

Bevis- og tiltaleprovokasjon som etterforskningsmetode

en praksis uten grunnlag i lov og uten demokratisk legitimitet?

Kandidatnummer: 167

Antall ord: 25 020



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2023

Innholdsfortegnelse

1. Innledning.....	4
1.1 Oppgavens tema, hovedproblemstilling og aktualitet.....	4
1.2 Metodebruk og rettskildebildet.....	6
1.3 Den videre fremstilling.....	9
2. Nærmere om provokasjon.....	9
2.1 Introduksjon.....	9
2.2 Presiseringer og avgrensninger.....	10
3. Hensyn.....	14
3.1 Introduksjon.....	14
3.2 Sikre og respektere grunnleggende menneskerettigheter.....	14
3.3 Demokratisk legitimitet.....	16
3.4 Effektiv kriminalitetsbekjempelse.....	17
3.5 Personvern.....	18
3.6 Tillits- og misbrukshensynet.....	19
4. Vilkår for provokasjon.....	21
4.1 Introduksjon.....	21
4.2 Generelt om vilkårene.....	22
4.3 Grunnvilkåret.....	22
4.4 Tilleggsvilkårene.....	26
4.4.1 Introduksjon.....	26
4.4.2 Mistanke om alvorlig kriminalitet.....	26
4.4.3 Subsidiaritet.....	28
4.4.4 Forholdsmessighet.....	30
4.4.5 Ivaretagelsen av prosessuelle prinsipper.....	31
4.4.5.1 Introduksjon.....	31
4.4.5.2 Selvinkrimineringsvernet.....	31
4.4.6 Forsvarlig saksbehandling.....	32
4.5 Rettsvirkninger ved brudd på vilkårene.....	33
5. Legalitetsprinsippet som rettslig skranke.....	35
5.1 Introduksjon.....	35
5.2 Hva kjennetegner et “inngrep” etter Grl. § 113?.....	37
5.3 Når står provokasjon i fare for å utgjøre et “inngrep”?.....	42
5.4 Kravet om “grunnlag i lov” etter Grl. § 113.....	47
5.4.1 Kan provokasjon forankres i den alminnelige handlefrihet?.....	48
5.4.1.1 Introduksjon.....	48
5.4.1.2 Problematikken med å forankre offentlig myndighetsutøvelse i den alminnelige handlefrihet.....	49
5.4.1.3 Må “inngrep” etter Grl. § 113 alltid ha forankring i formell lov, eller i medhold av formell lov?.....	50
5.4.1.4 Hvordan stiller bruken av provokasjon seg til lovskravet i Grl. § 113?.....	56

6. Meneskerettigheter som rettslig skranke.....	58
6.1 Introduksjon.....	58
6.2 Retten til respekt for privatliv etter Grl. § 102 og EMK art. 8.....	59
6.2.1 Kravet om at inngrepet må være “in accordance with the law”.....	59
6.2.2 Kravet om at inngrepet må være “necessary in a democratic society”.....	61
6.3 Retten til rettferdig rettergang etter Grl. § 95 og EMK art. 6.....	62
6.3.1 Introduksjon.....	62
6.3.2 Vernet mot selvinkriminering - en ubetinget skranke for bruk av bevisprovokasjon?.....	63
6.3.3 Andre prosessuelle rettigheter.....	66
7. Hvorfor bør bevis- og tiltaleprovokasjon lovfestes?.....	67
7.1 Introduksjon.....	67
7.2 Hensyn for og imot lovfesting av bevis- og tiltaleprovokasjon.....	68
7.3 Betydningen av HR-2020-2137-A.....	71
8. Oppsummering og konklusjon.....	72
Kilder.....	74

1. Innledning

1.1 Oppgavens tema, hovedproblemstilling og aktualitet

Oppgavens tema er politiets bruk av bevis- og tiltaleprovokasjon som etterforskningsmetode, og de konstitusjonelle skrankene som utfordrer denne praksisen. Vilkårene og grensene for bruk av provokasjon er ikke lovregulert. Hovedproblemstillingen er følgelig om dagens praksis oppfyller legalitetsprinsippets lovskrav i Grunnloven (Grl). § 113,¹ og videre om metodebruken utgjør en krenkelse av privatlivets fred etter Grl. § 102 og Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 8.²

Provokasjon er en ekstraordinær etterforskningsmetode som primært går ut på at politiet på en fordekt måte påvirker et hendelsesforløp, eller utnytter en villfarelse hos en person som er mistenkt.³ Hensikten med metoden er å fremprovosere en straffbar handling, eller å skaffe bevis for en straffbar handling som er begått.⁴

En rekke av politiets etterforskningsmetoder innebærer at enkeltindividet må tåle, gjøre eller unnlate noe. Følgelig vil slike metoder i større eller mindre grad gripe inn i borgernes rettssfære, og legalitetsprinsippet i Grl. § 113 kan derfor gjøre seg gjeldende som rettslig skranke. Bestemmelsen foreskriver at “myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov”. Legalitetsprinsippet bygger på viktige rettsstatshensyn, herunder folkesuverenitetsprinsippet og maktfordelingsprinsippet.⁵ Essensen bak disse prinsippene er at offentlig myndighetsutøvelse skal skje gjennom en demokratisk lovgivningsprosess, der Stortinget vedtar Norges lover etter folkets vilje, jf. Grl. §§ 49 og 76 flg. Ettersom bevis- og tiltaleprovokasjon er ulovfestet, kan det stilles spørsmål til om etterforskningsmetoden i tilstrekkelig grad ivaretar den demokratiske legitimitet som rettsstaten bygger på.

¹ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov.

² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen - EMK).

³ Auglend, Ragnar L. og Mæland, Henry John, *Politirett*, 3. utgave, 2016 s. 437.

⁴ Bjerknes, Ole Thomas og Fahsing, Ivar A., *Etterforskning: prinsipper, metoder og praksis*, 2018 s. 47 og 336.

⁵ Nilsen, John Reidar, *Politirett og rettsstat*, 2022 s. 18 og Andenæs, Johs og Fliflet, Arne, *Statsforfatningen i Norge 11. utgave*, 2017 s. 274.

Etter grunnlovsrevisjonen i 2014 har det blitt rettet særlig søkelys på borgernes menneskerettighetsvern. Grunnloven kapittel E er i stor grad inspirert av EMK, som skal sikre og ivareta grunnleggende menneskerettigheter for borgerne i medlemsstatene.⁶ Som vi kommer nærmere tilbake til, vil bruken av provokasjon gripe inn i enkelte rettigheter som er vernet av konvensjonen. Dette belyser viktigheten av at politiets fremgangsmåte ved metodebruken må være i samsvar med de rettslige skrankene som Grunnloven og EMK oppstiller.

Kriminalitetsutviklingen preges av økt internasjonalisering, profesjonalisering og organisering blant kriminelle miljøer.⁷ Som følge av dette blir politiets etterforskningsarbeid mer krevende og komplekst, noe som begrunner behovet for å ta i bruk ekstraordinære etterforskningsmetoder.⁸ Provokasjon, herunder bevis- og tiltaleprovokasjon, er en av de utradisjonelle etterforskningsmetodene som politiet benytter seg av ved slik komplisert kriminalitet.

Som følge av at provokasjon som etterforskningsmetode er ulovfestet, er det særlig relevant å se hen til høyesterettspraksis når vilkårene for metoden skal klarlegges. Den mest sentrale dommen fra nyere tid er HR-2020-2137-A, som gjaldt bruk av bevisprovokasjon i en overgrepssak.⁹ Politiet hadde i denne saken brukt tiltaltes Skype-identitet, e-postadresser og Messenger-kontoer til å kommunisere med hans tidligere kontakter, med formål å fremskaffe bevis for tiltaltes handlinger. Høyesterett måtte i denne saken ta stilling til om bevisene var innhentet på en ulovlig måte, og om bevisene i så fall måtte avskjæres.

Et av de sentrale spørsmålene i saken var hvorvidt bevisinnhenting var i strid med lovskravet i Grl. § 113. Etter en generell gjennomgang av rettstilstanden og vilkårene for bruk av provokasjon, redegjorde førstvoterende for legalitetsprinsippet, jf. Grl. § 113 og bakgrunnen for kodifiseringen. Flertallet på fire dommere tok ikke standpunkt til om bevisprovokasjon på generelt grunnlag må ha hjemmel i lov, men konkluderte med at bruken av metoden i denne konkrete saken var rettmessig.

⁶ Dok.nr.16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven punkt 9.3.6 s. 46 og punkt 9.3 s. 44, sml. Aall, Jørgen, “EMKs betydning etter grunnlovsrevisjonen”, Tidsskrift for rettsvitenskap 2017 s. 407.

⁷ NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov punkt. 3.3.7 s. 119.

⁸ Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel punkt 2.1 s. 7-11.

⁹ Dommen vil bli behørig behandlet i oppgaven.

Det som gjør dommen særlig aktuell er førstvoterendes uttalelse om at “tida kan vera mogen for ei nærare lovregulering av utradisjonelle etterforskningsmetodar”.¹⁰ Med dette sender Høyesterett et signal til lovgiver om at rettsstilstanden på dette området bør kodifiseres. Uttalelsen hadde sin begrunnelse i vedtakelsen av Grl. § 113 og det rettspolitiske idealet som bestemmelsen er bærer av.¹¹

Videre er dommen interessant på grunn av mindretallets uenighet vedrørende legalitetsprinsippets betydning for provokasjonsbruken i den konkrete saken. Det sentrale og utfordrende i denne sammenheng er om avgjørelsen og den ulovfestede praksisen står seg i lys av Grl. § 113 og EMK.

Spørsmålet om lovfesting av provokasjon har blitt foreslått ved flere anledninger, blant annet i NOU 2004: 6 og NOU 2016: 24.¹² Lovforslagene ble imidlertid ikke vedtatt av Stortinget, men belyser likevel temaets aktualitet, da spørsmålet om lovforankring av metodebruken fremdeles er omstridt.¹³

Høyesteretts avgjørelse i HR-2020-2137-A, samt tidligere lovforslag, kriminalitetsbildet og det økende søkelys på menneskerettighetene, illustrerer temaets aktualitet.

1.2 Metodebruk og rettskildebildet

Oppgaven tar utgangspunkt i en rettsdogmatisk fremstilling som baserer seg på den alminnelige rettskildelære, slik den er behandlet av blant annet Skoghøy.¹⁴ Det vil vises til de aktuelle rettskildene som gir uttrykk for gjeldende rett. I lys av den dynamiske utviklingen av rettskildene på dette området, vil oppgaven også drøfte hvorvidt dagens rettsstilstand er i tråd med konstitusjonelle skranker.

Ettersom etterforskningsmetoden bevis- og tiltaleprovokasjon bygger på ulovfestet rett, vil oppgaven ta utgangspunkt i rettspraksis, lovforslag og teoretiske fremstillinger. Dommen HR-2020-2137-A vil stå særlig sentralt i denne sammenhengen. Riksadvokaten har i tillegg

¹⁰ HR-2020–2137-A avsnitt 43.

¹¹ HR-2020-2137-A avsnitt 43.

¹² NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern - Politimetoder i forebyggende øyemed og NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

¹³ jf. bl.a. Høyesteretts vektlegging av lovforslagene i HR-2020-2137-A avsnitt 37 og 43.

¹⁴ Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og rettsanvendelse*, 2018 s. 17.

utformet et rundskriv der han har redegjort for vilkårene ved bruk av provokasjon.¹⁵ Rundskriv har formelt sett begrenset rettskildemessig vekt, da de kun har intern virkning for politiet. Likevel gir det nevnte rundskrivet en redegjørelse av rettstilstanden på området, og blir gjennomgående henvist til i domsavgjørelser og juridisk litteratur.¹⁶

Menneskerettighetene i Grunnloven og EMK oppstiller rettslige skranker som setter begrensninger for bruk av provokasjon, på lik linje med enhver myndighetsutøvelse. Grunnloven og EMK vil i lys av oppgavens tema derfor fremstå som de primære rettskildene når de rettslige skrankene for provokasjon skal avklares. Oppgaven vil behandle legalitetsprinsippet i Grl. § 113 som en selvstendig rettslig skranke, selv om det er underforstått at prinsippet er en del av menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven.

Grunnloven som Norges “autoritative” rettskilde setter rammene for all offentlig myndighetsutøvelse.¹⁷ I forbindelse med inkorporeringen av EMK i norsk rett, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3,¹⁸ ser man at konvensjonen også utgjør en rettslig skranke for norsk myndighetsutøvelse. Gjennom tilslutningen til EMK, har Norge forpliktet seg til å sikre at rettighetsvernet som konvensjonen gir, blir fulgt opp.¹⁹ Det følger av menneskerettsloven § 3, jf. § 2 at bestemmelsene i EMK “ved motstrid” skal “gå foran” bestemmelser i annen lovgivning. Som følge av at menneskerettighetene i Grunnloven skal ses i sammenheng med de korresponderende rettighetene i EMK,²⁰ samt bestemmelsen i menneskerettsloven § 3, vil menneskerettighetene i EMK fungere som en konstitusjonell skranke for norsk myndighetsutøvelse.

Ved grunnlovsrevisjonen i 2014 ble en rekke menneskerettigheter kodifisert i kapittel E “med det formål å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett”.²¹ Kodifiseringen er inspirert av rettighetsbestemmelsene i EMK, da hensikten var å harmonisere regelsettene. Etter Grl. § 92 skal staten “respekttere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter”. Ordlyden gir isolert sett uttrykk

¹⁵ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2018, Infiltrasjon og provokasjon som etterforskningsmetode – vederlag til politiets kilder, 31. oktober 2018.

¹⁶ Rt. 1984 s. 1076 og Hopsnes, Roald, *Provokasjon som politimetode*, Jussens venner, 2003/2 s. 65.

¹⁷ Skoghøy, 2018. s. 38.

¹⁸ Lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

¹⁹ Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 10.4 s. 51.

