

Provokasjon som etterforskningsmetode:

Vilkår og rettsvirkninger ved ulovlig provokasjon

Oppgavetype: Juridisk oppgave

BACHELOROPPGAVE (OPPGAVE03)

Politihøgskolen

2022

Kand.nr: 547 & 548

Antall ord: 9892

Innholdsfortegnelse

1.0 INNLEDNING	1
1.1 BEGRUNNELSE FOR VALG AV TEMA	1
1.2 PROBLEMSTILLING OG AVGRENSNING	2
1.3 VIDERE FREMSTILLING.....	3
2.0 JURIDISK METODE	3
2.1 RETTSKILDEBILDE	4
2.1.1 <i>De europeiske menneskerettigheter og alminnelige rettsprinsipper</i>	6
2.1.1.1 EMK artikkel 8	7
2.1.1.2 EMK artikkel 6	7
3.0 POLITIPROVOKASJON	8
3.1 HVA ER PROVOKASJON.....	8
3.1.1 <i>Tiltale- og bevisprovokasjon</i>	9
4.0 HENSYN SOM TALER FOR OG IMOT BRUK AV PROVOKASJON.....	10
4.1 EFFEKTIVITETSHENSYNET	10
4.2 HENSYNET TIL POLITIETS ALMINNELIGE TILLIT	11
4.3 KRIMINALISERINGSHENSYNET	11
5.0 VILKÅR FOR BRUK AV PROVOKASJON.....	11
5.1 MATERIELT GRUNNVILKÅR	12
5.1.1 <i>Initiativ</i>	13
5.1.2 <i>Hendelsesforløp</i>	15
5.1.3 <i>Marked</i>	17
5.2 MATERIELLE TILLEGGSVILKÅR	18
5.2.1 <i>Forholdsmessighetskravet</i>	18
5.2.2 <i>Krav om alvorlig kriminalitet</i>	19
5.2.3 <i>Subsidiaritetskravet</i>	21
5.3 PROSESSUELLE VILKÅR.....	22
5.3.1 <i>Alminnelige prosessuelle grunnprinsipper</i>	23
5.3.2 <i>Beslutningsnivå, kontroll og notoritet i saksbehandling</i>	24
6.0 RETTSVIRKNINGER VED ULOVLIG PROVOKASJON	25
6.1 BRUDD PÅ GRUNNVILKÅRET	26
6.2 BRUDD PÅ PROSESSUELLE- OG TILLEGGSVILKÅR	28
7.0 AVSLUTNING	29
8.0 LITTERATURLISTE.....	31

1.0 Innledning

Denne bacheloroppgaven vil studere nærmere den utradisjonelle etterforskningsmetoden provokasjon. Metoder som anses særlig inngripende, der politiet har en aktiv rolle i etterforskning kalles gjerne for ekstraordinære, utradisjonelle eller ukonvensjonelle etterforskningsmetoder.¹

Globalisering og teknologisk utvikling har medført nye kriminalitetsutfordringer. Det kan sees i lys av en effektiv og omfattende informasjonsflyt, og en større mobilitet av personer, varer og tjenester.² Som en konsekvens av dette preges dagens kriminalitetsbilde av kompleksitet, økt profesjonalisering, organisering og internasjonalisering.³ Utradisjonelle etterforskningsmetoder, herunder provokasjon, har derfor fått en større utbredelse de senere år.⁴ Bruken av metoden har gitt politiet bedre forutsetninger for å drive effektiv kriminalitetsbekjempelse. Det er viktig for å ivareta det overordnede mål om at politiet skal drive forebyggende og håndhevende virksomhet, jf. politiloven § 1 annet ledd.⁵

Provokasjon er ikke hjemlet i straffeprosessloven eller annen lovgivning, men inngår i den alminnelige handlingsfrihet. Det innebærer at enhver står fritt til å foreta handlinger som ikke er forbudt og politiet har derfor mulighet til å gå langt innenfor den alminnelige handlingsfrihet.⁶ Det tilsier ikke ubegrenset og vilkårlig bruk av metoden, da overordnede rettsprinsipper, hensyn og vilkår vil gjøre seg gjeldende.

1.1 Begrunnelse for valg av tema

En forelesning om Nordlands største amfetaminbeslag vekket vår nysgjerrighet for metoden provokasjon. Saken er fra 2018 og etterforskningen avdekket et nettverk som forsynte flere nordlandskommuner med narkotika. Under etterforskningen benyttet politiet bevisprovokasjon,⁷ i form av at de utga seg for å være en av de tiltalte ved å bruke hans mobiltelefon.⁸ Utdanning ved Politihøgskolen fokuserer på de tradisjonelle

¹ NOU 2004: 6 s. 55

² Politidirektoratet, *Politiet mot 2020: bemannings- og kompetansebehov i politiet*, 2018 s. 11

³ NOU 2016: 24 s. 119

⁴ Keiserud mfl., *Straffeprosessloven lovkommentar*, 5. utgave, bind II, 2020, s. 929

⁵ Lov 01. oktober 1995 om politiet (politiloven - pl.)

⁶ Fredriksen, S., *Innføring i straffeprosess*, 4. utgave, (2018) s. 135

⁷ Se pkt. 3.1.1

⁸ Johansen, J. I., (2020)

etterforskningsmetodene og legalitetsprinsippet. Det er viet mindre plass til de ulovfestede etterforskningsmetodene. Provokasjon krenker den som utsettes for det fra å leve uforstyrret fra statens inngrep. Metodebruken reiser derfor klare rettssikkerhetsspørsmål og tilsier dermed at kunnskap om etterforskningsmetoden er av betydning. Denne bacheloroppgaven studerer derfor de vilkår som gjelder for anvendelse av provokasjon og hva rettsvirkningene vil være ved ulovlig provokasjon.

1.2 Problemstilling og avgrensning

Problemstillingen for oppgaver er:

Hvilke vilkår gjelder ved bruk av provokasjon som etterforskningsmetode og hva er rettsvirkningene dersom disse vilkårene overskrides?

Lovlig provokasjon viser til provokasjon der vilkårene for metoden er overholdt, mens den ulovlige provokasjonen knytter seg til de tilfeller hvor vilkårene er overskredet.⁹

Norsk rett skiller mellom provokasjon som etterforskningsmetode og provokasjon som straffrihetsgrunn. Denne oppgaven avgrenses til å omhandle etterforskningsmetoden provokasjon, herunder tiltaleprovokasjon og bevisprovokasjon.¹⁰ Forebyggende provokasjon, i den hensikt å avverge en straffbar handling vil ikke behandles i denne oppgaven. Videre vil ikke oppgaven ta for seg privat provokasjon, som er provokasjon utført av en sivilist som ikke er styrt av politiet. Spørsmål vedrørende en eventuell straffeforfølgelse av politibetjenten som utfører provokasjonshandlingen (provokatøren) omhandles heller ikke.

Behovet for provokasjon som etterforskningsmetode har normalt meldt seg i narkotikasaker,¹¹ men i takt med kriminalitetsutviklingen har metoden vært benyttet ved andre saksfelt. Blant annet ved heleriovertredelse, hvor det ble benyttet tiltaleprovokasjon, samt i etterforskning av overgrep av barn over internett, hvor det ble blitt benyttet bevisprovokasjon.¹² Oppgaven avgrenses derfor ikke mot et spesifikt saksfelt.

Det finnes skjulte etterforskningsmetoder som grenser til provokasjon. Når politiet innehar informasjon om planlagte forbrytelser som er i ferd med å begås, men likevel unnlater å gripe

⁹ Se bl.a. Rt. 2000 s. 1223 hvor begrepene lovlig og ulovlig provokasjon blir brukt og NOU 2004: 6 s. 83

¹⁰ Se pkt. 3.1.1

¹¹ Se bl.a. Rt. 1984 s. 1076, Rt. 1992 s. 1088, Rt. 2000 s. 1223 og Rt. 2007 s. 268

¹² Se bl.a. Rt. 1998 s. 407 og HR. 2020 s. 2137

inn eller griper inn på et senere tidspunkt, betegnes dette som passiv metode. Kontrollert leveranse, infiltrasjon og spaning er eksempler på slike passive metoder. «Lokkeduetilfeller» der mistenke fristes med et agn eller objekt skiller seg fra de overnevnte metodene, men er likevel beslektet med provokasjon.¹³ Disse beslektede etterforskningsmetodene vil ikke belyses i denne besvarelsen.

1.3 Videre fremstilling

I kapittel 2.0 belyses juridisk metode, herunder rettskildebilde. Ettersom politiprovokasjon begrunnes i den alminnelige handlingsfrihet, vil det være et sammensatt rettskildebilde. At metoden er ulovfestet er rettskildemessig interessant, og kapittelet vies derfor en sentral plass i besvarelsen. Videre i kapittel 2.0 presenteres De europeiske menneskerettigheter (EMK) art. 6 og art. 8, og alminnelige rettssikkerhetsprinsipper som kan gjøre seg gjeldende ved bruk av metoden.

Deretter besvarer kapittel 3.0 hva politiprovokasjon er, samt skille mellom tiltaleprovokasjon og bevisprovokasjon. Videre behandles hensynene til effektivitet, politiets alminnelige tillit og kriminaliseringshensynet i kapittel 4.0. Disse hensynene taler for og imot bruk av provokasjon. Kapittel 5.0 søker å klarlegge de vilkår som ligger til grunn for anvendelse av metoden. I dette inngår et grunnvilkår med øvrige tilleggsvilkår, samt prosessuelle vilkår. Vilkårene drøftes i lys av om provokasjonen ble ansett som lovlig eller ulovlig. I kapittel 6.0 belyses rettsvirkningene ved ulovlig provokasjon med henblikk på den strafferettslige følgen for den som utsettes for provokasjonen. Avslutningsvis i kapittel 7.0 kommer noen oppsummerende betraktninger.

2.0 Juridisk metode

Oppgavens problemstilling skal drøftes med juridisk metode, som benyttes for å formulere og besvare rettsspørsmål.¹⁴ Ved rettslige spørsmål vil det søkes i rettskilder for å skaffe de nødvendige argumentene som er gjeldende på området.

