Finland er provokasjon lovregulert, riktignok bare ved bruk av bevisprovokasjon. Men at flere andre land har valgt å lovregulere metoden, kan være et argument for at det også trengs lovgivning her. Det tyder på at metoden ses på som så inngripende at lovhjemmel er på sin plass.

Ut fra disse vurderinger vil jeg anta at det vil være størst fordeler ved å lovregulere metoden. Særlig av hensyn til våre internasjonale forpliktelser vil nok dette være den beste løsningen.

¹¹⁹ NOU 2004: 6 s. 198.

11 Litteraturliste

Bøker og artikler

Andenæs, Johs *Statsforfatningen i Norge*. 8.utg. Oslo, 1998

Andenæs, Johs *Norsk Straffeprosess Bind I*. 3.utg. Oslo, 2000

Andersen, Kjell V *Provokativ etterforskning*. I: JV, 2001 s. 2-16

Augelend, Ragnar L., Mæland, Henry John og Røsandhaug, Knut *Politirett*. 2.utg. Oslo, 2004, s.793-806

Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik *Straffeprosessloven med kommentarer*. 3.utg. Oslo, 2001.

Dorenfeldt, J.D. *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker*. I: LoR 1978 s.291-303

Eckhoff, Torstein *Forvaltningsrett*. 6.utg. ved Eivind Smith, Oslo, 1992

Eskeland, Ståle *Strafferett*, Oslo, 2000

Hansen, Hans-Gammeltoft "Agent Controlleur". I: TfR, 1984 s.89-131

Hopsnes, Roald *Provokasjon som politimetode*. I: JV, 2003 s. 62-130

Hov, Jo *Rettergang I Sivil og straffeprosess*, Oslo, 1999

Hov, Jo *Rettergang II Straffeprosess*, Oslo, 1999

Møse, Erik *Menneskerettigheter*, Oslo 2002

Forarbeider:

NOU 1997: 15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet

NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern

Ot.prp.nr.35 (1978-1979)

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

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

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

Innst.O.nr.113 (2004-2005) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven
(romavlytting og bruk av tvangsmidler for å hindre alvorlig kriminalitet)

Rundskriv:

Riksadvokatens rundskriv av 1980

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

Lovregister:

1902 Almindelig borgelig Straffelov (straffeloven) av 22.mai 1902 nr.10

§ 162

§ 228 tredje ledd.

1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22.mai 1981 nr.25

1995 Lov om politiet (politiloven) av 4.august 1995 nr.53

§ 2 nr.2

§ 6

§ 7.1 tredje ledd

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Artikkel 6 og artikkel 8

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

Artikkel 14 nr.3 bokstav g

Domsregister:

Rt.1984 s.1076

Rt.1986 s. 779

Rt.1992 s.1088 Kjennelse

Rt.1993 s. 473 Piratdrosjedommen I

Rt.1998 s. 407 Skrikdommen

Rt.1999 s. 1269 Verksmestersaken

Rt.2000 s. 1223 Trondheimsheroindommen

Rt.2000 s. 1482 Kjennelse

Dommer fra EMD:

Sunday Times v. Storbritannia, klagesak nr. 6538/74 dom av 26.april 1974.

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

Edwards og Lewis v. Storbritannia, klagesak nr. 39647/98;40461/98dom av 22. juli 2003

Vanyan vs. Russland, klagesak 53203/99, dom av 15. desember 2005.