²⁰ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

²¹ Dok.nr.16 (2011–2012) del I, “Innledning”, s. 13.

for at Grunnloven og de internasjonale menneskerettighetene står på lik trinnhøyde. Det er imidlertid slått fast av Høyesterett at Grl. § 92 kun skal ses på som en sterk oppfordring til å håndheve og tolke norske lover i samsvar med rettighetsbestemmelsene i EMK, og praksisen som følger av Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).²² Det er menneskerettighetene slik de er nedfelt i Grunnloven som er avgjørende for vurderingen av om myndighetsutøvelsen er i tråd med menneskerettighetene etter norsk rett.²³ Bestemmelsene i EMK og praksis fra EMD vil imidlertid fremstå som relevante tolkningskilder når Høyesterett vurderer rettighetsvernet etter Grunnloven.

EMK og EMDs tolkninger gir uttrykk for minimumsrettigheter som statene har forpliktet seg til å sikre og respektere.²⁴ I de tilfeller hvor nasjonal lovgivning gir et sterkere rettighetsvern enn EMK, vil tolkninger fra EMD få mindre betydning. Et aktuelt eksempel er Grunnlovens lovskrav i § 113, som stiller krav til formell lov.²⁵ Dette er en strengere forståelse av lovskravet enn tolkningen som EMD har gjort av hva som oppfyller kravet til “law” i EMK art. 8 nr. 2.²⁶ Videre vil EMDs tolkninger få begrenset vekt i de tilfeller hvor Høyesterett har tatt stilling til et tolkningsspørsmål. All den tid man har kodifisert, vil vektleggingen av praksis fra EMD reduseres i takt med Høyesterettavgjørelser knyttet til de aktuelle rettighetsbestemmelsene i Grunnloven.²⁷ I kraft av å være statens øverste domstol, må underordnede rettsanvendere forholde seg til tidligere tolkninger fra Høyesterett.²⁸ I tillegg vil Høyesterett selv, av hensyn til forutberegnelighet og likhet for loven, ofte anse seg bundet av sin egen praksis.²⁹ På grunn av den sterke oppfordringen som Høyesterett har gitt uttrykk for, samt hensynet til konsensus i Europa og risikoen for å bli dømt for menneskerettsbrudd, er det imidlertid lite sannsynlig at Høyesterett vil tolke Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser med et innhold som fraviker minimumsrettighetene som EMD tolker i lys av EMK.³⁰

²² HR-2016-2554-P avsnitt 64-70.

²³ HR-2016-2554-P avsnitt 64-70.

²⁴ Nilsen, 2022 s. 147.

²⁵ Nilsen, 2022 s. 126. Nærmere om dette i punkt 5.

²⁶ Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018 s. 124. Nærmere om dette i punkt 5.4.

²⁷ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

²⁸ Aall, 2018 s. 44.

²⁹ Aall, 2018 s. 44.

³⁰ Nilsen, 2022 s. 153.

Når EMD skal tolke rettighetene i EMK legges det til grunn et dynamisk tolkningsprinsipp. EMD blir følgelig sett på som et “living instrument”, slik at tolkning av konvensjonsbestemmelsene skal gjenspeile globale samfunnsendringer.³¹ En slik tolkningsstil kan anses som problematisk ved Høyesteretts tolkning av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser, da det vil fremstå lite forutberegnelig overfor borgerne. Høyesterett må derfor finne en rimelig balanse mellom ivaretagelse av demokratiske prinsipper, og lojal etterlevelse av forpliktelsene som EMK fastsetter.³²

1.3 Den videre fremstilling

I den videre fremstillingen vil vi i punkt 2 avklare og presisere hva som ligger i bevis- og tiltaleprovokasjon, og avgrense mot andre utradisjonelle etterforskningsmetoder. Videre vil vi i punkt 3 redegjøre for hvilke hensyn som begrunner bruk av provokasjon som etterforskningsmetode, samt belyse hvordan metodebruken utfordrer disse hensyn. I punkt 4 presenterer vi vilkårene for bruk av provokasjon, som er utviklet gjennom rettspraksis. Dernest vil punkt 5 belyse innholdet i legalitetsprinsippet i Grl. § 113, og vurdere hvordan prinsippet utgjør en rettslig skranke for metodebruken. Punkt 6 skal gå nærmere inn på hvordan menneskerettighetene som rettslig skranke stiller seg ved bruk av bevis- og tiltaleprovokasjon, der retten til privatliv etter Grl. § 102 og EMK art. 8 og rettferdig rettergang etter Grl. § 95 og EMK art. 6 står sentralt. Videre vil punkt 7 trekke frem argumenter for hvorfor bevis- og tiltaleprovokasjon bør lovfestes. Betydningen av HR-2020-2137-A og kodifiseringen av menneskerettighetene i Grunnloven vil være sentrale momenter i denne argumentasjonen. Avslutningsvis vil punkt 8 foreta en oppsummering og konklusjon av oppgavens sentrale problemstillinger.

2. Nærmere om provokasjon

2.1 Introduksjon

I punkt 2 vil det først redegjøres nærmere for hva som forstås med bevis- og tiltaleprovokasjon, og hva som skiller disse fra hverandre. Videre vil noen av de øvrige utradisjonelle etterforskningsmetodene som oppgaven avgrenses mot bli presentert. Dette vil

³¹ Nilsen, 2022 s. 155 og 156.

³² Innst. 186 S (2013–2014) Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen s. 20 og Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 15.2.1 s. 87.

danne et mer helhetlig bilde av oppgaven, samt vise hva vi ikke legger i begrepene bevis- og tiltaleprovokasjon.

2.2 Presiseringer og avgrensninger

Utradisjonelle etterforskningsmetoder går i korte trekk ut på at politiet opptrer sivilt og i hemmelighet, samt at etterforskningsmetodene oppleves som bedragerisk overfor objektet.³³

Provokasjon er ikke legaldefinert, men blir i teorien omtalt som en metode innenfor kategorien “fordekt kontakt med person”.³⁴ Det som kjennetegner provokasjon er at politiet opptrer skjult og tar direkte kontakt med personer som enten er mistenkt for en straffbar handling, eller som kan bidra til å gi opplysninger til en pågående etterforskning.³⁵

Ved bruk av *tiltaleprovokasjon* utnytter politiet en villfarelse hos vedkommende ved “å blande seg styrende inn i et hendelsesforløp som fører til en straffbar handling eller til en mer straffverdig handling”.³⁶ Et særpreg ved denne metoden er at politiets innsats skjer på et tidspunkt *før* den kriminelle handlingen har funnet sted. Begrunnelsen for bruk av slike etterforskningskritt er at politiet har tilstrekkelige holdepunkter for at personen vil komme til å begå en slik handling uavhengig av politiets innblanding. Bruk av tiltaleprovokasjon må følgelig ses i sammenheng med kravet om “rimelig grunn” til å iverksette etterforskning etter straffeprosessloven § 224.³⁷ Typiske situasjoner der politiet benytter seg av tiltaleprovokasjon er ved narkotikakriminalitet. Dette var blant annet tilfellet i Rt. 1984 s. 1076 (*Politiheroin-dommen*), der politiet, uten å gi seg til kjenne, trådte inn i mistenktes telefonkontakt for å avtale nærmere levering av et parti amfetamin. Politiet påvirket leveringstid- og sted, og pågrep mistenkte ved avtalt levering.

Ved *bevisprovokasjon* skjer politiets innsats på et tidspunkt *etter* at den kriminelle handlingen har funnet sted. Også her opptrer politiet fordekt, men til forskjell fra tiltaleprovokasjon er politiets formål ved bevisprovokasjon nettopp å sikre bevis for den straffbare handlingen som

³³ Larsson, Paul, *Normalisering av det unormale*, 2014 s. 43.

³⁴ Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess 3.utgave*, 2022 s. 184.

³⁵ Øyen, 2022 s. 184.

³⁶ NOU 2004: 6 punkt 7.5.2.1 s. 83.

³⁷ Lov 22.mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven - strpl) og ot.prp.nr. 60 (2004–2005) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet) punkt 4.5.2 og 4.5.3 s. 43.

allerede er begått.³⁸ Politiet vil på samme måte utnytte en villfarelse hos mistenkte med intensjon om å innhente bevis som kan benyttes i etterforskningen. Mistankekravet etter strpl. § 224 gjør seg derfor gjeldende også her. Et eksempel fra Høyesterett om bruk av bevisprovokasjon er HR-2019-1747-U (*Dekkagent-dommen*). I denne saken hadde en dekkagent fra politiet skapt en vennskapelig relasjon til en dame som var mistenkt for drap. Operasjonen gikk ut på at mistenkte betrodde seg til agenten, og politiet benyttet opplysningene som ble kommunisert som bevis for mistenktes tidligere handlinger.

Bruk av bevisprovokasjon kan i visse tilfeller bidra til fremprovosering av nye straffbare handlinger.³⁹ Grensen mellom bevis- og tiltaleprovokasjon kan derfor ofte være vanskelig å trekke. Politiet kan for eksempel arrangere et salg av narkotika for å fremskaffe bevis for besittelse av stoffet. I et slikt tilfelle vil salget i seg selv utgjøre et bevis for besittelsen, men vil også innebære at en ny straffbar handling blir begått. Salget faller imidlertid utenfor metoden bevisprovokasjon. For at salgshandlingen også skal inngå i etterforskningen er det en forutsetning at vilkårene for tiltaleprovokasjon foreligger. En sentral avgjørelse som illustrer denne grenseovergangen er Rt. 1998 s. 407 (*Skrik-dommen*). I denne saken hadde politiet fått opplysninger om at gjerningspersonene som stjal Skrik-maleriet ønsket å selge dette. De engasjerte dermed to agenter som sivile medhjelpere til å kjøpe maleriet, der hensikten var å skaffe bevis for tyveriet. Aksjonen ble ansett som lovlig bevisprovokasjon, men gjerningspersonene ble frifunnet for heleriet, da vilkårene for tiltaleprovokasjon i forbindelse med salgshandlingen ikke var oppfylt.

Det finnes flere utradisjonelle og skjulte etterforskningsmetoder som har likhetstrekk med provokasjon. Som nevnt avgrenses oppgaven mot de øvrige skjulte etterforskningsmetodene, som i det følgende vil behandles kort for sammenhengens skyld.

Grensen mellom provokasjon og *infiltrasjon* oppleves ofte som flytende. Høyesterett har ved enkelte tilfeller uttalt at politiets operasjon kan karakteriseres som en “hybrid” av provokasjon og infiltrasjon.⁴⁰ Ved infiltrasjon oppsøker politiet kriminelle miljøer for å observere, avlytte og innhente informasjon. Politiet begir seg ut for å være en annen, og utnytter denne villfarelsen på en slik måte at miljøet ikke skal opptre annerledes. Formålet

³⁸ Hopsnes, 2003/2 s. 86.

³⁹ Hopsnes, 2003/2 s. 86.

⁴⁰ HR-2020-2137-A avsnitt 24.

med infiltrasjonshandlingen er at politiet skal få bedre kunnskap om eller kontroll med et spesifikt hendelsesforløp eller en kriminell virksomhet.⁴¹ Til forskjell fra provokasjon skal infiltratøren ha en mer passiv rolle, og ikke påvirke et hendelsesforløp.⁴² Metoden skal kun benyttes for å skaffe informasjon fra det kriminelle miljøet. Ofte kan en provokasjonsoperasjon starte med en infiltrasjonshandling, som gradvis kan gå over til en mer aktiv påvirkning og dermed utgjøre en provokasjon. Det kan se ut til at dette var tilfellet i *Dekkagent-dommen*.⁴³ Dekkagenten hadde oppsøkt den mistenkte kvinnen for å observere og avlytte informasjon om den straffbare handlingen. Det ble ikke uttrykkelig fastslått hvorvidt dekkoperasjonen ble karakterisert som provokasjon eller infiltrasjon. Avgjørende for skillet er om dekkagenten aktivt påvirket mistenkte, og dermed hadde en karakter av provokasjon, eller om hun opptrådte passivt slik at det kun var tale om infiltrasjon. Dommen illustrerer at grensen mellom infiltrasjon og provokasjon kan være vanskelig å trekke.

Når politiet utfører både infiltrasjons- og provokasjonshandlinger er det viktig at deres identitet ikke avsløres, slik at det kan være nødvendig at polititjenestepersonene utstyres med falske identitetspapirer.⁴⁴ Videre kan saksforholdet utvikle seg slik at politiet må begå straffbare handlinger, for eksempel laste ned barnepornografi. På grunn av den alminnelige rettsstridsreservasjonen vil slike kriminelle handlinger likevel anses rettmessig til tross for straffebudets innhold.⁴⁵ Når politiet begår straffbare handlinger for å bekjempe kriminalitet, vil ikke handlingens karakter rammes av formålet med straffebudet.⁴⁶

En nedre grense mot infiltrasjon er *spaning*. Bruk av spaning foregår uten direkte kontakt med potensielle mistenkte og kriminelle miljøer, men anses likevel som en etterforskningsmetode på grunn av dens intensive og målrettede karakter. Formålet er å innhente informasjon til etterforskningen når politiet har mistanke om et straffbart forhold.⁴⁷

Videre kan politiet benytte seg av "*preventiv provokasjon*" eller "*provokasjon av reddende eller kontrollerende karakter*".⁴⁸ Disse provokasjonstypene benyttes ved at politiet fremprovoserer fullbyrdelsen av en kriminell handling for å unngå at alvorlige

⁴¹ Auglend og Mæland 2016 s. 436.

⁴² Bjerknes og Fashing 2018 s. 335-336.

⁴³ HR-2019-1747-U.

⁴⁴ Auglend og Mæland 2016 s. 436.

⁴⁵ Nordhus, 2020/2 s. 166.

⁴⁶ Nordhus, 2020/2 s. 166.

⁴⁷ NOU 2016: 24 punkt 14.10.3 s. 343.

⁴⁸ Auglend og Mæland 2016 s. 437.

samfunnsskadelige konsekvenser skal oppstå.⁴⁹ Da politiet i *Skrik-dommen* fremprovoserte mistenktes salg av maleriet, ble dette gjort som en redningsaksjon for å hindre alvorlige samfunnsmessige følger ved “å bringe maleriet i uskadet stand tilbake til Nasjonalgalleriet”.⁵⁰ Etersom denne provokasjonshandlingen hadde et avvergende formål ble politiets handling ansett rettmessig.⁵¹ Hensynet til den mistenkte vil i slike tilfeller ivaretas ved at det ikke reises tiltale.