¹³ Hopsnes, R., «Provokasjon som politimetode», *Tidsskrift for Jussens venner*, 2003/2 s. 62-130 (s. 80)

¹⁴ Aarli, R. og Mæhle, S. S., *juridisk metode i et nøtteskall* (2018) s. 13

2.1 Rettskildebilde

På legalitetsprinsippets område, skal inngrep fra politiet overfor borgere ha hjemmel i lov. Lovteksten har derfor tung rettskildemessig vekt. Ettersom politiprovokasjon er en ulovfestet etterforskningsmetode, vil rettskildebilde stille seg annerledes. Det foreligger ingen direkte lovhjemmel, og dernest ingen forarbeider til en spesifikk lovtekst. Det innebærer at det må søkes i øvrige rettskilder for informasjon. Høyesterettspraksis vil være den mest tungtveiende rettskilden på området og videre vil rundskriv utgitt av Riksadvokaten være sentrale. Forarbeidene til ny straffeprosesslov som tar for seg provokasjon vil være med å belyse temaet, samt juridisk teori som viser til hvordan metoden anvendes og diskuteres i praksis.

Legalitetsprinsippet er et grunnleggende prinsipp i norsk rett, og fastsettes i Grunnloven (Grl.) § 113.¹⁵ Prinsippet innebærer at inngrep fra myndighetene overfor borgerne krever hjemmel i lov. I den grad provokasjon utgjør et inngrep og krever lovhjemmel har blitt vurdert ved flere anledninger. Det ble drøftet av tidligere Riksadvokat Lauritz Dorenfeldt i 1978, som uttalte at han ikke anså det som nødvendig å lovregulere metoden og at provokasjon kan benyttes såfremt politiet ikke fremprovoserer en straffbar handling som ellers ikke ville bli begått.¹⁶ Denne oppfatningen ble også lagt til grunn under behandlingen av straffeprosessloven av 1981¹⁷ og akseptert av Høyesterett i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I).

Høyesterett har i nyere tid tatt stilling til om provokasjon var i strid med lovkravet i Grl. § 113. I HR. 2020 s. 2137 gjorde førstvoterende det gjeldende at Stortinget ved vedtakelsen av Grl. § 113 i 2014, ikke hadde gitt uttrykk for at provokasjonsmetoden ikke hadde tilstrekkelig lovhjemmel. Han uttalte derfor at «...Grunnloven § 113 ikke skulle virke inn på bruken av slike utradisjonelle etterforskningsmetoder som var benyttet innenfor de rammene som blant annet var fastlagte av Høyesterett og omtalte i Riksadvokatens rundskriv.»¹⁸ Førstvoterende fravek dermed ikke aksepten fra Politiheroin I. Provokasjon har således til den dag i dag, ikke blitt ansett som et så alvorlig inngrep at det kreves hjemmel i lov, jf. Legalitetsprinsippet.¹⁹

¹⁵ Kongerikets Norges Grunnlov 17. mai 1814

¹⁶ Dorenfeldt, L., «Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?», *Tidsskrift for Lov og Rett*, 1978/6, s. 291-303 (s. 6 og 15)

¹⁷ Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) s. 179

¹⁸ Dommen er avsagt med delvis dissens. En av fire dommere mente at bevisene måtte avskjæres fordi de var ervervet i strid med Grl. § 113 (avsnitt 98)

¹⁹ NOU 2004: 6 s. 85

Selv om provokasjon omfattes av en ulovfestet metode og begrunnes i den alminnelige handlefriheten, kan ikke politiet ubegrenset benytte metoden. Det foreligger vilkår for når og under hvilke omstendigheter politiet kan benytte seg av metoden. Høyesterett har tatt stilling til bruk av provokasjon en rekke ganger, og grensene for bruken er dermed utviklet gjennom langvarig rettspraksis. Når det oppstår retts spørsmål uten lovtekst som rettsgrunnlag, kan Høyesterett utlede såkalte ulovfestede rettsregler²⁰ og vil derfor være en sentral rettskilde på området.

Høyesterett tok første gang for seg provokasjon i Politiheroin I. Dommen er å anse som den grunnleggende avgjørelsen på området, og kan med dette anses for et prejudikat. Det vil si at dommen etablerte såkalte ulovfestede rettsregler på området, som har vist seg å tjene som tydelig retningslinje for tilsvarende saker i senere tid.²¹ Dommen anga grunnvilkåret for metoden «...det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått».²²

Riksadvokatens rundskriv vil videre være en sentral rettskilde på området. Dette er rettskildemessig interessant, da rundskriv utgitt av Riksadvokaten vil ha begrenset tyngde overfor domstolene. Domstolene er ikke bundet av retningslinjene, og brudd på rundskrivet behøver dermed ikke å bli tillagt vekt. På den andre siden kan domstolene avvise metodebruken, selv om den samsvarer med retningslinjene fra rundskrivet.²³ I hvilken grad andre rettskilder, herunder rundskriv utgitt av Riksadvokaten, opparbeider seg autoritetsverdi i domstolene avgjøres ofte gjennom vekten den tillegges av domstolene, og da særlig Høyesterettsavgjørelser.²⁴

Rundskriv utgitt av Riksadvokaten er bindende for tjenestepersoner i politi og påtalemyndighet, da Riksadvokaten er påtalemyndighetens overordnede leder²⁵ og kan i medhold av straffeprosessloven § 225 annet ledd gi pålegg om hvordan etterforskningen skal gjennomføres. De første retningslinjene for bruk av provokasjon ble fastsatt av Riksadvokaten

²⁰ Aarli og Mæhle (2021) s. 17

²¹ Flere Høyesterettsavgjørelser henviser til Politiheroin I og omtaler dommen som den grunnleggende avgjørelsen. Se bl.a. Rt. 2000 s. 1482 og Rt. 2007 s. 268

²² Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080)

²³ Hopsnes (2003) s. 77

²⁴ Myhrer, T., «Påtalemyndighetens praksis som rettskilde», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 116(2), 2003, s. 219-245 (s. 5)

²⁵ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven – strpl.) § 56 annet ledd

i 1980.²⁶ Det siste rundskrivet ble utgitt i 2018 og regulerer infiltrasjon, provokasjon og vederlag til politiets kilder, som i dag er gjeldende regulering. Riksadvokatens rundskriv uttrykker i så måte hvordan politi og påtalemyndigheten praktiserer provokasjonsmetoden.

Med bakgrunn i Høyesterettspraksis har rundskriv fra Riksadvokaten blitt tillagt stor vekt²⁷ og Høyesterett har i betraktelig utstrekning bygget på disse retningslinjene ved rettsutviklingen på området. Med dette har de utledet det som antas å være gjeldende rett ved bruk av ulovfestede metoder.²⁸

Selv om det ikke finnes forarbeider til en direkte lovhjemmel, har spørsmålet om lovregulering vært tatt opp i flere utredninger. I NOU 2016: 24 utarbeidet straffeprosessutvalget et forslag til å lovregulere provokasjon som etterforskningsmetode. Denne utredningen sluttet seg til NOU 2004: 6 som er en sentral utredning på området. I mangel av lovtekst vil utredningene kunne gjøre seg sentrale ved rettsspørsmål som omhandler provokasjon.

Det finnes et relativt bredt utvalg juridisk litteratur som omhandler provokasjon som etterforskningsmetode. Denne litteraturen vil bli brukt som støtte for den rettslige argumentasjonen i besvarelsen. De tyngre rettskildene som Høyesterettspraksis og Riksadvokatens rundskriv vil primært benyttes for å formulere og besvare rettsspørsmålene i denne oppgaven.

2.1.1 De europeiske menneskerettigheter og alminnelige rettsprinsipper

En sentral skranke er at metoden må stå i forhold til de alminnelige rettsprinsipper som gjelder for norsk strafferettspleie. I tillegg plikter Norge å følge EMK.²⁹ Det innebærer at borgerne i samfunnet skal vernes mot uberettigede inngrep og overgrep fra medborgere og staten selv. I tillegg til de alminnelige rettsprinsippene, vil både EMK art. 6 (1) og art. 8 oppstille begrensninger i adgangen til å benytte politiprovokasjon i etterforskningen.

²⁶ Retningslinjene er unntatt offentligheten. Hovedpunktene er bl.a. gjengitt i Rt. 1984 s. 1076 (s. 1085) og i NOU 1997: 15 s. 122

²⁷ Se bl.a. Rt. 1984 s. 1076 (s. 1083-1084), Rt. 1998 s. 407 (s. 412) og Rt. 2000 s. 1223 (s. 1229)

²⁸ Myhrer (2003) s. 10-11

²⁹ Art. 1

2.1.1.1 EMK artikkel 8

EMK art. 8 (1) fastsetter at Norge skal sikre enhver «*respekt for sitt privatliv...*».

Politiprovokasjon vil kunne reise spørsmål om interessene etter EMK art. 8 krenkes ved at de griper inn i mistenktes rett til å være i fred. I den utstrekning politiprovokasjon er et inngrep i denne rettigheten, forutsetter EMK art. 8 (2) at tre vilkår er oppfylt: inngrep fra myndighetene må ha hjemmel i lov, inngrepet må ha et relevant formål som må kunne begrunnes, og inngrepet må være nødvendig i henhold til samfunnets interesser.

EMK art. 8 (2) tar i så måte for seg legalitetsprinsippet, men det finnes ingen dommer fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) som tar for seg at provokasjon faller inn under EMK art. 8 (1). Hjemmelskravet etter denne artikkelen i norsk rett oppfylles med utgangspunkt i at provokasjon kan benyttes med hjemmel i den alminnelige handlefrihet.³⁰

2.1.1.2 EMK artikkel 6

Det følger av EMK art. 6 (1) at Norge skal sikre enhver en rettferdig rettergang. At rettergangen skal være rettferdig innebærer at den må samsvare med forsvarlige prosessuelle regler som blant annet vernet mot selvinkriminering. I norsk strafferettspleie er det et grunnleggende rettsstatsprinsipp at mistenkte har et vern mot selvinkriminering, jf. strpl. § 232. Med andre ord har mistenkte rett til å forholde seg taus og ikke plikt til å bidra til egen domfellelse. Vernet mot selvinkriminering er ikke direkte uttrykt i EMK art. 6 (1), men etter sikker praksis må et slikt forbud anses innebygd i kravet om rettferdig rettergang.³¹

Spørsmålet vil derfor kunne være om provokasjonen innvirker på objektets krav til rettferdig rettergang. Kravet til rettferdig rettergang etter EMK art. 6 (1) er innbefattet i oppstillingen av vilkårene som begrenser adgangen til å benytte provokasjon. Initiativmoment som knytter seg til grunnvilkåret begrenser bruken av provokasjon med blant annet det formål å ivareta rettferdig rettergang. Momentet begrenser i så måte politiets grad av initiativ til den straffbare handlingen.³² Høyesterett har godtatt at anvendelse av provokasjon i henhold til gitte vilkår

³⁰ Hopsnes (2003) s. 75-76

³¹ Rt. 1999 s. 1269 (s. 1271) og Rt. 2011 s. 1455 (avsnitt 36)

³² Se pkt. 5.1.1

for metoden er forenelig med EMK art. 6 (1).³³ Dette følger også av Riksadvokatens rundskriv.³⁴

3.0 Politiprovokasjon

3.1 Hva er provokasjon

Riksadvokaten definerer provokasjon som:

«Provokasjon foreligger når politiet gjennom direkte kontakt med enkeltpersoner eller på annen måte påvirker straffbare handlinger som andre foretar, for derigjennom å skaffe seg ytterligere informasjon om slik virksomhet.»³⁵

Definisjonen utleder tre kjennetegn ved provokasjon. Det første kjennetegnet er at en provokatør har vært i kontakt med objektet. Det fremgår av Riksadvokatens formulering «... direkte kontakt ... eller på annen måte ...», at det ikke må være fysisk kontakt mellom politiet og den som utsettes for provokasjonen. Dette var tilfellet i Politiheroi I hvor deler av provokasjonen ble utført gjennom telegramkontakt. Det regnes også som kontakt når politiet benytter seg av en sivil medhjelper for gjennomføringen av provokasjonen.³⁶ Medhjelperen identifiseres da med politiet.³⁷ Dette gjorde seg gjeldende i Rt. 2000 s. 1223 (Lokkeduedommen) hvor politiet benyttet seg av en kvinne i narkotikamiljøet for gjennomføringen av provokasjonen.