En ytterligere utradisjonell etterforskningsmetode er såkalt “*lokkedue*”. Denne metoden går ut på at politiet frister en person til å begå en kriminell handling, ved å tilrettelegge ytre omstendigheter som oppfordrer vedkommende til å gjennomføre et lovbrudd.⁵² Politiets handling er av proaktiv karakter ved at den styrker gjerningspersonens forsett om å begå en fremtidig straffbar handling. Det må likevel utelukkende være vedkommendes egen reaksjon på politiets tilrettelegging som er årsaken til at lovbruddet begås.⁵³ Metoden har likhetstrekk med tiltaleprovokasjon, men ved lokkedue-tilfellene går ikke politiet aktivt inn for å påvirke hendelsesforløpet.⁵⁴ For eksempel kan politiet opprette en falsk profil hvor de utgir seg for å være en mindreårig, og legge dette ut på nettsider for å “friste” vedkommende til å ta kontakt med den intensjon å utføre seksuelle handlinger. Når vi i den videre fremstilling omtaler betegnelsen “*provokasjon*” er det heretter kun bevis- og tiltaleprovokasjon som omfattes av begrepet.

Politiet kan også benytte seg av *informantbehandling*. En informant er en person som opptrer for politiet, og som selv tar initiativ til å etablere kontakt med en tredjeperson eller et miljø, og videreformidler opplysninger om dette til politiet. Informanter kan brukes som et virkemiddel for å gjennomføre en provokasjonshandling. Vanskeligheten av å føre kontroll med informanter reiser imidlertid visse rettssikkerhetsproblemer.⁵⁵ Oppgaven vil ikke komme nærmere inn på informantbehandling og utfordringene dette medfører.

⁴⁹ Auglend og Mæland 2016 s. 439.

⁵⁰ Rt. 1998 s. 407 s. 409.

⁵¹ Rt. 1998 s. 407 s. 409.

⁵² Auglend og Mæland 2016 s. 439 og 440.

⁵³ Auglend og Mæland 2016 s. 439 og 440.

⁵⁴ Auglend og Mæland 2016 s. 439 og 440.

⁵⁵ Rundskriv nr. 2/2018 punkt VI.

3. Hensyn

3.1 Introduksjon

Politiets bruk av provokasjon som etterforskningsmetode baserer seg på en rekke hensyn som begrunner hvorfor det i visse tilfeller vil være nødvendig å benytte metoden. Disse hensynene må imidlertid balanseres mot andre hensyn som begrenser politiets adgang til å foreta provokative handlinger i etterforskningen. I punkt 3 vil vi foreta en nærmere gjennomgang av de sentrale hensyn som gjør seg gjeldende.

3.2 Sikre og respektere grunnleggende menneskerettigheter

Noen av etterforskningsmidlene som benyttes av politiet kan danne et spenningsforhold mellom ivaretagelsen av rettssikkerheten til borgere på den ene siden, og rettssikkerheten til den eller de personene som er under etterforskning på den andre siden. Dette spenningsforholdet utledes av Grl. § 92 og EMK art. 1, som uttrykkelig pålegger staten å respektere og sikre menneskerettighetene som er nedfelt i Grunnloven og EMK. Bestemmelsen i Grl. § 92 gir uttrykk for konstitusjonelle plikter og skranker i statens myndighetsutøvelse, som må ses i lys av de grunnleggende demokratiske frihets- og likhetsidealene som Grunnloven og rettsstaten bygger på.⁵⁶ Det er altså staten som har ansvaret for at menneskerettighetene blir respektert, gjennom en “dobbel gjennomføringsforpliktelse”.⁵⁷ For at disse rettighetene skal bli respektert, må staten først og fremst selv utøve sin myndighet i tråd med rettighetene. Å respektere menneskerettighetene innebærer å avstå fra inngripende myndighetsutøvelse som mangler grunnlag i lov, ikke er nødvendig og forholdsmessig, og som ikke er forankret i et legitimt formål.⁵⁸

I tillegg oppstiller sikringsplikten en plikt for staten til å foreta *positive tiltak*, ved etablering av blant annet lovgivning og effektiv rettshåndhevelse.⁵⁹ Lovgivningen skal sikre at borgere ikke begår krenkelser av menneskerettighetene, og Stortinget som lovgivende myndighet står i denne sammenheng sentralt.⁶⁰ Gjennom vedtakelse av lover sikrer Stortinget at handlinger som urettmessig griper inn i rettighetene som er vernet av Grunnloven og EMK, blir

⁵⁶ Andenæs og Fliflet, 2017 s. 469.

⁵⁷ Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 9.3.6 s. 46.

⁵⁸ Nilsen, 2022, s. 180 og Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 5.5 s. 30.

⁵⁹ Aall, 2018 s. 58.

⁶⁰ Andenæs og Fliflet, 2017 s. 481.

kriminalisert. Videre har politiet, som en del av den utøvende makt, en vesentlig rolle ved håndhevelsen av lovgivningen. Det fremgår av politiloven § 2 nr. 3 at politiet blant annet skal “avdekke og stanse kriminell virksomhet og forfølge straffbare forhold i samsvar med regler gitt i eller i medhold av lov”.⁶¹ Videre følger det av strpl. § 62 a første ledd at “den offentlige påtalemyndighet skal forfølge straffbare handlinger når ikke annet er bestemt ved lov”. For at politiet skal kunne gjennomføre sine oppgaver effektivt og lojalt, forvalter de en rekke fullmakter som gir dem adgang til å benytte etterforskningstiltak, herunder provokasjon.⁶² På denne måten bidrar politiet til etterlevelse av sikringsplikten, jf. Grl. § 92 og EMK art. 1. Til illustrasjon kan det vises til saken i HR-2020-2137-A. Politiet brukte bevisprovokasjon under straffeforfølgningen mot personen som var mistenkt for brudd på strl.⁶³ § 301, jf. § 299, om overgrep av barn under 14 år. Karakteren av mistenktes handlinger utgjorde en krenkelse av fornærmedes rett til privatliv etter Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 1. Bevisprovokasjon ble derfor benyttet av politiet for å ivareta sin plikt om effektiv og lojal håndhevelse av lovgivningen, jf. Grl. § 92 og EMK art 1.

Myndighetenes plikt til å sikre menneskerettighetene er avgrenset av plikten til å respektere disse rettighetene. Staten kan altså ikke under noen omstendigheter krenke menneskerettigheter for å sikre andre menneskerettigheter.⁶⁴ Det nevnte spenningsforholdet ved den doble gjennomføringsplikten vil stort sett alltid gjøre seg gjeldende når politiet tar i bruk skjulte etterforskningsmetoder. I kraft av å ha status som mistenkt eller siktet i en straffesak, har man visse grunnleggende rettssikkerhetsgarantier som myndighetene må respektere. Hensynet om bekjempelse av kriminalitet må derfor veies opp mot “tungtveiende hensyn til personvern og rettssikkerhet”.⁶⁵ Bruk av provokasjon vil i større eller mindre grad gripe inn mistenktes personvern etter Grl. 102 og EMK art. 8 nr. 1. Det legges følgelig opp til en interesseavveining mellom samfunnets interesse i å bekjempe kriminalitet, og mistenktes personvern og rettssikkerhet.⁶⁶ Ivaretagelsen av mistenktes rettssikkerhetsgarantier setter på denne måten betydelige begrensninger for politiets bruk av etterforskningsmetoder, deriblant provokasjon.

⁶¹ Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven).

⁶² Etterforskningen styres og ledes av påtalemyndigheten, jf strpl. § 62a.

⁶³ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven - strl.).

⁶⁴ Se *Milanović v. Serbia* [J] 2010, no. 44614/07 avsnitt 84.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v.) punkt 7.1 s. 36.

⁶⁶ Bjerknes og Fashing s. 310 og Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) punkt 7.1 s. 36.

3.3 Demokratisk legitimitet

Grl. § 113 stiller krav til at myndighetenes “inngrep” overfor borgere må ha grunnlag i lov. Hvorvidt provokasjon er å anse som et “*inngrep*” etter denne bestemmelsen, drøftes i punkt 5. Punkt 3.3 illustrerer hvordan hensynet til legalitetsprinsippet begrenser bruk av provokasjon, og hvilken betydning fravær av “*grunnlag i lov*” har for den demokratiske legitimitet.

Legalitetsprinsippet bygger på sentrale demokratiske prinsipper. Disse prinsippene utgjør samlet sett begrensninger for offentlige myndigheters materielle kompetanse. Det “tilkommer Stortinget å gi og oppheve lover”, jf Grl. § 75 bokstav a. Stortinget skal, som representant for folkets vilje (jf. Grl. § 49), ved formell lov regulere hvilken myndighet politiet har til å gripe inn i borgernes rettssfære. Denne lovgivningsprosessen bygger på tanken om at folket er best egnet til å “finne balansen mellom inngrep og ivaretagelsen av individets friheter”.⁶⁷ Den demokratiske kontrollen som lovskravet bygger på, bidrar til å motvirke vilkårlig myndighetsutøvelse, misbruk og usaklig forskjellsbehandling.⁶⁸ En slik fremgangsmåte vil dermed opprettholde Norge som en rettsstat, og bidra til at staten ikke står i fare for å bli en politistat.

Som oppgaven vil komme tilbake til, er provokasjon en byrdefull etterforskningsmetode som griper inn i borgernes privatliv. Ettersom bruken av provokasjon ikke fremgår av formell lov, vil hensynet til legalitetsprinsippet krav om “grunnlag i lov” i Grl. § 113 sette en begrensning for slik myndighetsutøvelse. Etterforskningsmetoden har grunnlag i høyesterettspraksis, hvilket utgjør en fare for at lovskravet settes til side ved metodebruken. Høyesterettsdommere er ikke demokratisk valgt, og kan dermed ikke opptre som lovgiver ved inngripende myndighetsutøvelse. Når etterforskningsmetoden ikke er vedtatt gjennom lovgivningsprosessen som Grunnloven oppstiller, vil ikke bruken av provokasjon utledes av folkets vilje. Kodifiseringen og utviklingen av menneskerettighetene og legalitetsprinsippet i Grl. § 113 synliggjorde behovet for lovregulering ved tiltak som griper inn i vernede rettsgoder. Legalitetsprinsippet skal ivareta både borgernes forutberegnelighet og demokratisk legitimitet ved offentlig myndighetsutøvelse. Uavhengig av om reglene for provokasjon fremgår av samstemt rettspraksis og rundskriv, er hensynet til den demokratiske legitimitet en grunnleggende forutsetning bak det norske legalitetsprinsippet i Grl. § 113.

⁶⁷ Hopsnes, Roald og Solberg, Raymond. “*Legalitetsprinsippet*”, Jussens Venner 2005/2 s. 83 og Andenæs og Fliflet s. 274.

⁶⁸ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26.

3.4 Effektiv kriminalitetsbekjempelse

En av de viktigste faktorene bak bruk av bevis- og tiltaleprovokasjon er hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse.⁶⁹ Straffe- og politilovgivningen gir tydelig uttrykk for at bekjempelse og etterforskning av kriminalitet er et sentralt samfunnsbehov, som skal sikre trygghet og rettferdighet i befolkningen. Etterforskningens formål er å innhente all nødvendig informasjon for å kunne oppklare straffbare forhold og avdekke hvem som er ansvarlig.⁷⁰ Essensen bak straffeforfølgningen er alltid å finne frem den materielle sannhet, jf. strpl. § 226.⁷¹

Utviklingen i kriminalitetsbildet viser at de tradisjonelle politimetodene ikke alltid strekker til.⁷² Den økende utviklingen av narkotikakriminalitet belyser blant annet behovet for bruk av bevis- og tiltaleprovokasjon. For det første anses denne kriminalitetstypen som såkalt “offerløs”, da den i motsetning til blant annet volds- og vinningskriminalitet ikke har en direkte skadelidte.⁷³ På denne bakgrunn blir det vanskeligere for politiet å avdekke og straffeforfølge slike forhold, fordi disse straffbare handlinger ofte ikke anmeldes. En videre grunn til at narkotikaovertrедelser ofte ikke blir anmeldt, er at den “indirekte skadelidte” selv begår en straffbar handling ved å være involvert i et salg av narkotika. Bruk av provokasjon gjør det lettere for politiet å oppdage, etterforske og bevise slike lovbrudd.⁷⁴ Rettspraksis viser at provokasjon gjennomgående benyttes i narkotikasaker, på grunn av kompleksiteten og den avanserte organiseringen i disse saksforholdene, se bl.a. *Politiheroindommen*,⁷⁵ Rt. 2000 s. 1223 og Rt. 2008 s. 1659.

Videre vil bruk av provokasjon være særlig aktuelt når lovbrudd begås over internett eller på tvers av landegrensene. Den teknologiske og internasjonalsiserende utviklingen gjør at flere kriminelle opererer mer skjult og profesjonelt, noe som nødvendiggjør at politiet opptrer fordekt og manipulerende i sin etterforskning.⁷⁶ Saksforholdet i HR-2020-2137-A er et treffende eksempel på dette, der tiltaltes handlinger foregikk over internett, og hvor de fornærmede befant seg blant annet i Romania og Filippinene.

⁶⁹ Hopsnes, 2003/2 s. 67.

⁷⁰ NOU 2016: 24 punkt. 14.2.1 s. 299.

⁷¹ Øyen, 2022 s. 152.

⁷² Bjerknes og Fashing 2018 s. 43.

⁷³ Bruce, Ingvild og Haugland, Geir Sunde, *Skjulte tvangsmidler 2*. utgave 2018 s. 21.

⁷⁴ Bjerknes og Fashing 2018 s. 43.

⁷⁵ Rt. 1984 s. 1076.

⁷⁶ Bjerknes og Fashing 2018 s. 43.

Åpne metoder, som for eksempel avhør og ransakelse, vil i tilfeller som nevnt ovenfor ikke alltid være hensiktsmessig. Politiet vil i slike tilfeller ofte ha behov for å kunne etterforske uten at mistenkte er klar over det, særlig for å unngå bevisforspillelse.⁷⁷ Det er ofte tale om alvorlige lovbrudd som griper inn i grunnleggende rettigheter, som i visse tilfeller må stå sterkere enn hensynet til mistenktes privatliv. Særlig ved bruk av bevisprovokasjon, hvor det allerede er begått en straffbar handling, vil hensynet til å oppklare et straffbart forhold stå sterkt sett opp mot den inngripende handling som iverksettes overfor mistenkte.

Kravet til en effektiv straffeforfølgning er et grunnleggende hensyn i straffeprosessen, noe som direkte utledes av strpl. § 226 fjerde ledd. Bruk av provokasjon vil i mange situasjoner bidra til en fornuftig bruk av politiets ressurser. Effektivitetshensynet må imidlertid alltid ses i sammenheng med plikten til å respektere andre menneskerettigheter, herunder retten til personvern.

3.5 Personvern

Etter Grl. § 102 første ledd har enhver borger “rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon”. Rettighetene i EMK art. 8 nr. 1 korresponderer med Grl. § 102 første ledd.⁷⁸ Hensynet til personvern var før kodifiseringen i 2014 et ulovfestet prinsipp, der kjernen i rettigheten er at ethvert individ har rett til privatliv, kommunikasjon og psykisk integritet.⁷⁹

Retten til personvern innebærer en reservasjon mot innblanding i den private sfære av både offentlige myndigheter og andre borgere. Dette gir hvert enkelt individ en rett til å føre kontroll og bestemme over personlige opplysninger om seg selv, og til å være i fred fra andre.⁸⁰ Når politiet benytter seg av manipulerende og fordekte metoder, vil deres handlinger klart berøre den psykiske integritet til den eller de tiltaket rettes mot. Ofte bruker politiet avlyttings- og/eller videoopptak i forbindelse med den provokative handlingen, noe som utvilsomt utgjør en statlig innblanding i vedkommendes privatliv. Retten til personvern er imidlertid ikke absolutt, noe unntaksbestemmelsen i EMK art. 8 nr. 2 gir uttrykk for.⁸¹

⁷⁷ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) punkt 7.3 s. 38.

⁷⁸ Jf. Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) punkt 7.2 s. 36. Prinsippet kan utledes av bl.a. Rt. 1977 s. 1035 og Rt. 1952 s. 1217.

⁸⁰ NOU 1997: 19 Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger, punkt 3.3.2 s. 21.

⁸¹ Se punkt 6.2 som drøfter Grl. § 102 og EMK art. 8.

Politimetoder som provokasjon benyttes ofte på et tidlig stadium i etterforskningen, noe som utgjør en risiko for at den som er mistenkt ikke er den riktige lovovertrederen. Hvor stor vekt personvernet skal ha beror på hvor inngripende provokasjonshandlingen er, lovbruddets alvorlighetsgrad og hvor sterk mistanke politiet har for at vedkommende er riktig gjerningsperson.⁸²

Uavhengig av om personen har begått lovbruddet eller ikke, vil personvern hensynet alltid sette en viss begrensning for politiets myndighetsutøvelse. Vernet skal sikre at politiet ikke gjør “*unødige inngrep*” i vedkommendes privatliv.⁸³ Totalt sett vil det følgelig bero på en forholdsmessighetsvurdering, der graden av mistenktes verneverdighet i etterforskningsfasen må sammenholdes med mistankens styrke, lovbruddets alvorlighet og metodens intensitet.

Den teknologiske utviklingen har gitt politiet større muligheter til å samle inn og oppbevare personopplysninger gjennom overvåkning, sporing, avlytting og dataregistrering. De tekniske verktøyene gjør at personvernet i større grad står i fare for å krenkes sammenlignet med tidligere. I *Dekkagent-dommen* benyttet politiagenten teknisk utstyr i form av lydopptak for å innhente bevis for den straffbare handlingen.⁸⁴ Dette illustrerer at politiet ved bruk av provokasjon har enkel tilgang til å registrere og samle inn personopplysninger. At denne muligheten er lettere tilgjengelig nå enn tidligere, får særlig betydning for borgernes tillit til politiet.

3.6 Tillits- og misbrukshensynet

Det kan knyttes en rekke betenkeligheter til provokasjon som etterforskningsmetode. Dette punktet vil kaste lys over hvordan bruk av provokasjon kan svekke borgernes tillit til politiet, og hvordan metoden står i fare for å bli misbrukt.

Borgernes tillit til politiet og rettssystemet er en grunnleggende forutsetning for en velfungerende rettsstat.⁸⁵ Hvorvidt enkeltindividene har tillit til politiet beror i stor grad på myndighetsutøvelsens legitimitet. Hovedbegrunnelsen for vedtakelsen av GrL. § 113 var

⁸² Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) punkt 7.2 s. 36, Rundskriv nr. 2/2018 kap III punkt. 2.2 og Rt. 1984 s. 1076.

⁸³ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) punkt 7.2 s. 36.

⁸⁴ HR-2019-1747-A.

⁸⁵ Bjerknes og Fashing, 2018 s. 66.

nettopp å hindre maktmisbruk og vilkårlig myndighetsutøvelse.⁸⁶ Provokasjonshandlingens inngripende karakter og metodens manglende lovforankring, kan føre til manglende tillit til politiet. Tillit henger nært sammen med demokratisk legitimitet, da myndighetsutøvelse som har “grunnlag i lov” utøves i tråd med folkeviljen.

Vernet mot kriminalisering står som et sterkt mothensyn til bruk av politiprovokasjon. Kriminaliseringsvernet innebærer at politiet ikke skal bidra eller medvirke til at det begås straffbare handlinger. Som nevnt i punkt 3.2 går politiets kjerneoppgaver ut på å forebygge, avdekke og etterforske kriminalitet, jf. politiloven § 2 nr. 2 og 3. Bruk av provokasjon medfører en fare for at politiet er med på å skape kriminalitet i stedet for å forebygge og avdekke.⁸⁷ Dette gjør seg særlig gjeldende ved tiltaleprovokasjon, der politiets påvirkning og innblanding skjer før den straffbare handlingen har funnet sted. Kriminaliseringsvernet vil imidlertid også ha betydning ved bruk av bevisprovokasjon, da fremskaffelsen av bevis kan føre til at nye lovbrudd blir begått.

Det fremstår neppe som særlig tillitsvekkende at politiet gjennom sine provokative handlinger potensielt kriminaliserer en person som på det gjeldende tidspunkt ikke har begått en straffbar handling. Organisert narkotikakriminalitet foregår ofte i miljøer der ikke alle involverte har begått kriminalitet tidligere. Dersom politiet oppsøker en person som ikke har begått straffbare handlinger tidligere, og “frister” eller “lurer” denne til å begå kriminalitet, vil dette anses svært uheldig. Det må imidlertid presiseres at det er oppstilt et grunnvilkår som må være oppfylt for iverksettelse av provokasjon, som nettopp skal sikre at den nevnte situasjonen ikke forekommer. Grunnvilkåret går ut på at provokasjon ikke kan gjennomføres dersom den straffbare handlingen ikke ville funnet sted uten politiets innblanding.⁸⁸ Dette vil oppgaven komme tilbake til i punkt 4.3.

Når politiet oppsøker bestemte kriminelle miljøer, oppstår det en fare for at enkelte personer blir utsatt for myndighetsmisbruk. Til tross for det nevnte grunnvilkåret som gjelder ved bruk av provokasjon, vil det ved tiltaleprovokasjon alltid foreligge en viss mulighet for at lovbruddet ikke ville blitt begått uten politiets innblanding. I kraft av politiets adgang til å

⁸⁶ Hopsnes og Solberg 2005/2 s. 86.

⁸⁷ Hopsnes, 2003/2 s. 70.

⁸⁸ Rundskriv nr. 2/2018 kap. III punkt 2.1.

anvende provokasjon mot bestemte personer, er det alltid en fare for at politiutøvelsen baserer på personlige eller politiske motiver.⁸⁹ En risiko for at statens maktapparat benyttes til å kriminalisere andre på bakgrunn av slik motivasjon anses uheldig.

For å hindre maktmisbruk vil kontroll med politiet være en viktig rettssikkerhetsgaranti. Manglende kontroll med politiets bruk av politiprovokasjon, kan svekke tilliten til at praksisen er i samsvar med de vilkår og retningslinjer som er utformet av rettspraksis og presisert av Riksadvokaten. Kravet om en forsvarlig saksbehandling og vilkåret om at prosessuelle grunnprinsipper skal ivaretas,⁹⁰ skal sikre at politiet ikke misbruker sin myndighet. Det kan likevel i enkelte situasjoner være vanskelig å føre kontroll over at politiets provokasjonshandlinger i tilstrekkelig grad oppfyller vilkårene. Politiet har derfor en særlig viktig oppgave om å sikre notoritet rundt metodebruken. Fokuset på politiets bruk av metoder med provokasjonstilsnitt, og kontrollen rundt dette har i de senere år blitt mer fremtredende, noe Riksadvokatens rundskriv fra 2018 illustrer.⁹¹ Manglende kontroll utgjør en betydelig fare for misbruk, se eksempelvis avgjørelsen mot Eirik Jensen i HR-2020-2157-U som viser at dette hensynet står sentralt. Saken angår ikke direkte bruk av provokasjon, men illustrerer at manglende kontroll fra politiets side gir “gråsoner”, som gjør det vanskelig å vite hvilke handlinger som utføres ved bruken av provokasjon.

4. Vilkår for provokasjon

4.1 Introduksjon

I punkt 4 vil vilkårene for provokasjon presenteres. Riksadvokaten deler vilkårene inn i grunnvilkår og tilleggsvilkår,⁹² og det fremstår derfor som mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i denne inndelingen ved redegjørelsen av vilkårene. Det vil bli tatt stilling til hvorvidt de samme vilkårene gjelder for bruk av både bevis- og tiltaleprovokasjon, samt rettsvirkningene ved overskridelse av vilkårene.

⁸⁹ Hopsnes, 2003/2 s. 71.

⁹⁰ Se nærmere om vilkåret i punkt 4.4.6.

⁹¹ Rundskriv nr. 2/2018 kap. III punkt 3.

⁹² Rundskriv nr. 2/2018.

4.2 Generelt om vilkårene

Vilkårene for bruk av provokasjon utledes av praksis fra Høyesterett og EMD.⁹³ HR-2020-2137-A oppsummerer dagens rettstilstand og grensene som er trukket av tidligere avgjørelser. Riksadvokaten har utarbeidet rundskriv om vilkårenes innhold, hvor det nyeste Rundskriv nr. 2/2018 er av særlig interesse. Selv om rundskrivet ikke er bindende for domstolene vil det være hensiktsmessig å vise til dette ved redegjørelsen av vilkårene, ettersom retningslinjene tar utgangspunkt i høyesterettspraksis.

Vilkåret som i praksis blir omtalt som grunnvilkåret går ut på at “framferda til politiet ikkje fører til fullbyrding av ei strafflagd handling som elles ikkje ville blitt gjort”.⁹⁴ Dette innebærer et forbud mot såkalt “konstitutiv” provokasjon.⁹⁵ Videre er det oppstilt flere tilleggsvilkår om at metoden kun kan benyttes “ved mistanke om alvorlege strafflagde handlingar” og bare “når tradisjonelle etterforskingmetodar er utilstrekkelege”. Videre må bruken være “proporsjonal”, den må “ikkje vera i strid med andre prosessuelle grunnprinsipp”, og saksbehandlingen må være “fullgod”.⁹⁶ Vilkårene kan deles inn i materielle og prosessuelle vilkår. De materielle vilkårene omfatter grunnvilkåret og kriminalitetskravet, mens de resterende vilkårene anses som prosessuelle. Skillet har betydning for beviskravet og rettsvirkningen av en eventuell overskridelse.⁹⁷

Videre kan det synes som om det stilles ulike vilkår ved bevisprovokasjon og ved tiltaleprovokasjon. Høyesterett har i flere avgjørelser gitt uttrykk for at det gjelder strengere vilkår ved bruk av tiltaleprovokasjon, se bl.a. Rt. 2000 s. 1345 (s. 1348).⁹⁸ Begrunnelsen for at vilkårene ikke tolkes like strengt ved bevisprovokasjon, er at politiet mistenker at vedkommende allerede har begått en straffbar handling.

4.3 Grunnvilkåret

Grunnvilkåret for lovlig provokasjon går ut på at politiets handling ikke må være årsaken til at mistenkte begår et lovbrudd eller et mer alvorlig lovbrudd. Det er altså tale om et årsakskrav, hvor det sentrale er hvem som initierer den straffbare handlingen. Bruk av

⁹³ HR-2020-2137-A avsnitt 30.

⁹⁴ HR-2020-2137-A avsnitt 34.

⁹⁵ Hopsnes, 2003/2 s. 65.

⁹⁶ HR-2020-2137-A avsnitt 34.

⁹⁷ Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 37 og 39.

⁹⁸ Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess 2. utgave*, 2019 s. 175.

metoder med provokasjonstilsnitt er kun tillatt når politiet kan bevise utover enhver rimelig tvil at lovbruddet ville skjedd uavhengig av deres innblanding.⁹⁹ Politiets handlemåte må derfor ha vært passiv nok til at provokasjonobjektet ikke på noen måte har blitt direkte påvirket til å begå den aktuelle handlingen. Hovedbakgrunnen for grunnvilkåret er hensynet til vernet mot kriminalisering. Politiet skal ikke bidra eller medvirke til kriminalitet.

Til tross for at årsakskravet oppstiller en skranke mot å fremkalle kriminelle handlinger, har politiet likevel et visst rom til å påvirke hendelsesforløpet. I *Politiheroin-dommen*, der politiet ved tiltaleprovokasjon overtok mistenktes telefonkontakt, og avtalte levering av et parti amfetamin, endret politiet leveringstid- og sted i forbindelse med overleveringen.

Tiltaleprovokasjonen ble ikke ansett for å ha påvirket selve handlingen.¹⁰⁰ Avgjørelsen illustrerer at politiet har adgang til å påvirke visse elementer ved handlingen, såfremt det kan bevises at deres påvirkning ikke var det avgjørende for at lovbruddet ble begått.