Det andre kjennetegnet knytter seg til objektets villfarelse om provokatørens identitet. Villfarelsen innebærer at politiet i planleggingen og gjennomføringen av provokasjon opptrer fordekt overfor objektet. Det foregår dermed en skjult etterforskning. Hvis villfarelsen tenkes borte og objektet er klar over politiets innblanding, vil det ikke være snakk om en provokasjonshandling.³⁸

Det siste kjennetegnet er krav til årsakssammenheng mellom provokatørens kontakt og en endring i objektets straffbare handling. Kravet til årsakssammenheng innebærer at det må

³³ Rt. 2011 s. 1455

³⁴ Riksadvokaten, *Infiltrasjon og provokasjon som etterforskningsmetode - vederlag til politiets kilder*, (2018) s.2

³⁵ Ibid.

³⁶ NOU 2004: 6 s. 87

³⁷ Rt. 2006 s. 120 (avsnitt 38)

³⁸ Hopsnes (2003) s. 82

være en aktiv handling fra politiets side som psykisk påvirker gjerningspersonens forsett.³⁹ Dersom kravet til årsakssammenheng er fraværende, vil metoden ligne kontrollert leveranse og infiltrasjon.⁴⁰

Kontakt, villfarelse og årsakssammenheng utgjør den nedre grense for provokasjon og grensen er styrende for når vilkårene angitt av Riksadvokaten og Høyesterett kommer til anvendelse. Grensen mellom den lovlige og ulovlige provokasjonen omtales som provokasjonens øvre grense, og utgjør de skranker fastsatt av Riksadvokaten og Høyesterett.⁴¹

3.1.1 Tiltale- og bevisprovokasjon

I praksis skilles det mellom tiltaleprovokasjon og bevisprovokasjon.⁴² Tiltaleprovokasjon er provokasjonsmetoden hvor politiet kontrollerer et hendelsesforløp som fører til en straffbar handling.⁴³ Dette kjennetegnes ved at politiets innsats settes inn før den straffbare handlingen og formålet er å reise tiltalte for det straffbare forholdet.⁴⁴ I Politiheroen I, hvor provokasjonen ble ansett som lovlig, trådte politiet inn i mistenktes telegramkontakt med en utenlandsk narkotikaleverandør og avtalte levering av narkotikapartiet i Norge. Politiet initierte dermed kontakt og kontrollerte hendelsesforløpet. Med bakgrunn i dette kunne det tas ut tiltale for salg og innførsel av narkotika.

Bevisprovokasjon innebærer etterforskning med provokative metoder for å fremskaffe bevis for allerede begått kriminalitet.⁴⁵ I HR. 2020 s. 2137 anvendte politiet seg av bevisprovokasjon ved å benytte tiltaltes identiteter på nettet for å fremskaffe bevis, i form av chat-logger, for at tiltalte hadde bestilt og medvirket til grove seksuelle overgrep av barn i utlandet. Formålet med bevisprovokasjonen var å innhente bevis for en allerede begått straffbar handling. Det er mulighet for at politiet i forbindelse med bevisprovokasjon samtidig fremprovoserer en ny straffbar handling. Dersom dette er tilfellet skal ikke bevisprovokasjon anvendes og vilkårene for tiltaleprovokasjon, som er de strengeste vilkårene, kommer til anvendelse.⁴⁶

³⁹ Hopsnes (2003) s. 83

⁴⁰ Se Rt. 1986 s. 779 og Rt. 1999 s. 531 hvor metoden ikke kunne betegnes som provokasjon fordi kravet til aktiv handling ikke var til stede

⁴¹ Hopsnes (2003) s. 66

⁴² NOU 2004: 6 s. 84

⁴³ Keiserud, mfl., (2020) s. 930

⁴⁴ NOU 2004: 6 s. 84

⁴⁵ Keiserud, mfl., (2020) s. 930

⁴⁶ Riksadvokaten (2018) s. 1 og 3 og Hopsnes (2003) s. 86

Grunnvilkåret om at politiet ikke må fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville bli begått, er likt for alle former for provokasjon. Skillet mellom tiltale- og bevisprovokasjon vil i så måte ha mindre betydning i praksis. Ved brudd på grunnvilkåret ved tiltaleprovokasjon vil det utgjøre en ulovfestet frifinnelsesgrunn,⁴⁷ mens mangler ved politiets fremgangsmåte ved bevisprovokasjon kan medføre bevisforbud, og dermed utgjøre en indirekte frifinnelsesgrunn.⁴⁸

4.0 Hensyn som taler for og imot bruk av provokasjon

Hovedbegrunnelsen for å tillate provokasjon som etterforskningsmetode er hensynet for effektiv kriminalitetsbekjempelse og de skadevirkningene kriminalitet har.⁴⁹ Ved politiprovokasjon er det tungtveiende rettslige hensyn og verdier som utfordres. Det må derfor foretas en avveining mellom den effekten metoden kan gi, veid opp mot de betenkeligheter metoden har.

4.1 Effektivitetshensynet

Kriminalitet utgjør et samfunnsmessig onde. Effektiv kriminalitetsbekjempelse er derfor et felles samfunnsmessig mål for å forhindre de store skadevirkninger det kan gi samfunnet. Både straffeprosessloven og Riksadvokaten stiller krav om at politiets etterforskning skal være effektiv.⁵⁰ Ettersom dagens kriminalitetsbilde er komplekst vil tradisjonelle etterforskningsmetoder noen ganger komme til kort ved etterforskning av alvorlige lovovertrедelser.⁵¹ Alvorlig kriminalitet ved eksempelvis voldslovbrudd, vil ofte ha et klart offer som ønsker saken anmeldt og derfor bidrar med informasjon til oppklaring. Behovet for å anvende provokasjon vil stå sterkt ved lovbrudd der det ikke er et klart offer. Et eksempel på dette er narkotikaovertrедelser, som ofte er lovbrudd som ikke blir anmeldt fordi de involverte vil være tjent med at forholdet holdes skjult.⁵² Eksempelet viser at det er behov for politiet å kunne anvende provokasjon i den hensikt å etterforske lovbrudd som gjerne ikke anmeldes. Effektivitetshensynet kan derfor veie tungt i vurdering om politiprovokasjon skal benyttes, og taler dermed for bruk av metoden.

⁴⁷ Se Rt. 1992 s. 1088 (s. 1091) hvor uttrykket ulovfestet frifinnelsesgrunn blir benyttet

⁴⁸ Keiserud. mfl., s. 930

⁴⁹ Hopsnes (2003) s. 67

⁵⁰ Strpl. § 226 fjerde ledd og Riksadvokaten (2018) s. 29

⁵¹ Førstvoterende uttalte dette i Rt. 1984 s. 1076 (s. 1081) i henhold til narkotikakriminalitet. Likevel vil det gjøre seg gjeldende for andre saksfelt, jf. Riksadvokaten nr.2/2018 s. 1

⁵² Hopsnes (2003) s. 67

4.2 Hensynet til politiets alminnelige tillit

Politiet er avhengig av legitimitet i samfunnet. Publikums tillit til politiet er grunnleggende for å oppnå legitimitet.⁵³ For befolkningen kan provokasjon som etterforskningsmetode virke skremmende og lite legitim, og på den måte svekke tilliten til politiet. Svekket tillit vanskeliggjør både effektiv etterforskning og arbeidet som håndhevelsesorgan. Befolkningen har en forventning om at politiet handler i henhold til legalitetsprinsippet og ikke skaper kriminalitet. For personer som utsettes for provokasjon kan metodebruken videre oppfattes som forskjellsbehandling, da politiet ved bruk av metoden kan komme til å utføre en handling som etter loven i utgangspunktet er straffbar. Med bakgrunn i det bemerker Høyesterett at det skal gjøres «...*vesentlige begrensninger*» i adgangen til å benytte provokasjon i etterforskningen.⁵⁴ Avveiningene i henhold til hensynet for politiets tillit vil derfor ha innvirkning på metodebruken.

4.3 Kriminaliseringshensynet

Ved tiltaleprovokasjon er det fare for at politiet kan komme til å kriminalisere ellers lovlydige borgere. Ved tiltaleprovokasjon iverksetter politiet en innsats før den straffbare handlingen faktisk har skjedd, og utgjør dermed en fare for å fremkalle en straffbar handling som ellers ikke ville bli begått. For å motvirke dette ligger et hensyn om at politiet ikke skal styre borgernes atferd for deretter å gi sanksjoner ved eventuelle lovovertrедelser.⁵⁵ Dersom politiet fremkaller en straffbar handling vil det være i direkte motstrid med deres kjerneoppgave, om at politiet skal forebygge kriminalitet, jf. pl. § 2 nummer 2. Politiets grad av påvirkning til det straffbare forholdet vil være av betydning i avgjørelsen om hvor sterkt kriminaliseringshensynet gjør seg gjeldende.

5.0 Vilkår for bruk av provokasjon

Vilkårene angitt gjennom Høyesterettspraksis og Riksadvokatens rundskriv setter begrensninger i adgangen til å anvende provokasjon i etterforskningen. Begrensningene knytter seg til grunnvilkåret om at politiet ikke må fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville bli begått, med nærmere tilleggs vilkår. Dette er materielle vilkår som skal søke å fremme partenes rettssikkerhet og rettsvern når det gjelder innhold og følger av de

⁵³ Bjercknes, O. T., og Fashing, I. A., *Etterforskning: prinsipper, metoder og praksis*, 2018, s. 66

⁵⁴ Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080)

⁵⁵ Hopsnes (2003) s. 70

beslutningene som treffes.⁵⁶ I tillegg må metoden gjennomføres på en måte som er forenlig med straffeprosessuelle grunnprinsipper.