Det er videre klart at en provokativ handling fra politiet vil anses rettsstridig dersom det ikke kan bevises at lovbruddet ville ha funnet sted uten politiets innblanding. I Rt. 1993 s. 473 var en person mistenkt for ulovlig persontransport. To medhjelpere av politiet fikk i oppdrag å oppsøke mistenkte for å be om skyss mot betaling, noe mistenkte gikk med på. Denne provokative handlingen, som resulterte i at mistenkte utførte en ulovlig persontransport, ble av retten ansett å være initiert og fremkalt av politiet (deres medhjelpere). Det ble ikke funnet bevis for at den tiltalte ville ha begått persontransporten dersom politiets handling ikke hadde funnet sted.

Ettersom bevisprovokasjon gjennomføres *etter* at den straffbare handlingen har funnet sted, vil det som utgangspunkt ikke foreligge noe risiko for at grunnvilkåret ikke er oppfylt når bevisprovokasjon benyttes. Hvorvidt grunnvilkåret i like stor grad gjør seg gjeldende som rettslig skranke for begge provokasjonstypene, er vanskelig å utlede fra rettspraksis. I Rt. 2000 s. 1345 uttalte Høyesterett i forbindelse med grunnvilkåret ved *tiltaleprovokasjon* at *“noe annet er såkalt ‘bevissikringsprovokasjon’, hvor provokasjonshandlingen bare tar sikte på å fremskaffe bevis for en straffbar handling som allerede er begått. Hvorvidt en slik provokasjon vil kunne aksepteres, må bero på en konkret vurdering, og det er neppe mulig*

⁹⁹ Rundskriv nr. 2/2018 punkt 2.1.

¹⁰⁰ Rt. 1984 s. 1076.

eller formålstjenlig å angi generelt når en slik fremgangsmåte er lovlig".¹⁰¹ Uttalelsen kan gi uttrykk for at grunnvilkåret stiller seg annerledes ved bevisprovokasjon enn ved tiltaleprovokasjon.

I NOU 2016: 24 ble det foreslått at grunnvilkåret ikke skulle gjelde for bevisprovokasjon.¹⁰² Hensynet om at politiet ikke skal bidra til kriminalisering gjør seg ikke gjeldende på samme måte når politiet kun fremprovoserer bevis for en straffbar handling som allerede er begått. Lovforslaget ble som nevnt ikke vedtatt, slik at dette resonnementet må tillegges begrenset betydning.

I HR-2020-2137-A presenterte imidlertid Høyesterett vilkårene for provokasjon uten å skille mellom bevis- og tiltaleprovokasjon. Ettersom denne saken gjaldt bevisprovokasjon, og Høyesterett eksplisitt vurderte grunnvilkåret opp mot denne provokasjonshandlingen,¹⁰³ taler dette for at grunnvilkåret gjelder ved bevisprovokasjon. En slik forståelse kan også utledes av Riksadvokatens rundskriv, som heller ikke skiller mellom provokasjonstypene ved behandlingen av grunnvilkåret.¹⁰⁴

Selv om det forutsettes at grunnvilkåret må være oppfylt ved bevisprovokasjon, vil dette være uproblematisk i de fleste tilfeller der bevisprovokasjonshandlingen skjer etter at det straffbare forholdet har funnet sted. Likevel kan det oppstå situasjoner der grunnvilkåret får avgjørende betydning som rettslig skranke ved denne provokasjonstypen. Det kan for det første gå lang tid mellom politiets provokasjonshandling og fremskaffelsen av beviset.¹⁰⁵ Hvis politiet for eksempel har som formål å innhente bevis for besittelse av narkotika, kan deres provokative handling over tid lede til at provokasjonsobjektet går til innkjøp av ytterligere narkotika enn det som opprinnelig var i hans besittelse. Det lange tidsrommet mellom provokasjonshandlingen og det fremprovoserte beviset har da forårsaket nye straffbare handlinger som ikke ville skjedd uten politiets innblanding. I slike tilfeller vil grunnvilkåret sette en avgjørende begrensning for hvorvidt de innhentede bevis kan benyttes i etterforskningen.

¹⁰¹ Rt. 2000 s. 1345 s. 1348.

¹⁰² NOU 2016: 24 punkt 14.10.7 s. 345 og kap. 21 s. 58.

¹⁰³ HR-2020-2137-A avsnitt 34 og 44.

¹⁰⁴ Rundskriv nr. 2/2018 kap. III punkt 2.1.

¹⁰⁵ Rundskriv nr. 2/2018 kap. III punkt 2.1.

For det andre vil det kunne oppstå situasjoner der en bevisprovokasjon i realiteten har utgjort en tiltaleprovokasjon. Riksadvokatens rundskriv gir uttrykk for at det er politiets *intensjon* med provokasjonshandlingen som er bestemmende for hvorvidt det foreligger bevisprovokasjon eller tiltaleprovokasjon.¹⁰⁶ Samstemt rettspraksis legger imidlertid opp til at det er politiets *faktiske handling* som er det avgjørende.¹⁰⁷

Rt. 2000 s. 1223 illustrerer at det er politiets *faktiske handling* som er av betydning for hvilken provokasjonstype som er benyttet. Politiets formål var i denne saken å fremskaffe bevis for innkjøp og besittelse av heroin. Det ble benyttet en politiinformant til å avtale kjøp av heroin fra mistenkte. Høyesterett anså avtalen mellom mistenkte og informanten for å være den utløsende faktoren for at heroinet ble anskaffet av mistenkte. Grunnvilkåret ved bevisprovokasjonen ble derfor ikke ansett å være oppfylt, og retten kom til at politiets handling ikke kunne benyttes som bevis i etterforskningen. Dommen gir uttrykk for at grunnvilkåret utgjør en rettslig skranke for bruk av bevisprovokasjon, når politiets intensjon om å innhente bevis ikke samsvarer med det som faktisk har skjedd.

Det kan stilles spørsmål til om det er riktig å kategorisere de type handlinger som oppsto i Rt. 2000 s. 1223 som *bevisprovokasjon* fordi politiets *intensjon* var å fremskaffe bevis, når de i realiteten utførte en tiltaleprovokasjon. En synsvinkel kan være å se dette som en kombinasjon av de to provokasjonstypene, der hensikten med å bruke bevisprovokasjon går over til å bli en tiltaleprovokasjon. Hopsnes argumenterer imidlertid for at det kun er tale om bevisprovokasjon i de tilfeller hvor provokasjonshandlingen kun retter seg mot den straffbare handlingen som allerede er begått. Dersom politiet på en eller annen måte fremprovoserer et nytt straffbart forhold, vil dette falle utenfor betegnelsen bevisprovokasjon, og vil da utgjøre en tiltaleprovokasjon.¹⁰⁸

Hvorvidt grunnvilkåret har noe reell betydning for bevisprovokasjon, kan diskuteres. Dersom politiet *kun* fremskaffer bevis i en sak hvor den straffbare handlingen allerede er begått, vil grunnvilkåret uten videre være oppfylt. Dersom politiets innblanding fremprovoserer en ny eller annen straffbar handling, vil det ikke lenger være tale om en bevisprovokasjon. Det

¹⁰⁶ Rundskriv nr. 2/2018 kap. III punkt 2.1.

¹⁰⁷ Se f.eks. Rt. 1998 s. 407 og Rt. 2000 s. 1223.

¹⁰⁸ Hopsnes, 2003/2 s. 86-87.

synes likevel mest hensiktsmessig å se på grunnvilkåret som en rettslig skranke ved bruk av både tiltaleprovokasjon og bevisprovokasjon.

Oppsummeringsvis kan man se det slik at grunnvilkåret også vil fungere som en rettslig skranke for bruk av *bevisprovokasjon*. Ved å oppstille grunnvilkåret som en rettslig skranke uavhengig av intensjonen bak provokasjonshandlingen, vil det være politiets faktiske handling som er avgjørende for om vilkåret er oppfylt. Det kan derfor ikke være karakteriseringen av den enkelte provokasjonstypen som har betydning, da det avgjørende er hva som faktisk har funnet sted. Grunnvilkåret vil derfor presisere det absolutte forbudet mot konstitutiv provokasjon, i tillegg til at det fungerer som en sikkerhetsventil i de tilfeller hvor bevisprovokasjonen går over til å bli en tiltaleprovokasjon.

4.4 Tilleggsvilkårene

4.4.1 Introduksjon

Det første tilleggsvilkåret omtales som det andre materielle vilkåret, og går ut på at provokasjon er forbeholdt de tilfeller hvor politiet har *mistanke om alvorlig kriminalitet*. De resterende tilleggsvilkårene er prosessuelle, og innebærer at metodebruken må oppfylle kravene til subsidiaritet, forholdsmessighet, ivaretagelse av prosessuelle prinsipper og forsvarlig saksbehandling.¹⁰⁹

4.4.2 Mistanke om alvorlig kriminalitet

En ordlydsfortolkning av vilkåret om at det må foreligge en *mistanke om alvorlig kriminalitet*, signaliserer at provokasjon kun skal benyttes når det foreligger en sterk nødvendighet for metodebruken. Vilket inneholder både et krav om *mistanke*, og et krav om *alvorlig kriminalitet*.

Høyesterett har ikke eksplisitt tatt stilling til hvordan *mistankekravet* skal tolkes ved bruk av provokasjon, men Riksadvokaten har beskrevet dette som et krav om “skjellig grunn til mistanke”.¹¹⁰ Dette er naturlig, da et slikt beviskrav samsvarer med de øvrige tvangsmidlene som politiet kan benytte i etterforskningen. Ved slike tvangsmidler stilles det også krav til

¹⁰⁹ HR-2020-2137-A avsnitt 34.

¹¹⁰ Rundskriv nr. 2/2018 punkt 2.2.

“skjellig grunn”,¹¹¹ som innebærer at det må kunne konstateres “at det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handling saken gjelder enn at han ikke har det”.¹¹² Mistankekravet henger sammen med kriminalitetskravet, hvilket betyr at det må være sannsynlighetsovervekt for at mistenkte har begått “alvorlig kriminalitet”.¹¹³

Når det gjelder kravet om *alvorlig kriminalitet* har Høyesterett slått fast at hvorvidt en straffbar virksomhet eller handling oppfyller kriminalitetskravet, beror på en nærmere vurdering av saksforholdet.¹¹⁴ I Rt. 1993 s. 473, som gjaldt en sak om ulovlig persontransport, tok Høyesterett stilling til om det straffbare forholdet oppfylte kriminalitetskravet. I den forbindelse ble det uttalt at det må tas “hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe” den aktuelle kriminalitetstypen som foreligger i den enkelte sak.¹¹⁵ Basert på dette ble den alvorlige persontransporten ikke ansett å oppfylle kriminalitetskravet for bruk av provokasjon. I litteraturen har det blitt tatt til orde for at brudd på skjenkereguleringer på utesteder heller ikke vil anses alvorlig nok til å begrunne bruk av provokasjon.¹¹⁶ Kriminalitetskravet henger tett sammen med de øvrige tilleggsvilkårene, hvor det sentrale vil være om metoden anses forholdsmessig og forsvarlig sett opp mot den kriminelle virksomheten eller det straffbare forholdet.¹¹⁷ Ved alvorlig kriminalitet vil metoden i større grad fremstå som forholdsmessig.

Lovbruddets strafferamme vil kunne gi en viss indikasjon på alvorlighetsgraden, selv om dette ikke i seg selv vil være avgjørende. I HR-2020-2137-A gikk ikke Høyesterett nærmere inn på hvilke lovbrudd som berettiger bruk av provokasjon, men slo fast at kriminalitetsvilkåret var oppfylt. I denne saken hadde tiltalte begått flere overgrep over internett, noe som utgjorde en overtredelse av straffebestemmelser med strafferamme på 21 års fengsel. Både strafferammen, handlingens karakter og omfang tilsa at bruk av provokasjon var akseptabelt.¹¹⁸

Et eksempel som illustrerer at overgrepssaker vil kunne oppfylle kriminalitetsvilkåret uavhengig av lovbruddets strafferamme, er Rt. 2011 s. 1455. I denne saken hadde tiltalte

¹¹¹ Jf. bl.a. strpl. §§ 171, 202a og 216a.

¹¹² Rt. 1993 s. 1302 og Rt. 2011 s. 946.

¹¹³ NOU 2016: 24 punkt 14.3.3.1 s. 308.

¹¹⁴ Rt. 1993 s. 473.

¹¹⁵ Rt. 1993 s. 473 s. 475.

¹¹⁶ Hopsnes, 2003/2 s. 108.

¹¹⁷ Øyen, 2022 s. 186.

¹¹⁸ HR-2020-2137-A avsnitt 44 og 45.

chattet med en jente på under 16 år, og avtalt at de skulle møtes for å ha seksuell omgang. Før møtet fant sted hadde moren til fornærmede tatt over kontakten uten at tiltalte visste om det, og informerte politiet om situasjonen. Da tiltalte ankom det avtalte stedet, møtte politiet opp i sivilt og pågrep tiltalte. Provokasjonen som var benyttet i saken ble ansett å være rettmessig. Dommen illustrerer at en handling om å avtale et møte barn under 16 år for å begå seksuelt overgrep (grooming) er et lovbrudd som anses alvorlig nok til at provokasjon kan benyttes. Grooming i strl. § 306 (som på domstidspunktet var straffeloven av 1902 § 201a¹¹⁹) har en strafferamme på 1 års fengsel, noe som viser at strafferammen og alvorlighetsgraden ikke alltid er sammenfallende.

I Riksadvokatens rundskriv fremgår det at kriminalitetsvilkåret gjør seg særlig gjeldende ved alvorlig narkotikakriminalitet.¹²⁰ En oversikt over rettspraksis gir også inntrykk av at flertallet av saker der politiet benytter provokasjon omhandler nettopp narkotikalovbrudd.¹²¹ Dette har sin bakgrunn i at slike saker ofte omfatter svært kompliserte forhold, der ordinær etterforskning ikke strekker til. Narkotikakriminalitet har i motsetning til volds-, seksual-, og vinningskriminalitet ingen direkte fornærmede. Narkotika anses imidlertid som et stort samfunnsproblem, både på grunn av dens skadevirkninger og dens organisering med mange involverte personer. I *Politiheroin-dommen* uttalte Høyesterett eksplisitt at “narkotikaovertredsenes samfunnsfarlige karakter tilsier at etterforskningen av disse forbrytelser må prioriteres høyt”.¹²² Dette gjør at narkotikakriminalitet ofte oppfyller kravet til alvorlig kriminalitet, og dermed gjør det rettmessig å benytte etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt.

Oppsummert utledes det av rettspraksis at kravet til mistanke om alvorlig kriminalitet beror på lovbruddets “samfunnsfarlige karakter”, der strafferammen og hvilke interesser som blir krenket vil stå sentralt.

4.4.3 Subsidiaritet

Vilkåret om subsidiaritet går ut på at provokasjon kun kan benyttes når “tradisjonelle etterforskningsmetoder er utilstrekkelige”.¹²³ Dette vilkåret er ikke særegent for provokasjon,

¹¹⁹ Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov.

¹²⁰ Rundskriv nr. 2/2018 kap. III punkt 2.2.

¹²¹ Se eksempelvis Rt. 1984 s. 1076, 2000 s. 1223, Rt. 2000 s. 1345, Rt. 2000 s. 1482 og Rt. 2008 s. 1659.

¹²² Rt. 1984 s. 1076 s. 1080.

¹²³ HR-2020-2137-A avsnitt 34.

da prinsippet gjelder ved enhver myndighetsutøvelse.¹²⁴ Prinsippet er utledet av behovsprinsippet, som gir uttrykk for at “tiltaket må være nødvendig eller til vesentlig lette i tjenesten”.¹²⁵ Subsidiaritetsprinsippet uttrykker i den forbindelse et krav om at myndighetene må anvende det minst inngripende tiltaket. Videre må tiltaket være egnet til å realisere formålet (adekvanskravet), og tiltaket må opphøre når formålet er nådd (tilstrekkelighetskravet).¹²⁶

De tradisjonelle etterforskningsmetodene kjennetegnes ved at de er åpne og at den mistenkte dermed er klar over at det er innledet en etterforskning mot ham. Subsidiaritetskravet stiller krav til at politiet i den konkrete sak har vurdert eller forsøkt å bruke tradisjonelle etterforskningsmetoder, for eksempel avhør eller ransakelse.¹²⁷

Kravet om subsidiaritet tolkes imidlertid ikke alltid like strengt, noe som fremgår av HR-2020-2137-A. I denne saken hadde ikke politiet aktivt forsøkt å etterforske med tradisjonelle etterforskningsmetoder, men Høyesterett anså saksforholdet som såpass komplekst at bruk av provokasjon var berettiget. Tiltaltes handlinger som gjaldt overgrep over internett på tvers av landegrensene, var av en slik karakter at politiet anså det nødvendig å opptre fordekt. Dette vil ofte være nødvendig ved slike lovbrudd for å hindre bevisforspillelse. Med andre ord, visse sakstyper er av en slik karakter at det ikke vil være hensiktsmessig å forsøke eller vurdere bruk av de alminnelige etterforskningsmetodene. Det vil da ikke stilles et absolutt krav til forgjeves forsøk på andre metoder.

Ettersom tiltaleprovokasjon forutsetter at det aktuelle lovbruddet ikke har funnet sted før provokasjonstidspunktet, er det klart at tradisjonelle etterforskningsmetoder ikke vil gi det ønskede resultat for politiets formål. På dette tidspunktet vil det ikke være noen gjerningsperson som kan ransakes, ingen vitner å avhøre og intet gjerningssted å undersøke. Av denne grunn ser man et behov for å ta i bruk utradisjonelle og skjulte etterforskningsmetoder. Rettspraksis fremstiller dette som særlig aktuelt ved organisert narkotikakriminalitet, hvor det også vil være vanskelig å innhente vitner i saken nettopp fordi de ofte er inkludert i det kriminelle miljøet. Det er derfor mer gunstig og effektivt for politiet å selv ta initiativ til å avdekke og straffeforfølge slike alvorlige lovbrudd.

¹²⁴ Auglend og Mæland, 2016 s. 628 og strpl. § 170a.

¹²⁵ Auglend og Mæland, 2016 s. 628.

¹²⁶ Auglend og Mæland, 2016 s. 631-636.

¹²⁷ Rundskriv nr. 2/2018 kap. III punkt 2.3.

I *Politiheroin-dommen* benyttet politiet seg av tiltaleprovokasjon for å få kontroll på narkotikaoverleveringen og dermed pågripe mistenkte.¹²⁸ Det var her tale om flere parter som blant annet befant seg i Nederland, noe som gjorde det vanskelig for politiet å etterforske på ordinære måter. Høyesterett uttalte i den forbindelse at politiet ikke med rimelighet kunne anta at alminnelige tradisjonelle etterforskningsmetoder ville lede til “et tilfredsstillende resultat”.¹²⁹ Det ble begrunnet med at kontaktene som mistenkte hadde i Nederland ikke var identifisert, og at det norske politiet hadde vanskeligheter med å få bistand fra nederlandsk politi i forbindelse med saken. Førstvoterende uttalte dermed at “jeg har vanskelig for å se at politiet kunne gjøre seg noen særlige forhåpninger om at henvendelse til portugisisk politi eller fengselsmyndigheter ville løse de problemer man stod overfor”.¹³⁰ Dommen signaliserer at subsidiaritetskravet ofte vil anses oppfylt i slike komplekse sakstyper.

4.4.4 Forholdsmessighet

Strpl. § 170 a inneholder et krav om at tvangsmidler ikke må være et “uforholdsmessig inngrep”. Det oppstilles følgelig et krav om at tiltaket må være nødvendig, jf. ordlyden “tilstrekkelig grunn”.¹³¹ Bestemmelsen knytter seg primært til tvangsmidlene som fremgår av straffeprosesslovens fjerde del, men det er sikker rett at forholdsmessighetskravet gjelder som et grunnleggende prinsipp for all straffeprosessuell myndighetsutøvelse.¹³² Det er altså et vilkår for bruk av provokasjon at metoden må være proporsjonal i den konkrete saken.¹³³

Kravet om forholdsmessighet henger nært sammen med kriminalitetsvilkåret.

Forholdsmessighetskravet går i korte trekk ut på at straffeforfølgningen må være nødvendig, og må samlet sett stå i et rimelig forhold til etterforskningens formål, mistankens styrke, forholdets alvorlighetsgrad og mistenktes vern mot inngripende myndighetsutøvelse.¹³⁴ Hvorvidt politiets metodebruk anses forholdsmessig, beror følgelig på en helhetsvurdering av den samlede etterforskningen. Vilkåret kan få selvstendig betydning i tilfeller hvor politiet har benyttet seg av andre inngripende metoder i tillegg til provokasjon, eller hvor provokasjonshandlingene har gått over et lengre tidsrom med høy intensitet uten ønsket resultat.¹³⁵

¹²⁸ Rt. 1984 s. 1076.

¹²⁹ Rt. 1984 s. 1076 s. 1082.

¹³⁰ Rt. 1984 s. 1076 s. 1082.

¹³¹ Strpl. § 170 a.

¹³² Øyen, 2022 s. 196.

¹³³ HR-2020-2137-A avsnitt 34 og Rundskriv nr. 2/2018 kap. III punkt 2.4.

¹³⁴ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) punkt 3.4 s. 17.

¹³⁵ Rundskriv nr. 2/2018 kap. III punkt 2.4.

I HR-2020-2137-A legger Høyesterett betydelig vekt på forholdsmessighetskravet når de vurderer rettmessigheten av politiets bruk av bevisprovokasjon. Det uttales i den konkrete vurderingen av vilkårene i saken at provokasjonsmetoden som var brukt “var lite inngripande” overfor tiltalte, og at den var “klart proporsjonal i lys av dei moglege lovbrota som vart etterforska”.¹³⁶ Uttalelsen gir uttrykk for at det skal mindre til å oppfylle forholdsmessighetskravet når karakteren av den straffbare handlingen som blir etterforsket er alvorlig, enn der det er tale om mindre alvorlige lovbrudd.

4.4.5 Ivaretagelsen av prosessuelle prinsipper

4.4.5.1 Introduksjon

Høyesterett har gjentatte ganger slått fast at politiets bruk av provokasjon ikke må være i strid med grunnleggende prinsipper, uten at de på generelt grunnlag angir hvilke prinsipper dette gjelder.¹³⁷ I likhet med øvrige etterforskningstiltak må provokasjonshandlingen ivareta de allmenne prinsippene som gjelder på straffeprosessens område. Vernet mot selvinkriminering er det mest relevante prinsippet ved politiets bruk av provokasjon, særlig bevisprovokasjon.

4.4.5.2 Selvinkrimineringsvernet

Et prinsipp som er særlig fremtredende ved bruk av bevisprovokasjon, er vernet mot selvinkriminering.¹³⁸ Høyesterett har ved flere anledninger tatt stilling til om metodebruken har krenket mistenktes vern mot selvinkriminering.¹³⁹ I Rt. 1999 s. 1269 var en fengselsbetjent mistenkt for å ha hjulpet en innsatt med å rømme. I etterforskningen benyttet politiet seg av bevisprovokasjon for å fremskaffe bevis for mistenktes handling. Provokasjonshandlingen gikk ut på at politiet fikk en annen innsatt i fengselet til å be fengselsbetjenten om bistand til å rømme. Fengselsbetjenten sa seg villig til å hjelpe, og det ble avtalt at han skulle tegne en skisse av fengselet. En politibetjent møtte deretter opp i sivilt på et avtalt møtested og utga seg for å være den innsattes medhjelper. Politibetjenten var utstyrt med skjult mikrofon og båndopptaker, og spurte fengselsbetjenten om hans deltakelse i den tidligere rømningen. Fengselsbetjenten innrømmet da at han hadde bistått den tidligere innsatte med å flykte. Dette lydopptaket ble av Høyesterett ikke tillatt som bevis i

¹³⁶ HR-2020-2137-A avsnitt 45.

¹³⁷ Jf. bl.a Rt. 1984 s. 1076 og HR-2020-2137-A.

¹³⁸ Jf. strpl. §§ 90 og 232 første ledd, EMK art. 6 og International Covenant on Civil and Political Rights, 16. December 1966 (entered into force 23. March 1976) 999 UNTS 171 (SP) art. 14 nr. 3 bokstav g.

¹³⁹ Jf. bl.a Rt. 1999 s. 1269 og HR-2019-1747-U.

straffesaken, da politiets handling hadde ført til at fengselsbetjenten på politiets initiativ inkriminerte seg selv, og forklarte seg om et forhold som han hadde rett til å forholde seg taus om. Dommen illustrerer at vernet mot selvinkriminering er et grunnleggende prinsipp i straffeprosessen, og at prinsippet kan stå sterkere enn hensynet til å oppklare saken.

Bruk av bevisprovokasjon som innebærer at mistenkte forklarer seg, vil imidlertid ikke automatisk føre til krenkelse av inkrimineringsvernet, noe *Dekkagent-dommen* illustrerer.¹⁴⁰ I denne saken ble ikke bevisinnhenting til politiet ansett å komme i strid med retten til å holde seg taus. Det sentrale for begrunnelsen var politiets passive rolle, og at det tydelig var mistenkte som selv tok initiativ til å forklare seg om forholdet. Innholdet i vernet mot selvinkriminering og hvordan metodebruken stiller seg til dette vernet vil oppgaven komme nærmere inn på i punkt 6.3.2.

4.4.6 Forsvarlig saksbehandling

I Høyesteretts redegjørelse av vilkårene for provokasjon i HR-2020-2137-A uttalte førstvoterende at det i tillegg gjelder et krav til “fullgod sakshandsaming”.¹⁴¹ Kravet skal i all hovedsak sikre at politiet ikke misbruker sin myndighet. Hvorvidt metodebruken tilfredsstillende kravet til forsvarlig saksbehandling knytter seg primært til kontrollhensynet, hvor beslutningskompetansen og notoriteten bak planleggingen av metodebruken står sentralt.¹⁴² I rundskrivet har Riksadvokaten utarbeidet krav til hvem som kan beslutte bruk av provokasjon og formkravene til beslutningsgrunnlaget.¹⁴³ Som nevnt er ikke domstolene bundet av retningslinjene til Riksadvokaten, men de vil få sterk betydning ved vurderingen av om saksbehandlingen i etterforskningen anses forsvarlig.

Beslutningskompetansen ved bruk av provokasjon er som utgangspunkt forbeholdt statsadvokatene, etter innstilling fra politimesteren. I akutte og alvorlige situasjoner kan metodebruken også treffes på politimesternivå, men da stilles det enda strengere krav til notoritet rundt prosessen. Videre skal anmodningen til statsadvokatene inneholde en reguleringsplan, som skal legge frem hvilke holdepunkter og bevis politiet mener de har som kan begrunne at metodebruken bør tillates.¹⁴⁴ Hovedhensynet bak denne beslutningsprosessen

¹⁴⁰ HR-2019-1747-A.

¹⁴¹ HR-2020-2137-A avsnitt 34.

¹⁴² Rundskriv nr. 2/2018 kap. III punkt 3.

¹⁴³ Rundskriv nr. 2/2018 kap. III punkt 3.

¹⁴⁴ Rundskriv nr. 2/2018 kap. III punkt 3.

er å sikre notoritet, slik at domstolene har tilstrekkelig mulighet til å etterprøve saksbehandlingen.

I *Skrik-dommen* kom Høyesterett til at deler av politiets saksbehandling ikke var i “tilstrekkelig grad under kontroll av politiet”.¹⁴⁵ Videre uttalte Høyesterett at aksjonen ikke var “dokumentert eller belyst på den måten bruk av en så vidt ekstraordinær etterforskningsmetode bør være”. Av denne grunn ble etterforskningen ansett å være “beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for en domfellelse”. Dommen illustrerer at kravet om forsvarlig saksbehandling utgjør en selvstendig skranke for om metodebruken anses rettmessig.