Provokasjon som etterforskningsmetode må inngå i en pågående forbrytelse eller at politiet i medhold av annet grunnlag etterforsker den personen provokasjonen rettes mot.⁵⁷

Iverksettelse av etterforskning er hjemlet i strpl. § 224, hvor vilkåret er «rimelig grunn» til å undersøke om det foreligger et straffbart forhold. Bruk av provokasjon som etterforskningsmetode forutsetter at vilkåret etter strpl. § 224 er oppfylt.

5.1 Materielt grunnvilkår

I Politiheroin I ble grunnvilkåret første gang angitt av Høyesterett, hvor førstvoterende uttalte at det «ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke vill ha blitt begått».⁵⁸ Førstvoterende støttet seg her på Dorenfeldts formulering om at «...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 den en helt sikker grense...».⁵⁹

Grunnvilkåret opprettholdes også i senere tid, blant annet i Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2018 og HR. 2020 s. 2137.

Grunnvilkåret innebærer et krav om årsakssammenheng mellom provokasjonen og det straffbare forholdet. Er politiets innblanding i hendelsesforløpet en betingelse for at den straffbare handlingen utføres, anses handlingen fremkalt av politiet. Det er avgjørende i vurderingen av årsakssammenhengen om politiets kontakt med objektet var årsak til endring i handlingen, som innbefatter endringer som har gjort handlingen straffbar eller mer straffverdig.⁶⁰ For at grunnvilkåret for bruk av provokasjon skal være oppfylt må altså den straffbare handlingen ha funnet sted uavhengig av politiets innblanding. Det er likevel adgang for politiet å foreta mindre endringer i hendelsesforløp, når det gjelder tid, sted og utførelse, uten at det overskrider grunnvilkåret.

I vurderingen om politiet har fremprovosert en straffbar handling som ellers ikke ville bli begått, vil det vektlegges hvem som tok initiativ til handlingen. Videre vil politiets påvirkning

⁵⁶ Auglend, R. L., og Mæland, H. J., *Politirett*, 2016, s. 154

⁵⁷ NOU 2004: 6 s. 83-84

⁵⁸ Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080)

⁵⁹ 1978, s. 6

⁶⁰ Hopsnes (2003) s. 83 og 97

av hendelsesforløpet vurderes og om det i forkant eksisterte et marked for det lovbruddet gjaldt.

5.1.1 Initiativ

I vurderingen om politiets bruk av provokasjon anses som lovlig, skal det legges «...*betydelig vekt...*» på hvem som tok initiativ til den straffbare handlingen.⁶¹ Med andre ord oppfylles ikke grunnvilkåret for bruk av provokasjon dersom politiet, direkte eller indirekte, tar initiativ til den straffbare handlingen.⁶² I en situasjon hvor politiets innblanding er utslagsgivende og nødvendig for gjennomføringen av den straffbare overtredelsen, vil dette stride imot kriminaliseringshensynet. Et grunnleggende moment i vurderingen av dette vilkåret er derfor om gjerningspersonen ville begått den straffbare handlingen uavhengig av politiets innblanding.

I *Politiheroin I* mente de domfelte at politiet ved å trå inn i mistenktes telegramkontakt gjenopprettet et tidligere bortfalt tilbud om narkotikasalg, og dermed initiert den straffbare handlingen.⁶³ Høyesterett uttalte imidlertid at initiativet hadde blitt tatt av de domfelte, som representerte et «...*etablert distribusjonsapparat...*», og sentrale momenter var at de «...*hadde tatt initiativet til å selge...*» og var innstilt på å gjennomføre salget.⁶⁴ Med dette hadde de domfelte vist vilje til å gjennomføre det straffbare forholdet, og krav til årsakssammenheng var derfor tilstede. Politiets bruk av provokasjon ble dermed ikke ansett i strid med grunnvilkåret.

Uttalelsen til Høyesterett i denne dommen tilsier at spørsmålet om initiativ i alvorlige narkotikaovertridelser stiller seg ulikt. I situasjoner hvor det klart foreligger et etablert distribusjonsapparat og objektet er under sterk mistanke for profesjonell narkotikahandel, vil det aksepteres at politiet retter forespørsel om kjøp. En slik aksept kan mulig utledes av at politiets initiativ i en slik narkotikasak øker sjansen for at narkotikaen ender hos politiet og ikke på avveie.

⁶¹ Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080) og Riksadvokaten (2018) s. 3

⁶² Riksadvokaten (2018) s. 3

⁶³ Rt. 1984 s. 1076 (s. 1082)

⁶⁴ *Ibid.*

Dersom det imidlertid mangler et slikt mistankegrunnlag, vil initiativmomentet stille seg annerledes. En sentral avgjørelse er EMDs dom 9. juni 1998 *Teixeira de Castro v. Portugal*, som tar for seg initiativmomentet og vurdering av EMK art. 6 (1). Det sentrale i dommen var at to sivile politiagenter hadde tatt kontakt med en person de mistenkte for å selge narkotika, med det formål om å finne bakmenn. Politiagentene forsøkte i lengre tid å overtale narkotikaselgeren, som til slutt utpekte de Castro som en mann som mulig kunne skaffe narkotikaen. Politiagentene henvendte seg direkte til de Castro, hvor de etter noe påtrykk fikk kjøpe 20 gram heroin av ham. EMD vektla nødvendigheten av å fastslå «*whether or not the two police officers' activity went beyond that of undercover agents*». ⁶⁵

EMD vurderte her manglende mistankegrunnlag og politiets fremprovosering av den straffbare handlingen han var dømt for, som momenter som talte mot rettferdig rettergang. ⁶⁶ EMD fastslo at politimennene hadde utøvd en slik innflytelse overfor de Castro ved å oppfordre han til å begå lovbruddet. ⁶⁷ Med dette hadde politiets provokasjonshandling brutt med EMK art. 6 (1) og provokasjonen ble ansett som ulovlig og dommen ble opphevet.

Et slikt syn på initiativmomentet ble også lagt til grunn i Rt. 2006 s. 120, som omhandlet forbund om å ta menneskeliv. I denne saken benyttet politiet seg av en informant som var innsatt i samme fengsel som domfelte. Politiet instruerte informanten om å aktivt få frem opplysninger fra domfelte. Høyesterett fastslo at gjennom aktiviteten til politiets informant ble det laget et «*...opplegg som det ikke kan leggjast til grunn at A [domfelte] ellers ville ha forsøkt å kome inn i*». ⁶⁸ Politiets bruk av provokasjon ble derfor ansett som ulovlig fordi det var informanten som hadde tatt initiativ til at A ble med i forbundet om å ta menneskelivet.

I Rt. 1993 s. 473 (Piratdrosjedommen I) og Rt. 1994 s. 319 (Piratdrosjedommen II) blir initiativ tatt opp som det sentrale momentet i vurderingen om politiets provokasjon var lovlig eller ulovlig. Ved Piratdrosjedommen I brukte politiet fordekte medhjelpere i et område der de antok at Piratdrosjevirkosomhet fant sted. Medhjelperne stanset en bil og ba om å få sitte på. Da medhjelperne fikk ja på spørsmålet om skyss, spurte de deretter hva betalingen for tjenesten ville være. Høyesterett mente at det ikke var holdepunkter for at den domfelte ville

⁶⁵ *Teixeira de Castro v. Portugal* (avsnitt 38)

⁶⁶ *Ibid.* (avsnitt 39)

⁶⁷ *Ibid.* (avsnitt 38)

⁶⁸ *Ibid.* (avsnitt 37)

stanset for medhjelperne på eget initiativ, eller at andre ville stanse den domfelte og bedt om skyss mot betaling. Høyesterett uttalte at piratdrosjevirkksomheten var «...klart initiert av politiets medhjelpere»⁶⁹ og dermed hadde politiet direkte tatt initiativ til den straffbare handlingen og den fellende dommen ble opphevet.

Piratdrosjedommen II skiller seg vesentlig fra Piratdrosjedommen I når det gjelder synet på initiativmomentet. Drosjenæringen satte selv i gang kontroll for å avdekke piratdrosjevirkksomhet. Kontrollen var planlagt og to vitner var engasjert for å gjennomføre den, politiet var varslet og hadde godtatt kontrollen. Da vitnene for tredje gang registrerte samme bil i drosjekøen i løpet av en natt tok de kontakt med fører og spurte om skyss. Da kontakten ble opprettet sa føreren at de måtte betale 50 kr for kjøreturen. Med bakgrunn i dette spørsmålet skiller de to dommene seg fra hverandre fordi det i denne saken var føreren som tok initiativet til den delen av handlingen som var straffbar, nemlig kravet om vederlag. Videre la Høyesterett til grunn byrettens uttalelse om at det ville være «...åpenbart...»⁷⁰ at føreren ville foretatt persontransport mot betaling overfor andre passasjerer, dersom han ikke hadde tatt turen med vitnene. Politiets bruk av provokasjon ved Piratdrosjedommen II ble derfor ansett som lovlig.

5.1.2 Hendelsesforløp

Et videre moment som vil være viktig i vurderingen om politiet har fremprovosert en straffbar handling eller ikke, er politiets påvirkning av hendelsesforløpet. Politiet har adgang til å påvirke hendelsesforløpet til en viss grad uten at det bryter med grunnvilkåret av den grunn. En slik formulering kom frem i Politiheroindommen I, ved at Høyesterett uttalte at det må godtas at politiet kan gjøre «...visse endringer i tid, sted og utførelse».⁷¹

Ved flere anledninger har Høyesterett behandlet spørsmålet om politiets endring i hendelsesforløpet. I Politiheroin I utga politiet seg for å være person D, som var i politiets varetekt, og avtalte overlevering av et parti narkotika fra en leverandør. Leverandøren ønsket at overleveringen skulle finne sted i København. Politiet fikk imidlertid endret overleveringen til Oslo. Høyesterett uttalte at leverandøren og hans distribusjonsapparat hadde mer enn en løs

⁶⁹ Rt. 1993 s. 473 (s. 475)

⁷⁰ Rt. 1994 s. 319 (s. 322)

⁷¹ Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080)

plan ved at «...*det aktuelle partiet var bestemt for Norge*». ⁷² Det at leveringsstedet ble flyttet over landegrensene, ble i så måte ikke tillagt betydning og politiets endring av leveringssted ble ikke ansett som verken motiverende eller avgjørende for det straffbare forholdet. Høyesterett anså dermed provokasjonen som lovlig selv om provokasjonshandlingen førte til at leveringsstedet av narkotikapartiet ble endret.

Tilsvarende problemstilling ble vurdert i Rt. 2000 s. 1482. Saken omhandlet import av et narkotikaparti som skulle leveres til en mottaker i Norge. Politiet pågrep kureren på grensen, og fikk han til å samarbeide om å oppgi mottakeren av partiet. Dette gjorde at overleveringen ble forsinket, og den opprinnelige mottakeren trakk seg fra avtalen. Politiet lot kureren kontakte sin leverandør i Nederland for å fortelle at mottakeren hadde trukket seg. Leverandøren i Nederland var uviten om politiets pågrep av kureren og organiserte en ny overlevering med en annen mottaker (E). Dette medførte at overleveringen skjedde to dager senere enn det som opprinnelig var tenkt. Ved overleveringen ble E pågrepet, og det kom frem at E hadde en forestående avtale med domfelte (A) som den endelige mottakeren av stoffet. E sa seg villig til å samarbeide med politiet, som pågrep A etter han hadde fått overlevert narkotikapartiet.

A anførte at politiet ved bruk av provokasjon trakk han inn i saken som førte til at han ble den endelige mottakeren av narkotikaen. Høyesterett konkluderte imidlertid med at politiets innblanding var for «...*fjern og indirekte*...» ⁷³ og at hendelsesforløpet som utviklet seg ikke var påvirket av politiet. Dette kan mulig begrunnes i at det var den nederlandske leverandøren som anskaffet en ny mottaker av stoffet, og ikke at politiet ba kureren om å skaffe en ny mottaker. Dersom det hadde vært tilfellet, ville det kunne stride imot kriminaliseringshensynet, da kureren kunne valgt ut bestemte personer i miljøet som han av personlige grunner ville sette i politiets søkelys.

Hensynet bak å godta visse endringer i tid, sted og utførelse kan mulig begrunnes i at små endringer i et pågående hendelsesforløp, ikke fører til at handlingen blir mindre straffverdig. Dersom mistenkte har tatt initiativ til den straffbare handlingen og utvist fullbyrdesforsett, vil eksempelvis politiets endring av leveringssted fra Oslo til Kristiansand, eller endring av leveringstidspunkt fra kl. 10 til kl. 22, ikke ta fra handlingen dens rettsstridige karakter.

⁷² Rt. 1984 s. 1076 (s. 1083)

⁷³ Rt. 2000 s. 1482 (s. 1486)

Imidlertid vil det kunne stille seg annerledes dersom politiet griper inn før mistenkte har overskredet nedre grense for forsøk eller utvist fullbyrdsforsett, slik at mistenkte ikke vil ha mulighet til å forstå den straffbare handlingen. Det viktigste i vurderingen om påvirkning av hendelsesforløp er at det kan bevises ut over enhver rimelig tvil at handlingen ikke var fremprovosert av politiet.

5.1.3 Marked

Et sentralt moment i vurderingen om grunnvilkåret er oppfylt, er om det forelå et eksisterende marked for det lovbruddet gjaldt. I saker som gjelder narkotika vil kriteriet om et eksisterende marked ofte anses som oppfylt. Et slikt syn trekkes frem i Lokkedømmen, hvor politiet fremprovoserte en salgssituasjon med et halvt kilo heroin. Høyesterett viser i dette tilfellet til rettsbelæringen om at det «*Avgjørende er at tiltalen gjelder ulovlig befatning med et stort kvantum heroin, som det eksisterer et marked for*». ⁷⁴ Kravet til marked var derfor ikke et problem i denne saken med bakgrunn i at provokasjonen foregikk i et narkotikamiljø og det ikke stilles tvil om at det er et marked for narkotika i Norge.

Det overnevnte kan tyde på at kriteriet som stilles til et eksisterende marked gjerne vil ha betydning i mer spesielle saksområder sammenlignet med narkotikasaker. Et eksempel er Rt. 1998 s. 407 (Skrikdommen) som gjaldt forsøk på heleri av maleriet «Skrik». Politiet laget en plan for heleriet og fremprovoserte handlingen ved hjelp av britiske agenter og en mellommann, som aksepterte et tilbud om tilbakelevering av maleriet mot en løsesum.

Høyesterett uttalte at det var domfelte som tok initiativet til heleriet, men at politiet i forkant hadde lagt til rette for omstendighetene omkring utførelsen, altså skape et marked for salg. Dersom politiets aksjon tenkes borte synes det «*...helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført*». ⁷⁵ Videre presiserer Høyesterett at det ikke synes å «*...ha vært andre aktuelle kjøpere som var villige til å betale det angitte beløpet så noenlunde der og da*». ⁷⁶ Momentet som ble vektlagt av Høyesterett var at det ikke fantes et «marked» for omsetningen av maleriet utenom den kjøper som var knyttet til politiet.

⁷⁴ Rt. 2000 s. 1223 (s. 1227)

⁷⁵ Rt. 1998 s. 407 (s. 410)

⁷⁶ Ibid.

5.2 Materielle tilleggsvilkår

5.2.1 Forholdsmessighetskravet

Det oppstilles et tilleggsvilkår om at provokasjonsmetoden må være forholdsmessig. Provokasjon kan føles betydelig inngripende for den som utsettes for det, og faren for å lede personer ut i kriminalitet tilsier at forholdsmessighetsprinsippet veier tungt i vurderingen om provokasjonen kan aksepteres. Forholdsmessighetskravet forutsetter at det må være proporsjonalitet mellom selve anvendelsen av provokasjonen og den straffbare handlingen hvor provokasjonen blir benyttet.

Vilkåret springer ut av det alminnelige forholdsmessighetskravet som blant annet følger av strpl. § 170 a og pl. § 6 annet ledd. På straffeprosessens område stiller forholdsmessighetsvilkåret seg til et mistankekrav,⁷⁷ men det følger av Riksadvokatens rundskriv at forholdsmessighetskravet favner bredere ved anvendelse av provokasjon og krever en videre vurdering.⁷⁸ Dette gjør seg spesielt gjeldende når provokasjonen er langvarig, og når objektet utsettes for andre inngripende etterforskningsmetoder i tillegg. Hensynet må også vurderes overfor eventuelle uskyldige tredjepersoner som kan bli trukket inn i saken. Hensynet til en eventuell tredjepart vil ha størst vekt i vurderingen, mens den som er involvert i alvorlig kriminalitet ikke har krav på samme sterke personvern.⁷⁹

I Piratdrosjedommen I ble forholdsmessigheten vurdert i henhold til politiets bruk av provokasjon for å avdekke piratdrosjevirkosomhet. Sentrale momenter i vurderingen var at man skal se til strafferammen for lovbruddet, men også den samfunnsmessige betydningen av å bekjempe denne type kriminalitet. Her la førstvoterende til grunn et vesentlig strengere forholdsmessighetskrav og uttalte «*Jeg finner det imidlertid klart at slike forhold som de den foreliggende sak gjelder, ikke kan begrunne etterforskningsmetoder med provokasjonspreg*».⁸⁰ Her ble provokasjonen dermed ansett som uproporsjonal i forhold til lovbruddets art og den samfunnsmessige betydningen av å oppklare denne type kriminalitet.

I Piratdrosjedommen II, som hadde klare likhetstrekk med Piratdrosjedommen I, ble provokasjonen ansett som lovlig av Høyesterett. Til forskjell fra Piratdrosjedommen I ble ikke

⁷⁷ Det er et nærmere mistankekrav om skjellig grunn til mistanke om en straffbar handling, ofte med en minste strafferamme, f.eks. pågrepelse, jf. Strpl. § 171

⁷⁸ 2018, s. 4

⁷⁹ NOU 2004: 6 s. 52

⁸⁰ Rt. 1993 s. 473 (s. 475)

forholdsmessighetskravet tatt stilling til i Piratdrosjedommen II. Det stilles spørsmål om Høyesterett i denne dommen overså vilkåret om forholdsmessighet. Dette med bakgrunn i at det i Piratdrosjedommen I ble angitt at det ikke var forholdsmessig å anvende provokasjon for å avdekke en slik virksomhet.⁸¹

I HR. 2020 s. 2137 gjaldt saken alvorlig kriminalitet med en samlet strafferamme på 21 år. Politiet hadde her benyttet seg av tiltaltes alias på hans Skype-bruker for å innhente chat-logger som bevis for at han hadde bestilt seksuelle overgrep av barn. Høyesterett fastslo at bruken av hans alias ikke var uproporsjonal i henhold til de kriminelle handlingene som var etterforsket. Om forholdsmessighetsvurderingen uttalte førstvoterende:

«A [domfelte] har ingen verneverdig interesse i bruken av slike alias til medverknad til overgrep. Metoden var lite inngripande overfor A - og må etter mitt syn vera klart proporsjonal i lys av dei moglege lovbrota som vart etterforsa.»⁸²

Den samfunnsmessige interessen av oppklaring av slike saker vil veie tyngre enn hensynet for individets personvern. Chat-loggene som ble innhentet av politiet i saken, ble dermed akseptert ført som bevis i retten, og bevisprovokasjonen ble ansett som lovlig.

Det overnevnte tyder på at forholdsmessighetsvurderingen er en interesseavveining som knytter seg til objektet for provokasjonen, hvor belastningen for objektet veies opp mot hvilken nytte politiet får av å anvende provokasjonen.⁸³ Nyttens, eller det politiet får ut av å anvende provokasjon, må altså være større enn den belastningen objektet utsettes for.

5.2.2 Krav om alvorlig kriminalitet

Høyesterett har uttalt at adgangen til å benytte provokasjon bare kan aksepteres ved «...alvorlige lovovertrædelser...».⁸⁴ Det foreligger dermed et krav om at provokasjon kun kan benyttes ved alvorlig kriminalitet.⁸⁵ Mistankekravet om alvorlig kriminalitet er skjellig grunn til mistanke, som innebærer at det må være sannsynlighetsovervekt for at objektet for provokasjonen, er involvert i alvorlig kriminalitet. Kravet om alvorlig kriminalitet knytter seg til forholdsmessighetsprinsippet. I forholdsmessighetsvurderingen ses det til strafferammen på

⁸¹ Hopsnes (2003) s. 108

⁸² HR. 2020 s. 2137 (avsnitt 45)

⁸³ NOU 2004: 6 s. 52

⁸⁴ Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080)

⁸⁵ Kravet er videreført i Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2018 s. 4

lovbruddet, men andre lovovertrædelser som ikke har høy strafferamme kan anses som alvorlige på grunn av omfang og karakter.⁸⁶

Et saksfelt som ofte innfrir dette kravet er alvorlige narkotikaovertrædelser. Det er likevel ikke slik at politiets adgang til å bruke provokasjon begrenses til narkotikakriminalitet.