4.5 Rettsvirkninger ved brudd på vilkårene

Av høyesterettspraksis ser man at brudd på grunnvilkåret kan få andre virkninger for sakens utfall, enn når det er ett eller flere av tilleggsvilkårene som er overskredet. Videre viser rettspraksis at rettsvirkningen ved brudd på de prosessuelle tilleggsvilkårene må avgjøres ut fra en helhetsvurdering av om etterforskningen inneholder så grove feil at bevisene ikke kan brukes som grunnlag for tiltale eller domfellelse.¹⁴⁶

I Rt. 1992 s. 1088 slo Høyesterett fast at dersom politiet har fremprovosert den straffbare handlingen og dermed foretatt en “konstitutiv provokasjon”, må dette lede til frifinnelse. Førstvoterende uttalte på side 1091 at “jeg finner at man da bør se det slik at det foreligger en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjon. Jeg kan ikke se at det i disse tilfeller mangler noen prosessforutsetning eller at det ellers kan være grunnlag for å avvise saken”. Ved overskridelse av grunnvilkåret skal politiet som utgangspunkt ikke reise tiltale, da dette er en feil som griper inn i skyldspørsmålet. Dersom tiltale likevel reises, må domstolen avsi frifinnelsesdom.¹⁴⁷ Denne oppfatningen er lagt til grunn i en rekke avgjørelser der grunnvilkåret ikke har vært oppfylt, og anses dermed som sikker rett, se bl.a. Rt. 2000 s. 1223 (s. 1227) og Rt. 2000 s. 1482 (s. 1083).

¹⁴⁵ Rt. 1998 s. 407 s. 412.

¹⁴⁶ Rundskriv nr. 2/2018 Kap. III punkt 2.1. med henvisning til Rt. 2000 s. 1223.

¹⁴⁷ Jf. også Rundskriv nr. 2/2018 Kap. III punkt 2.1.

Det kan reises spørsmål om hva som blir virkningen i de tilfeller hvor politiet kun fremprovoserer en *mer alvorlig* straffbar handling, men der mistenkte uansett ville begått en straffbar handling. Politiet har i slike tilfeller ikke bidratt til kriminalisering, men de har fått mistenkte til å begå et grovere lovbrudd enn hva som ellers ville forekommet. En oppfatning er at mistenkte i slike situasjoner kun bør domfelles for den straffbare handlingen som ville skjedd uten politiets innblanding, og at det straffealternativet som politiet har fremkalt ikke er relevant.¹⁴⁸

Brudd på de prosessuelle vilkårene kan lede til frifinnelse selv om politiets handling ikke har forårsaket en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått. I *Skrik-dommen* uttalte Høyesterett på generelt grunnlag at metodebruken i denne saken var “beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for en domfellelse”.¹⁴⁹ Uttalelsen ble fulgt opp i Rt. 2000 s. 1223, hvor grunnvilkåret var oppfylt, men på grunn av svakheter i etterforskningen ble tiltalte likevel frifunnet. Dersom grunnvilkåret er oppfylt, vil brudd på prosessuelle vilkår som utgangspunkt ikke føre til kriminalisering og misbruk fra politiets side. Når Høyesterett likevel kommer til at slike feil kan lede til frifinnelse, er det av hensyn til det strenge beviskravet som gjelder i strafferetten. Manglende notoritet bak gjennomføringen av metodebruken kan skape vanskelige bevisvurderinger for domstolene om hvorvidt politiet i realiteten har bidratt til at den straffbare handlingen fant sted.¹⁵⁰

En ytterligere rettsvirkning ved overskridelse av provokasjonsvilkårene ved bevisprovokasjon er bevisavskjæring. Denne rettsvirkningen aktualiseres i de tilfeller hvor den straffbare handlingen allerede er begått, men ett eller flere av de øvrige vilkårene ikke er oppfylt. Det er et generelt prinsipp i straffeprosessen at bevis som er innhentet på en “utilbørlig måte” *kan* nektes ført i retten.¹⁵¹ Brudd på vilkårene for bruk av bevisprovokasjon vil klart anses som utilbørlig, og retten må derfor avgjøre om den skal nekte beviset ført i den konkrete saken.

I Rt. 1999 s. 1269 ble som nevnt politiets lydopptak av samtalen med fengselsbetjenten ansett som et ulovlig ervervet bevis på grunn av inngrepet i mistenktes selvinkrimineringsvern. Det

¹⁴⁸ Hopsnes, 2003/2 s. 118.

¹⁴⁹ Rt. 1998 s. 407 s. 412.

¹⁵⁰ Hopsnes, 2003/2 s. 118 og 119.

¹⁵¹ Prinsippet er ulovfestet i straffeprosessen, men kan utledes av lov 17.juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 22-7.

neste spørsmålet for Høyesterett var om dette ulovlig ervervede beviset likevel skulle tillates ført i rettssaken. Høyesterett viste til et grunnleggende prinsipp om at dersom “føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført”.¹⁵² I denne saken ble det ansett klart at mistenktes rett til å holde seg taus ville blitt krenket på nytt dersom lydopptaket ble brukt som bevis i retten. Å benytte lydopptaket som bevis ville derfor ha representert en *gjentakelse* av rettsbruddet, og rettens konklusjon ble følgelig at beviset “skulle ha vært avskåret”.¹⁵³

Til tross for at vilkårene for bevisprovokasjon ikke er oppfylt, må det altså foretas en samlet vurdering av om beviset skal avskjæres. Ulovlig innhenting av bevis ved bruk av bevisprovokasjon griper ikke inn i skyldspørsmålet, noe som begrunner et videre rom til å akseptere feil fra politiets side. I tillegg til hvilket vilkår som er overskredet, og hvilken rettighet som er krenket, vil også det øvrige bevisbildet ha betydning. Det anses mer betenkelig å føre et ulovlig ervervet bevis dersom tiltalen utelukkende baserer seg på dette, enn i de tilfeller hvor det ulovlige beviset utgjør en mindre del av det samlede bevisbildet.¹⁵⁴ Dette var ett av momentene som ble tillagt vekt i *Dekkagent-dommen*. Høyesterett pekte på at “bevisførselen fra dekkoperasjonen [ikke] har hatt avgjørende betydning for sakens utfall”, da domfellelsen var basert på andre bevis av betydning, herunder en rekke vitneforklaringer. Samlet sett fremsto bevisførselen rundt politiets provokative dekkoperasjon kun som “støttemomenter i et ellers massivt bevisbilde”.¹⁵⁵ Motsatt resultat ser man i de tilfeller der beviset som ble fremskaffet ved provokasjonen er det avgjørende i saken, slik situasjonen var i Rt. 1999 s. 1269, der tiltalte ble frifunnet.

5. Legalitetsprinsippet som rettslig skranke

5.1 Introduksjon

Legalitetsprinsippet i Grl. § 113 foreskriver at “myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov”. Politiets bruk av skjulte etterforskningsmetoder, herunder provokasjon, er offentlig myndighetsutøvelse som griper inn i mistenktes privatliv. Ettersom dagens bruk av provokasjon blir foretatt uten å ha hjemmel i formell lovgivning, kan det

¹⁵² Rt. 1999 s. 1269 s. 1272.

¹⁵³ Rt. 1999 s. 1269 s. 1273.

¹⁵⁴ HR-2019-1747-U avsnitt 44.

¹⁵⁵ HR-2019-1747-U avsnitt 44.

stilles spørsmål om praksisen utgjør et “inngrep” etter Grl. § 113, og dermed om den er i tråd med den demokratiske legitimitet som legalitetsprinsippet bygger på.

Grl. § 113 setter en rettslig skranke for utøvelse av inngripende offentlig myndighet, ved at myndighetsutøvelsen kun aksepteres dersom den har grunnlag i lov.¹⁵⁶ Prinsippet gir altså uttrykk for en *forbudsnorm*, som forbyr inngripende myndighetsutøvelse uten forankring i formell lov, eller i medhold av formell lov.¹⁵⁷

Legalitetsprinsippetets betydning som forbudsnorm ble prøvd av Høyesterett i HR-2016-1833-A, der politiet mente de kunne finne relevant bevismateriale i form av fotografier og videoopptak av en voldshendelse på siktedes mobiltelefon. Telefonen var låst med elektronisk adgangssperre, og siktede nektet å medvirke til å ‘åpne’ telefonen med sitt fingeravtrykk. Høyesterett slo for det første fast at adgangssperren på telefonen gjorde det “nødvendig å bruke tvang overfor eieren for å få innsyn” og at “slik bruk av tvang krever hjemmel i lov”, med henvisning til blant annet legalitetsprinsippet i Grl. § 113. Det sentrale spørsmålet var dermed om strl. § 157 kunne anvendes som tilstrekkelig hjemmel for politiets tvangsbruk. Etter Høyesteretts tolkning av bestemmelsen ga denne “ikke (...) adgang til å bruke siktedes fingeravtrykk til å få tilgang til opplysninger i hans mobiltelefon”. Det var derfor “klart at lovkravet ikke [var] oppfylt”, og etterforskningsmetoden kunne derfor ikke benyttes. Dommen illustrerer hvordan legalitetsprinsippet utgjør en absolutt forbudsnorm for politiets myndighetsutøvelse.

Kjernen i legalitetsprinsippet er å “oppstille et krav til lovhjemmel, forankret i folkeflertallets vilje, for at makthaverne kan gripe inn i den enkeltes frihet”.¹⁵⁸ Prinsippet bygger på den grunnleggende demokratiske tanken om at borgerne har rett til frihet og selvbestemmelse, og at statlig innblanding kun er legitimt når myndighetsutøvelsen samsvarer med folkeflertallets vilje.¹⁵⁹ Politiets *inngrep* må derfor ha forankring i *formell lov* for å sikre den demokratiske legitimitet.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 25.

¹⁵⁷ Nilsen, 2022 s. 126.

¹⁵⁸ Dok.nr.16 (2011–2012) punkt. 41.5. s. 248.

¹⁵⁹ Dok.nr.16 (2011–2012) punkt. 41.2. s. 247.

¹⁶⁰ Nilsen, John Reidar, *Norwegian police law, crime prevention and its (need for more) democratic legitimacy*, 2022 s. 11.

Det er uavklart hvorvidt provokasjonshandlinger generelt kvalifiseres som et “inngrep”.¹⁶¹ På bakgrunn av lovskravet som legalitetsprinsippet oppstiller, kan praksisen stå i fare for å svekke den demokratiske legitimitet ved at den utgjør en krenkelse av vernede rettigheter som Grunnloven oppstiller.

I punkt 5.2 vil det avklares hva som kjennetegner et “inngrep” etter Grl. § 113, ved å vise til hvordan Høyesterett og EMD vurderer hva som kjennetegner et “inngrep” i et vernet retts gode. Videre foretas det i punkt 5.3 en nærmere vurdering av om provokasjon står i fare for å utgjøre et “inngrep”. Det vil deretter i punkt 5.4 tas stilling til hva som ligger i “grunnlag i lov”, og vurderes hvordan dette stiller seg til bruken av provokasjon. I punkt 5.4 vil det også vurderes hvorvidt politiet kan begrunne sin myndighetsutøvelse med hjemmel i den alminnelige handlefrihet.

5.2 Hva kjennetegner et “inngrep” etter Grl. § 113?

Det følger av forarbeidene til Grl. § 113 at legalitetsprinsippet gjelder for “ethvert inngrep i borgernes rettssfære”.¹⁶² Hva som omfattes av *borgernes rettssfære* kan i all hovedsak utledes av de grunnleggende rettsgodene som er vernet i Grl. kapittel E og EMK. Blant disse er individets bevegelsesfrihet, den fysiske og psykiske integritet og retten til privatliv eksempler på slike vernede rettigheter.

Grl. § 113 gir ingen nærmere definisjon av hva som ligger i begrepet “inngrep”, men det går frem av forarbeidene at det må “foreligge kvalifiserte forhold som rammer den enkelte”.¹⁶³ Basert på dette er det vanskelig å angi konkret hva som kjennetegner et “inngrep”, slik at det må ses hen til etablerte kriterier som beskriver dette nærmere. Enhver myndighetsutøvelse kan være byrdefull og tyngende, uten at det nødvendigvis utgjør et “inngrep”.¹⁶⁴

Det er sikker rett at legalitetsprinsippet omfatter både rettslige normeringer og faktiske handlinger som er foretatt av offentlige myndigheter.¹⁶⁵ *Rettslige normeringer* innebærer at forvaltningen treffer sanksjonerte påbud og forbud mot enkeltindividet, for eksempel når politiet nedlegger oppholdsforbud etter politiloven § 7 annet ledd. Det som kjennetegner et

¹⁶¹ Nærmere om dette i punkt 5.3

¹⁶² Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 41.2 s. 246.

¹⁶³ Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 41.2 s. 247.

¹⁶⁴ Nilsen, 2022 s. 283.

¹⁶⁵ Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 41.5 s. 249.

påbud eller forbud, er at den enkelte må tåle, gjøre eller unnlate noe som begrenser den formelle frihet.¹⁶⁶ Slike rettslige normeringer utgjør “kvalifiserte forhold som rammer den enkelte”, og vil derfor alltid karakteriseres som et “inngrep” etter Grl. § 113.

Hvorvidt myndighetsutøvelse i form av en *faktisk handling* er å anse som et “inngrep” er imidlertid vanskeligere å klargjøre. I teorien er det pekt på at myndighetsutøvelsen må overskride en viss “tålegrense”,¹⁶⁷ slik at politiet har et visst rom til å foreta ikke-inngripende tiltak som ikke er forbudt ved lov.¹⁶⁸ Tiltak som ikke overskrider denne nedre grensen utløser ikke krav om grunnlag i lov. Når politiet for eksempel foretar ordinær patruljering ved passiv tilstedeværelse, og observerer folk på offentlig sted, vil dette være av en så ‘uskyldig’ karakter at det neppe vil utgjøre et “inngrep”.¹⁶⁹ Foretar politiet derimot en mer intensiv observasjon over lengre tid og på privat område, kan handlingens karakter i større grad gripe inn i den enkeltes privatliv og dermed lettere utgjøre et “inngrep”.

Gr. § 113 oppstiller kun et *generelt* krav til grunnlag i lov ved “inngrep”. For å avgjøre hvorvidt en faktisk handling utgjør et “inngrep” etter Gr. § 113 må det ses hen til de ulike menneskerettighetene i Grunnloven og EMK. Når Høyesterett og EMD tar stilling til om det foreligger et “inngrep” i de vernede rettsgodene, ser det ut til at dette inngår i en større vurdering av om det konkrete tiltaket utløser kravet til lov. Ved inngrepsvurderingen vil det derfor ses hen til hvilke tiltak som Høyesterett og EMD har fastslått at utløser lovskravet.¹⁷⁰

Rettspraksis viser at et vesentlig kriterium for hva som kjennetegner et “inngrep” er hvilken rettighet det gripes inn i, altså rettighetens karakter.¹⁷¹ Tiltak som griper inn i bevegelsesfriheten vil klart utgjøre et “inngrep”, da denne rettigheten står særlig sterkt. Dette underbygges også av Gr. § 94 første ledd, som oppstiller et selvstendig lovskrav for faktiske handlinger som griper inn i borgernes bevegelsesfrihet. Retten til privatliv er også et vernet retts gode, men på grunn av rettighetens vide omgang, vil det være nyanser som gjør det vanskelig å fastslå hvilke tiltak som utgjør et “inngrep” i denne rettigheten.