Det er ikke en klar regulert oppstilling i rettspraksis eller rundskriv utgitt av Riksadvokaten hvilke lovovertrædelser som anses alvorlig nok til å gjennomføre etterforskning med provokasjon. Riksadvokaten har uttalt at det ikke vil være hensiktsmessig å instruksfeste i detalj hvilke type straffbare handlinger hvor provokasjon kan anvendes. Likevel uttaler han at provokasjon kan gjøre seg aktuelt ved ulovlig handel med våpen, grove voldslovbrudd, seksuelle overgrep av barn og alvorlig- datakriminalitet og vinningskriminalitet.⁸⁷ Det er også forenlig med Høyesterettspraksis at provokasjon kan benyttes ved seksuelle overgrep av barn over internett og alvorlig vinningskriminalitet.⁸⁸

Alvorlig vinningskriminalitet ble behandlet i Skrikdommen. Momentet om maleriets «...*særdeles høye...*»⁸⁹ økonomiske og ideelle verdi, samt strafferammen for grovt tyveri ble fremhevet som momenter av betydning i vurderingen av om politiet kunne benytte provokasjon. Høyesterett anså med bakgrunn i alvoret og situasjonen som forelå, at ekstraordinære etterforskningsmetoder ville være tillatt. Det var imidlertid brudd med grunnvilkåret som førte til at provokasjonen likevel ble ansett som ulovlig og den domfelte ble frifunnet.

Bruken av provokasjon har vist en utvikling siden Politiheroin I til HR 2020 s. 2137. Dette kan sees i lys av kriminalitetsutviklingen. Kravet til alvorlig kriminalitet må derfor anses dynamisk i takt med denne utviklingen. En slik oppfatning vil være i tråd med Høyesterettspraksis og Riksadvokatens rundskriv. Vurderingsmomentet vil være en konkret helhetsvurdering og bedømmelse i den enkelte sak om den utgjør et «...*alvorlig samfunnsonde...*».⁹⁰

⁸⁶ Riksadvokaten (2018) s. 4

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ HR. 2020 s. 2137 og Rt. 1998 s. 407

⁸⁹ Rt. 1998 s. 407 (s. 409)

⁹⁰ Riksadvokaten (2018) s. 4

Dette tilsier at det ikke vil være tilstrekkelig å bare se til strafferammen for lovbruddet, men om helhetsvurderingen av lovbruddet og dets omfang anses alvorlig nok til å begrunne bruk av provokasjon i etterforskningen. Dette taler også mot en detaljert regulering for hvilke type straffbare handlinger provokasjon kan benyttes. Om man eksempelvis bare skulle se til strafferammen for lovbruddet, ville flere alvorlige lovbrudd kunne falle utenfor. Det kunne blant annet gjort seg gjeldende ved straffeloven § 306⁹¹ som omhandler «grooming», med en strafferamme på ett år, og ved strl. § 311 som gjelder fremstilling av seksuelle overgrep av barn, med en strafferamme på inntil tre år. Internettrelaterte overgrep av barn er et stort samfunnsproblem, og er et prioritert saksfelt i henhold til etterforskning.⁹² Denne type saksfelt vil i så måte ha høy samfunnsmessig betydning å oppklare, og ettersom tradisjonelle etterforskningsskritt ofte vil komme til kort, vil det være nødvendig å ha mulighet til å benytte provokasjon også i denne type saker.

5.2.3 Subsidiaritetsskravet

I Politiheroin I uttalte førstvoterende at provokasjon kun kan brukes når «...vanlige etterforskningsmetoder må anses utilstrekkelig».⁹³ Med dette angis det et subsidiaritetsskrav som er fulgt i senere Høyesterettspraksis⁹⁴ og formulert i gjeldende rundskriv fra Riksadvokaten.⁹⁵ Kravet til subsidiaritet innebærer at provokasjon kun aksepteres dersom andre tradisjonelle etterforskningsmetoder anses utilstrekkelig for en vellykket etterforskning av saken. I kravet ligger det at provokasjonen ikke skal aksepteres dersom man kan anta å oppnå samme resultat ved bruk av mindre inngripende etterforskningsskritt.

Ved en direkte tolkning av kravet kan det fremstå som at mindre inngripende etterforskningsmetoder må være forsøkt før man kan benytte provokasjon. Dette er derimot ikke tilfelle, og en konkret vurdering som konstaterer at andre tradisjonelle etterforskningsskritt ikke vil nå frem, er tilstrekkelig.⁹⁶ En slik vurdering vil ofte bygge på erfaringsmessig kunnskap om at mindre inngripende etterforskningsskritt ikke vil være tilstrekkelig.⁹⁷

⁹¹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.)

⁹² Riksadvokaten nr. 1/2022 *Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2022*, s. 5 og 7

⁹³ Rt. 1984 s. 1076 (s. 1080)

⁹⁴ Se bl.a. Rt. 1993 s. 473 og HR. 2020 s. 2137

⁹⁵ 2018, s. 4

⁹⁶ Hopsnes (2003) s. 109

⁹⁷ Riksadvokaten (2018) s. 4

Høyesterett aksepterte i Politiheroin I at påtalemyndighetene med bakgrunn i saksfeltet narkotikakriminalitet, hadde vurdert at tradisjonelle etterforskningskritt ikke ville føre frem. Førstvoterende uttalte at påtalemyndigheten hadde «...forsvarlig grunnlag for å anta at andre etterforskningskritt ikke ville lede til tilfredsstillende resultat». ⁹⁸ Høyesterett har også uttalt at tradisjonelle etterforskningsmetoder «...ville gje store utfordringar...» i etterforskning av overgrep av barn over internett. ⁹⁹

Provokasjon utfordrer viktige hensyn og rettssikkerhetsprinsipper. Dersom det knytter seg usikkerhet rundt vurderingen om tradisjonelle etterforskningskritt vil føre frem, kan ikke politiet benytte seg av provokasjon, selv om det skulle føre til mer arbeid for politiet i etterforskningen. ¹⁰⁰ På den andre siden vil for streng eller langvarig vurdering av subsidiaritetskravet, ved eksempelvis at politiet forsøker mindre inngripende etterforskningskritt først, kunne lede til at de «mister» muligheten til å anvende provokasjon og dermed vanskeliggjør etterforskning av alvorlige lovovertrедelser.

Rettspraksis viser at provokasjon ofte benyttes i alvorlige straffesaker hvor det allerede fra start er klart at tradisjonelle etterforskningsmetoder ikke vil føre til tilfredsstillende resultat. Således vil dette oppfylle kravet om subsidiaritet.

5.3 Prosessuelle vilkår

Prosessuelle vilkår skal sikre partenes formelle rettssikkerhet i en straffesak, når det behandles saker som har inngripende betydning for vedkommende. ¹⁰¹ Dersom politiet i sin anvendelse av provokasjon under etterforskningen anses i strid med grunnvilkåret, er det begått «...feil ved rettergangen...». ¹⁰² Med andre ord vil ulovlig provokasjon behandles som en feil ved saksbehandlingen.

De generelle saksbehandlingskravene gjelder når politiet skal benytte provokasjon under etterforskning, men noen krav stiller seg særskilt ved anvendelsen av metoden. De prosessuelle vilkårene knytter seg til at provokasjon ikke må stride mot alminnelige

⁹⁸ Rt. 1984 s. 1076 (s. 1082)

⁹⁹ HR. 2020 s. 2137 (avsnitt 44)

¹⁰⁰ NOU 2004: 6 s. 87

¹⁰¹ Auglend og Mæland (2016) s. 154

¹⁰² Rt. 2011 s. 1455 (avsnitt 37)

prosessuelle grunnprinsipper, hvem som har beslutningskompetanse, og kontroll og notoritet ved metodebruken.

5.3.1 Alminnelige prosessuelle grunnprinsipp

Selv om provokasjon hjemles i den alminnelige handlefrihet, må alminnelige prosessuelle grunnprinsipper for norsk strafferettspleie ligge til grunn. Dette ble angitt av Høyesterett i Politiheroin I, hvor førstvoterende presiserte at lovgiver har avstått fra å gi regler om bruk av provokasjon og uttalte:

*«...I mangel på lovregulering må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie. Disse rettsprinsipper må påtalemyndigheten legge til grunn for i sin etterforskningsvirksomhet...».*¹⁰³

Kravet er videre fulgt i Skrikdommen, hvor førstvoterende uttaler at «...etterforskningen i et gitt tilfelle i alle fall må prøves ut fra alminnelige prosessuelle prinsipper».¹⁰⁴ Begge avgjørelsene nevner at alminnelige prosessuelle prinsipper må ligge til grunn ved anvendelsen av provokasjon. Imidlertid nevner de ikke hvilke prinsipper det er tale om. Heller ikke Riksadvokatens rundskriv nr.2/2018 tar for seg hvilke prinsipper som må ligge til grunn.

Første gang Høyesterett tok stilling til vilkåret var i Rt. 1999 s. 1269 (Verksbetjentdommen). Et sentralt moment i lovlighetsvurderingen var om politiets bruk av bevisprovokasjon var i strid med vernet mot selvinkriminering. Dommen omhandlet en verksbetjent i et fengsel, som angivelig skulle ha hjulpet en fange med å rømme. Bevisprovokasjonen bestod i at politiet ved skjult mikrofon og båndopptaker innhentet en «forklaring» fra tiltalte. Førstvoterende uttalte til dette at fremgangsmåten benyttet av politiet «...ikke i tilstrekkelig grad respekterte mistenktes rett til å forholde seg taus».¹⁰⁵ I praksis utførte politiet da et «skjult» avhør av mistenkte, som ikke var forenelig med strpl. § 232 og påtaleinstruksen § 8-1.¹⁰⁶ Etterforskningsmetoden ble som følgende ansett ulovlig og den fellende dommen ble opphevet.

¹⁰³ Rt. 1984 s. 1076 (s. 1079)

¹⁰⁴ Rt. 1998 s. 407 (s. 411)

¹⁰⁵ Rt. 1999 s. 1269 (s. 1272)

¹⁰⁶ Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordning av påtalemyndigheten

HR. 2020 s. 2137 omhandlet medvirkning til grove seksuelle overgrep av barn over internett. Den domfelte (A) hadde flere kontakter i utlandet, som blant annet bestod av barnas omsorgspersoner. Politiets bevisprovokasjon innebar at de tok kontakt med A sine kontakter i utlandet ved å utgi seg for å være A. Korrespondansen mellom politiet og A sine kontakter førte til at politiet fikk tilsendt bevismateriale i form av en chat-logg. Beviset indikerte at A hadde bestilt overgrepsmateriale fra omsorgspersonene og gitt dem instruksjoner for hvordan overgrepene skulle gjennomføres. I dommen ble det anført fra forsvareren at politiet ved anvendelsen av bevisprovokasjon overtrådte A sitt vern mot selvinkriminering. Høyesterett uttalte *«Det er tvillaust at A ikke skal lurast til å vitne mot seg sjølv, ... Men det er uansett ikke tilfellet her, sidan det er kontakten, og ikkje A, som uttalte seg i korrespondansen med politiet.»*¹⁰⁷ Høyesterett avviste dermed anførselen og bevisprovokasjonen ble ansett som lovlig.

5.3.2 Beslutningsnivå, kontroll og notoritet i saksbehandling

Ettersom objektet som utsettes for provokasjonen er i villfarelse om politiets innblanding, vil vedkommende ikke kunne kontrollere underveis om metoden brukes i tråd med reglene. Det vil derfor være helt essensielt at det sikres etterprøvbarehet ved fremgangsmåten for å ivareta rettssikkerhet og tillit. Høyesterett har angitt et krav om at *«...etterforskningskrittene blir besluttet og gjennomført på en forsvarlig og dokumenterbar måte»*.¹⁰⁸

Høyesterett tok for første gang stilling til formelle feil i Skrikdommen. Førstvoterende uttalte:

*«Jeg finner at den delen av etterforskningen i "Skrik"-saken som politiets aksjon representerer [det å få maleriet tilbake mot løsesum], er beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for en domfellelse.»*¹⁰⁹

Noen av momentene Høyesterett vurdere som så alvorlige mangler og betenkeligheter var manglende plan for gjennomføringen av provokasjonen, store mangler ved notoriteten og svikt ved kompetansen til personellet. Høyesterett anså dermed provokasjonen som ulovlig og den domfelte ble frifunnet.

¹⁰⁷ HR. 2020 s. 2137 (avsnitt 48)

¹⁰⁸ Rt. 2011 s. 1455 (avsnitt 35)

¹⁰⁹ Rt. 1998 s. 407 (s. 412)

Beslutningskompetansen ved anvendelse av provokasjon tilligger statsadvokaten etter anmodning fra politimesteren eller visepolitimesteren. For å danne et grunnlag for statsadvokaten om hvorvidt vilkårene for provokasjon er oppfylt, skal anmodningen inneholde en plan for gjennomføringen av tiltaket.¹¹⁰

Høyesterett har tatt stilling til betydningen av manglende beslutning fra kompetent påtalemyndighet. I Rt. 2000 s. 1482 hadde ikke politiet innhentet samtykke fra statsadvokaten før de anvendte provokasjon i etterforskningen av en narkotikaovertrødelse. Forsvareren anførte at dette var brudd på prosessuelle regler. Til dette uttalte førstvoterende at «*Jeg kan ikke se at det forhold at det ikke ble innhentet samtykke fra kompetent påtalemyndighet, gjør politiets handlemåte i denne saken ... ulovlig*»¹¹¹ og anførselen fra forsvareren førte dermed ikke frem. Kravet om at beslutningen må treffes av kompetent personell er dermed ikke absolutt og har i så måte liten tyngde overfor om grensene er overskredet.

Kravet beror også på at det må være tid og mulighet til å innhente et slikt samtykke. Det ble angitt i Rt. 2007 s. 268 hvor førstvoterende uttalte:

*«Det er da formentlig rimelig å lese riksadvokatens rundskriv med den reservasjon at kravet om statsadvokatens samtykke forutsetter at dette praktisk sett kan innhentes innenfor den tidsramme som er til rådighet.»*¹¹²

Denne rettsoppfatningen er videreført i Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2018 som uttrykker at dersom innhenting av samtykke innebærer fare for opphold i etterforskningen, kan hastekompetanse innhentes fra politimesteren.¹¹³ Tid og mulighet til å innhente samtykke fra kompetent påtalemyndighet er dermed en avveining mellom effektivitetshensynet i etterforskningen og rettssikkerheten.

6.0 Rettsvirkninger ved ulovlig provokasjon

Hvis den øvre grensen for provokasjon er overskredet vil vurderingen av konsekvensene baseres på en interesseavveining mellom behovet for effektiv kriminalitetsbekjempelse mot de betenkeligheter som metoden har. Dersom det synliggjøres før eller under etterforskningen

¹¹⁰ Riksadvokaten (2018) s. 5

¹¹¹ S. 1486

¹¹² Avsnitt 20

¹¹³ S. 5

at grunnvilkåret ikke oppfylles, skal det ikke reises tiltale.¹¹⁴ Derimot vil politiet i en etterforskning bevisst eller ubevisst kunne overskride gitte vilkår for metodebruken. Det er utvilsomt at offentlige interesser krenkes dersom politiet anvender ulovlige etterforskningsmetoder. Spørsmålet blir derfor hvilke konsekvenser det skal få hvis provokasjonen anses ulovlig. I Politiheroin I skisserte Høyesterett tre ulike rettsvirkninger ved ulovlig provokasjon. En mulighet er at bevisene som er ervervet ved den ulovlige provokasjonen avskjæres. En annen mulighet er at tiltalte blir frifunnet, mens det siste alternativer er at saken avvises.¹¹⁵

6.1 Brudd på grunnvilkåret

Om det anføres brudd på grunnvilkåret, er det det alminnelige strafferettslige beviskrav som gjør seg gjeldende.¹¹⁶ At politiet ikke har fremprovosert en straffbar handling som ellers ikke ville bli begått, må altså bevises utover enhver rimelig tvil. Dersom det anses brudd med grunnvilkåret utgjør det et ulovfestet frifinnelsesgrunnlag¹¹⁷ og er en feil som griper inn i skyldspørsmålet.¹¹⁸

Ved brudd på grunnvilkåret har Høyesterett presentert avvisning av saken som en mulig rettsvirkning. Avvisning innebærer at domstolen ikke tar saken til realitetsbehandling.¹¹⁹ Høyesterett synes foreløpig ikke å ha tatt stilling til avvisning. Andorsen mener at det ville krevd en lovendring dersom avvisning skulle kunne gjøre seg gjeldende.¹²⁰ Det rettslige grunnlaget for en slik avvisning synes dermed meget uklar og således er en slik rettsvirkning foreløpig mer av teoretisk interesse. Brudd med grunnvilkåret har dermed gjennom rettspraksis utledet seg til et ulovfestet frifinnelsesgrunnlag

I Rt. 1992 s. 1088 uttalte førstvoterende at det var vanskelig å vurdere i hvilke tilfeller de fremprovoserte handlingene ved provokasjon skulle lede til frifinnelse. Han trakk frem det å motvirke uakseptable etterforskningsmetoder som et viktig hensyn i vurderingen. Videre uttalte han at «...*kryssende hensyn vil gjøre seg gjeldende med ulik tyngde*» i hvert enkelt tilfelle.¹²¹ Uttalelsen åpner for en skjønnsmessig vurdering i de ulike tilfellene om den

¹¹⁴ Riksadvokaten (2018) s. 3

¹¹⁵ Rt. 1984 s. 1076 (s. 1079)

¹¹⁶ Rt. 2008 s. 1659 (avsnitt 18)

¹¹⁷ Rt. 1992 s. 1088 (s. 109)

¹¹⁸ Riksadvokaten (2018) s. 3 og Rt. 2008 s. 1659 (avsnitt 15)

¹¹⁹ Andorsen, K., «Provokativ politietterforskning», *Tidsskrift for Jussens venner 2001/1* s. 1-27 (s. 21)

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ S. 1091

fremprovoserte handlingen skal føre til frifinnelse eller ikke. Det kan i så måte oppfattes som en indikasjon på at grunnvilkåret ikke nødvendigvis alltid trenger å være oppfylt. Om dette skulle vært tilfellet, ville det kunne føre til at grunnvilkåret ville blitt vurdert med ulik tyngde i den enkelte sak. Dette ville vært en uheldig vurderingsterskel da grunnvilkåret er utarbeidet for å ivareta viktige rettslige hensyn.

I Skrikdommen henviser førstvoterende til overnevnte avgjørelse og uttaler «*Hvis det foreligger forledning utover en slik ramme [brudd på grunnvilkåret], må domfelte etter rettspraksis frifinnes*». ¹²² Førstvoterende benytter seg her av «må», som tilsier at det ikke skal foretas en skjønsmessig vurdering, men at brudd ved grunnvilkåret skal lede til frifinnelse. En slik rettsoppfatning er lagt til grunn i Riksadvokatens rundskriv ¹²³ og i senere Høyesterettspraksis. ¹²⁴

I henhold til å anvende straff i tilfeller hvor politiet har fremprovosert den straffbare handlingen tiltalen gjelder, har høyesterett uttalt at det klart vil «...*finnes støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet*». ¹²⁵ Med dette forstås at brudd på grunnvilkåret utgjør brudd på grunnleggende rettsprinsipper i strafferettspleien. Eksempelvis vil tilliten til politiet svekkes dersom det tillates å ilegge straff for handlinger som politiet har fremprovosert, og at det derfor under slike omstendigheter må kunne føre til frifinnelse.

Et hensyn som taler for frifinnelse ved brudd på grunnvilkåret er at provokasjon ikke skal kunne misbrukes. Metoden skal ikke kunne benyttes for å kriminalisere bestemte personer. Dersom fremprovoserte handlinger ikke alltid skulle lede til frifinnelse, vil det åpne for muligheten at politiet kan misbruke metoden for å kriminalisere bestemte personer i sitt søkelys. Avvisning av saken eller frifinnelse vil da være de eneste rettsvirkningene med preventiv effekt mot misbruk av metoden. ¹²⁶ Kriminaliseringshensynet taler også for at brudd på grunnvilkåret skal lede til frifinnelse. Dersom straff ilegges for en straffbar handling politiet har fremprovosert, vil det føre til at politiet skaper kriminalitet. Bevisavskjæring eller straffereduksjon vil således ikke utgjøre tilstrekkelig preventiv effekt.

¹²² Rt. 1998 s. 407 (s. 410)

¹²³ 2018, s. 3

¹²⁴ Rt. 2000 s. 1223 (s. 1227) og Rt. 2000 s. 1482 (s. 1483)

¹²⁵ Rt. 1992 s. 1088 (s. 1091)

¹²⁶ Hopsnes (2003) s. 117

6.2 Brudd på prosessuelle- og tilleggsvilkår

I motsetning til grunnvilkåret, vil brudd på øvrige vilkår ikke utgjøre en ulovfestet frifinnelsesgrunn. Formelle feil vil i seg selv ikke utgjøre en fare for kriminaliseringshensynet eller at metoden misbrukes. Disse hensynene vil normalt være ivaretatt dersom grunnvilkåret anses oppfylt. I den grad formelle feil tillegges vekt beror på hvor grove feilene er og om de utgjør bevismessige vanskeligheter i vurderingen om politiet har fremprovosert den straffbare handlingen eller ikke. Vurderingen knytter seg derfor til grunnvilkåret for anvendelse av provokasjon og enhver feil får i så måte ikke virkning for straffeansvaret.¹²⁷ Om de formelle feilene vanskeliggjør bevisvurderingen på det helt avgjørende punktet om grensen mellom lovlig og ulovlig provokasjon, vil det etter Høyesterettspraksis tillegges vekt.

Manglende beslutning fra kompetent påtalemyndighet vises å ha liten tyngde overfor om grensene er overskredet. Rettspraksis viser at brudd på retningslinjer utgitt av Riksadvokaten er av mindre betydning i vurderingen om grensen for den lovlige provokasjonen er overskredet. Høyesterett har uttalt at brudd på Riksadvokatens rundskriv «...ikke i seg selv innebærer at de tiltalte skal frifinnes».¹²⁸

I rettspraksis er det lagt til grunn at frifinnelse blir resultatet der etterforskningen er beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke kan godtas som grunnlag for domfellelse.¹²⁹ At rettsvirkningen blir frifinnelse på bakgrunn av alvorlige mangler og betenkeligheter i etterforskning ser ut til å knytte seg til manglende notoritet fra politiet ved gjennomføringen av provokasjonen. Dette ved at slike feil kan skape alvorlige bevisproblemer, som kan gjøre det vanskelig for retten å avgjøre om politiet har fremprovosert den straffbare handlingen eller ikke.¹³⁰

Bevisavskjæring vil trolig gjøre seg mest gjeldende ved bevisprovokasjon. Dersom politiet ved ulovlig bevisprovokasjon har ervervet bevis som er sentrale i avgjørelsen kan det utgjøre en indirekte frifinnelsesgrunn, ved at bevisene kan nektes ført. Det er ikke lovregulert i hvilken utstrekning ulovlig ervervede bevis skal tillates ført for retten, og det er opp til domstolen å avgjøre spørsmålet.¹³¹ Om rettsvirkningen blir frifinnelse, vil bero på en

¹²⁷ Hopsnes (2003) s. 118-119

¹²⁸ Rt. 1992 s. 1088 (s. 1092)

¹²⁹ Rt. 1998 s. 407 og Rt. 2000 s. 1223

¹³⁰ Hopsnes (2003) s. 118 og s. 120

¹³¹ Rt. 1999 s. 1269 (s. 1272)

vurdering av hvilke andre bevis som foreligger i saken. Dersom føringen av beviset medfører en gjentakende rettskrenkelse overfor den tiltalte, må beviset etter Høyesterett avskjæres. Dette var tilfellet i Verksbetjentdommen hvor mistenktes rett til å forholde seg taus ble krenket ved bevisanskaffelsen. Førstvoterende uttalte at dersom beviset skulle tillates ført, ville det utgjøre en gjentakelse av rettsbruddet.¹³² Beviset ble med dette avskåret og dommen ble opphevet.

Det foreligger ingen avgjørelser fra Høyesterett som behandler rettsvirkningen ved brudd på forholdsmessighetskravet eller subsidiaritetskravet.¹³³ I Piratdrosjedommen I konstaterte Høyesterett brudd ved forholdsmessighetskravet, men fant provokasjonen i strid med grunnvilkåret og begrunnet opphevelse av dommen i dette. Høyesterett tok derfor ikke stilling til rettsvirkningen ved brudd på forholdsmessigheten.

Kravet om alvorlig kriminalitet har heller ikke blitt behandlet i Høyesterett. Etter gjennomgang av Høyesterettspraksis er det mye som tilsier at alvorlighetskravet ikke reiser de store utfordringene. Mistankekravet om skjellig grunn er lavt, og alvorlighetskravet har sterke knytninger til forholdsmessighetsvilkåret. Gjennomgangen viser at provokasjon som etterforskningsmetode ofte er satt i gang ved bestemte type lovbrudd som anses som et alvorlig samfunnsønde, og vilkåret vil således være oppfylt.

Ved gjennomgang viser det at brudd ved et eller flere materielle tilleggsvilkår eller prosessuelle vilkår innbefatter en helhetsvurdering om etterforskningen samlet sett lider av så alvorlige mangler at det ikke kan gi grunnlag for tiltale eller dom.¹³⁴ De sentrale vurderingsmomentene er om bruddet utgjør en fare for viktige rettssikkerhetsprinsipper eller krenker de hensyn som vilkårene gitt for metoden skal ivareta.

7.0 Avslutning

Provokasjon er en ulovfestet etterforskningsmetode som kan utfordre viktige rettssikkerhetsspørsmål for den som utsettes for metoden. Anvendelse av provokasjon har likevel vist seg nødvendig i politiets håndhevelse av alvorlige lovovertrедelser, der tradisjonelle etterforskningsmetoder ikke anses tilstrekkelig. Det skiller mellom ulike former

¹³² Rt. 1999 s. 1269 (s. 1272-1273)

¹³³ Hopsnes (2003) s. 120

¹³⁴ Riksadvokaten (2018) s. 4

for provokasjon, herunder tiltale- og bevisprovokasjon. Metodebruken inngår i den alminnelige handlingsfrihet, men må likevel anvendes i tråd med gjeldende vilkår, rettsprinsipper og hensyn. Det er et sammensatt rettskildebilde, hvor langvarig Høyesterettspraksis og Riksadvokatens rundskriv har utledet det som antas å være gjelde rett på området.

Grunnvilkåret er likt for alle former for provokasjon og er et absolutt krav i vurderingen om etterforskningsmetoden kan anvendes eller anses lovlig i domstolen. Videre knytter deg seg øvrige tilleggsvilkår og prosessuelle vilkår til om provokasjon kan brukes i etterforskningen og om metodebruken var lovlig. Brudd på grunnvilkåret vil etter Høyesterettspraksis utgjøre et ulovfestet frifinnelsesgrunnlag. De øvrige tilleggsvilkårene har etter rettspraksis vist å ikke utgjøre de store utfordringene ved metodebruken. De prosessuelle vilkårene ilegges ulikt vekt i vurderingen om politiets bruk av provokasjon er lovlig, og inngår i en helhetsvurdering i hver enkel sak om bruddene fører til så alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke kan brukes som grunnlag for domfellelse.

Gjennomgangen i denne oppgaven har vist at provokasjon som etterforskningsmetode, og Høyesteretts vurdering av bruken, er et omfattende tema. Til tross for gjeldende vilkår, rettsprinsipper og hensyn er det utfordrende å trekke klare grenser for når metodebruken anses ulovlig. Dette med bakgrunn i at hver enkelt sak er ulik og et kriminalitetsbilde som hele tiden er i endring. Provokasjon som etterforskningsmetode har likevel vist seg å ha stor nytteverdi i komplekse og alvorlige saker.

8.0 Litteraturliste

Juridisk litteratur

- Andorsen, Kjell V., «Provokativ politietterforskning», *Tidsskrift for Jussens Venner*, 2001/1 s. 1-27
- Auglend, Ragnar L., og Mæland, Henry John, *Politirett*, 3. utgave (2016).
- Bjerknes, Ole Thomas og Fashing, Ivar, A., *Etterforskning: prinsipper, metoder og praksis* (2018).
- Dorenfeldt, Lauritz Jenssen, «Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?», *Tidsskrift for Lov og Rett*, 1978/6 s. 291-303. (PDF-fil) <https://juridika.no/tidsskrifter/lov-og-rett/1978/6/artikkel/dorenfeldt>
- Fredriksen, Steinar, *Innføring i straffeprosess*, 4. utgave (2018).
- Hopsnes, Roald, «Provokasjon som politimetode», *Tidsskrift for Jussens Venner*, 2003/2 s. 62-130
- Keiserud mfl., *Straffeprosessloven lovkommentar*, 5. utgave, bind II (2020).
- Myhrer, Tor-Geir «Påtalemyndighetens praksis som rettskilde», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 116(2) (2003) s. 219-245. (Siste versjon, PDF-fil) <https://phs.brage.unit.no/phs-xmlui/handle/11250/174638>
- Aarli, Ragna og Mæhle, Synne Sæther, *Juridisk metode i et nøtteskall* (2018).

Lover og forskrifter

Kongerikets Norges Grunnlov 17. mai 1814

Politoloven Lov 01. oktober 1995 nr. 53 om politiet

Påtaleinstruksen Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordning av påtalemyndigheten

Straffeloven Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

Straffeprosessloven Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 21. mai 1999 nr. 30 (EMK)

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I)

Rt. 1986 s. 779

Rt. 1992 s. 1088

Rt. 1993 s. 473 (Piratdrosjedommen I)
Rt. 1994 s. 319 (Piratdrosjedommen II)
Rt. 1998 s. 407 (Skrikdommen)
Rt. 1999 s. 531
Rt. 1999 s. 1269 (Verksbetjentdommen)
Rt. 2000 s. 1223 (Lokkeduedommen)
Rt. 2000 s. 1482
Rt. 2006 s. 120
Rt. 2007 s. 268
Rt. 2008 s. 1659
Rt. 2011 s. 1455
HR. 2020 s. 2137

EMD

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

Offentlige publikasjoner

NOU 1997: 15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet
NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern
NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov
Ot.prp. nr. 35 (1978-1979). Om lov om rettergangsmåten i straffesaker
Politidirektoratet, *Politiet mot 2020: bemannings- og kompetansebehov i politiet*, 2018

Rundskriv

Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2018, *Infiltrasjon og provokasjon som etterforskningsmetode – vederlag til politiets kilder* 31. oktober 2018
Riksadvokatens rundskriv nr. 1/2022, *Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2022* 3. februar 2022

Nettartikkel

Johansen, J. I. (2020, 9. mars). Torsk, hyse og kveite var kodeord for narkotikatraffikk i Lofoten. *NRK*. https://www.nrk.no/nordland/torsk_-hyse-og-kveite-var-kodeord-for-narkotrafikk-i-lofoten-1.14935135