¹⁶⁶ Nilsen, 2022 s. 110.

¹⁶⁷ Nilsen, 2022 s. 284.

¹⁶⁸ Nilsen, 2022 s. 102.

¹⁶⁹ Nilsen, 2022 s. 286.

¹⁷⁰ Eks. HR-2020-2137-A.

¹⁷¹ Aall, 2018 s. 121.

EMD har ved flere anledninger kommet frem til at faktiske handlinger som griper inn i borgernes privatliv kan utgjøre et relevant “inngrep” som utløser lovskravet. I avgjørelsen *Y.F v. Turkey* ble et pålegg om å avlegge blodprøve klart ansett som et “inngrep”.¹⁷² Et “inngrep” i privatlivet vil kunne foreligge i tilfeller der politiets tiltak har virket inn på individets fysiske eller psykiske integritet på en uønsket og/eller negativ måte.¹⁷³ I flere avgjørelser har EMD gitt uttrykk for at tiltakets *intensitet* overfor borgerens fysiske og psykiske integritet vil være av sentral betydning i inngrepsvurderingen.¹⁷⁴

Retten til privatliv etter Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 1. er en vid rettighet som verner flere ulike interesser.¹⁷⁵ Som nevnt har EMD gitt uttrykk for at graden av den fysiske og psykiske integritet har betydning for inngrepsvurderingen. Det faktum at Grl. § 102 annet ledd oppstiller en egen bestemmelse som presiserer at staten “skal sikre et vern om den personlige integritet” tilsier at borgernes personlige integritet står særlig sterkt. Det er klart at inngrepsterskelen for handlinger som griper inn i den *fysiske integritet* vil være enklere å fastslå, enn for handlinger som berører den *psykiske integritet*.¹⁷⁶ Tvangsmedisinering og tvangsforing er eksempler på tiltak som berører den fysiske integritet, og i avgjørelsen *Herczegfalvy v. Austria* ble dette klart ansett som inngrep etter EMK art. 8 nr. 1.¹⁷⁷ Ved handlinger som ikke direkte berører den fysiske integritet, for eksempel kommunikasjonskontroll, vil det derimot være vanskeligere å vurdere hvordan tiltaket har virket inn på individet. Når politiet benytter skjulte etterforskningsmetoder, som kommunikasjonskontroll og provokasjon, vil vedkommende som er underlagt en slik myndighetsutøvelse være uviten om tiltaket. Slike tiltak vil ikke berøre personen direkte, og vil derfor ikke sette begrensninger på hans frihet. Både Høyesterett og EMD viser til at det i slike tilfeller må foretas en konkret vurdering av hvorvidt handlingen utgjør et “inngrep”, der tiltakets intensitet, varighet og omfang vil ha sentral betydning.¹⁷⁸

Da Høyesterett i *Politiheroin-dommen* tok stilling til om tiltaleprovokasjonen som var brukt i saken utgjorde et “inngrep”, ble det uttalt at “enkelte etterforskningsskritt representerer et slikt inngrep overfor den det rettes mot”, men at metoden i den konkrete saken likevel ikke

¹⁷² *Y.F v. Turkey* [J] 2003, no. 24209/94 avsnitt 43.

¹⁷³ Nilsen, 2022 s. 283 og 284 som viser til *Čonka and others v. Belgium*, “Legal summary”.

¹⁷⁴ Nilsen, 2022 s. 285.

¹⁷⁵ Aall, 2018 s. 215 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 58.

¹⁷⁶ Hopsnes og Solberg 2005/2 s. 120.

¹⁷⁷ *Herczegfalvy v. Austria* [J], 1992, no. 10533/83.

¹⁷⁸ Se bl.a. *P.G. and J.H. v. The United Kingdom* [J], 2001, no. 44787/98 avsnitt 57.

aktualiserte lovskravet.¹⁷⁹ Det kan tolkes ut fra dette at inngrepsterskelen må vurderes konkret i hver enkelt sak, ut fra hvor intensivt og langvarig tiltaket har vært.

I Rt. 2009 s. 394 tok Høyesteretts ankeutvalg stilling til om politiets bruk av kommunikasjonskontroll etter strpl. § 216 b kunne tillates for å identifisere en *person* som brukte en mobiltelefon (et “anlegg”), til tross for at ordlyden tok sikte på å identifisere selve *telefonen* (“anlegget”). Det ble i denne forbindelse vist til uttalelsen i Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 109 om at politiet ikke kan “*ta i bruk GSM-identifiseringsystemer uten lovhjemmel. Selv i situasjoner hvor de aktuelle anleggenes identitet kan fanges opp uten at kommunikasjon avlyttes, innebærer bruk av slike systemer et så vidt følbart inngrep for de som berøres av undersøkelsene, at det ikke bør åpnes for bruk av slikt utstyr før Stortinget har tatt stilling til spørsmålet*”.¹⁸⁰ Hensynet til klar lovhjemmel måtte derfor etter ankeutvalgets syn i stå sterkere enn de reelle hensyn bak bestemmelsen, som lagmannsretten hadde begrunnet sin avgjørelse med. Dommen belyser at kommunikasjonskontroll utgjør et sterkt integritetsinngrep, på grunn av tiltakets ‘følbart’ og intensitet overfor den som ble rammet. Et slikt synspunkt har senere blitt fulgt opp i flere høyesterettsavgjørelser.¹⁸¹

Videre har hensynet til tiltakets varighet vist seg å være et sentralt kjennetegn for hva som utgjør et “inngrep”. Dette var særlig aktuelt i EMD sin avgjørelse i *Uzun v. Germany*.¹⁸² Her hadde politiet i løpet av en periode på tre måneder brukt GPS og kameraovervåking for å spore klagerens bevegelser. Både GPS-overvåkingen og kameraovervåkingen ble ansett å utgjøre et inngrep i klagerens privatliv. Dommen kan tas til inntekt for at varigheten på tiltaket sett i sammenheng med handlingens intensitet, vil være et sentralt kriterium for vurderingen av om tiltaket er inngripende nok til å aktualisere lovskravet.

Et ytterligere moment som trekkes frem ved inngrepsvurderingen, er tiltakets karakter eller art. I denne vurderingen er det relevant å se på hva den faktiske handlingen består av og hvor tyngende tiltaket er for den som rammes.¹⁸³ Offentlig myndighetsutøvelse som innebærer en handling som rammes av straffeloven, vil naturligvis anses mer inngripende enn en handling som enhver borger kan gjøre i kraft av sin handlefrihet. Politiet har for eksempel adgang til å

¹⁷⁹ Rt. 1984 s. 1076 s. 1079.

¹⁸⁰ Rt. 2009 s. 394.

¹⁸¹ Se bl.a. Rt. 2010 s.1232 og Rt. 2014 s. 1105.

¹⁸² *Uzun v. Germany* [J] 2010, no. 35623/05.

¹⁸³ Aall, 2018 s. 121.

bruke makt ved sin myndighetsutøvelse, noe som isolert sett utgjør voldslovbrudd etter straffeloven. Motsetningsvis vil politiets alminnelige observasjoner på offentlig gate være en type handling som enhver borger har rett til å foreta seg. I HR-2020-2137-A la både flertallet og mindretallet vekt på et slikt strafferettslig element i vurderingen av om politiets provokasjonshandling var rettmessig. Førstvoterende uttalte at politiet “har ikkje gjort noko strafflagt etter straffelova § 202 om identitetskrenkingar ved å nytte den siktas alias”.¹⁸⁴ Mindretallet var derimot uenig med flertallet på dette punkt, og brukte strl. § 202 om identitetskrenkelse som argument for at politiets handling i saken utgjorde et “inngrep”.

For å vurdere hvilke tiltak som anses tyngende for den som rammes, må det ses hen til objektive kriterier som videre må vurderes i en subjektiv sammenheng.¹⁸⁵ Det kan oppstå situasjoner der myndighetenes handlinger objektivt sett ikke anses særlig inngripende, men som i en subjektiv kontekst likevel utgjør et “inngrep” i borgernes frihet. I teorien har Nilsen vist til et eksempel om det tyske nazistregimets pålegg om at davidstjernen skulle festes synlig på klærne til jødene. Objektivt sett kan dette anses som et så ‘uskyldig’ tiltak som ikke vil kvalifisere som et “inngrep”. Likevel vil formålet med tiltaket, som var å skille ut en folkegruppe, i en subjektiv kontekst klart fremstå som et “inngrep”.¹⁸⁶ I denne sammenheng kan det også vises til EMD-avgjørelsen *Conka and Others v. Belgium*, der politiet påførte flysetenummer på klagernes hender under flytransport.¹⁸⁷ Objektivt sett var dette lite tyngende, men klagerne mente seg nedverdiggende behandlet og krenket i privatlivet. Domstolen pekte imidlertid på at myndighetenes formål med handlingen var utelukkende av praktisk karakter for å holde kontroll på passasjerene. I lys av den subjektive kontekst og tiltakets formål, ble myndighetsutøvelsen ikke ansett å ha noe slik negativ innvirkning på klagernes integritet, og utgjorde derfor ikke et “inngrep”.¹⁸⁸

Oppsummert viser rettspraksis at hvorvidt en faktisk handling anses som et “inngrep”, beror på en helhetsvurdering av hvilke rettsgoder det gripes inn i, handlingens karakter, art, varighet og intensitet, samt tiltakets formål.

¹⁸⁴ HR-2020-2137-A avsnitt 45.

¹⁸⁵ Nilsen, 2022 s. 284.

¹⁸⁶ Nilsen, 2022 s. 285.

¹⁸⁷ *Conka and Others v. Belgium* [J], 2002, no. 51564/99.

¹⁸⁸ Nilsen, 2022 s. 285.

5.3 Når står provokasjon i fare for å utgjøre et “inngrep”?

Etter å ha fastslått hvilke kriterier som utgjør et “inngrep”, må det ses hen til den aktuelle rettigheten det gripes inn i, og vurdere om myndighetsutøvelsen overstiger tålegrensen for hva som utgjør et “inngrep”. Når politiet benytter etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt, vil det ofte være retten til privatliv og vernet mot selvinkriminering som står i fare for å bli berørt.¹⁸⁹ Ethvert etterforskningssteg vil på en eller annen måte gripe inn i mistenktes private sfære og kan i visse situasjoner være ganske integritetskrenkende.¹⁹⁰ Ekstraordinære politimetoder vil ofte anses mer inngripende enn de tradisjonelle metodene, da vedkommende ikke har kunnskap om at han er under etterforskning. Det er for eksempel mindre inngripende å bli kalt inn til avhør enn å bli underlagt kommunikasjonskontroll, der mistenkte i sistnevnte situasjon ikke har samme mulighet til å imøtegå anklager mot seg og få innsyn i etterforskningen.¹⁹¹

Ved bruk av både bevis- og tiltaleprovokasjon griper politiet inn i vedkommendes rett til å være i fred, ved at de kontrollerer eller påvirker et hendelsesforløp. Videre vil bevisprovokasjon utgjøre en fare for å krenke mistenktes rett til å ikke bidra til egen domfellelse.

I NOU 2016: 24 uttaler flertallet i utvalget at det “ikke er fullt avklart” hvilke tilfeller slike metoder stiller krav til formell lov. Videre blir det fremhevet at dagens praksis “kan falle inn under den vernede sfære” etter EMK art. 8 nr. 1.¹⁹² Uttalelsene tolkes dithen at en provokasjonshandling har potensiale til å utgjøre en krenkelse av retten til privatliv, men at metoden i enkelte tilfeller ikke vil anses inngripende nok. Samlet sett kan en med grunnlag i høyesterettspraksis, lovforarbeider og juridisk litteratur se at spørsmålet om en provokasjonshandling utgjør et “inngrep” er omdiskutert.

Flertallet i HR-2020-2137-A uttalte at provokasjonshandlingene som ble brukt mot tiltalte “inneber eit innsyn som i og for seg kan reknast som eit inngrep i privatlivet til A”. Avgjørelsen bygger i store trekk på *Politiheroindommen*, der Høyesterett uttalte at enkelte etterforskningsmetoder “representerer et slikt inngrep overfor den det rettes mot, at det ut fra

¹⁸⁹ Jf. hhv. Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 1 og Grl. § 95 og EMK art. 6.

¹⁹⁰ Bjerknes og Fashing 2018 s. 310.

¹⁹¹ Bjerknes og Fashing 2018 s. 310.

¹⁹² NOU 2016: 24 punkt 14.10.2 s. 342.

legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel”.¹⁹³ I *Politiheroindommen* tok Høyesterett en vurdering av den konkrete provokasjonshandlingen, og kom frem til at handlingens karakter ikke utløste lovskravet.

Basert på uttalelsene over vil det være vanskelig å konstatere på generelt grunnlag om praksisen utgjør et “inngrep” etter Grl. § 113, da provokasjonshandlingene kan utspille seg i svært ulik karakter, varighet og intensitet. For å ta stilling til om provokasjon utgjør et “inngrep” etter Grl. § 113, må det derfor foretas en konkret vurdering av den spesifikke handlingen sett opp mot kriteriene som ble fremstilt i punkt 5.2.

Det er slått fast i praksis fra EMD at registrering, oppbevaring og bruk av personopplysninger vil utgjøre et inngrep i retten til privatliv, jf. EMK art. 8 nr. 1.¹⁹⁴ Oppbevaring og registrering av personopplysninger er lovregulert i personopplysningsloven,¹⁹⁵ og i politiregisterloven med tilhørende forskrift.¹⁹⁶ Praksis fra EMD viser dermed at personopplysninger er vernet av EMK art 8 nr. 1. Oppbevaring vil særlig være inngripende i de tilfeller hvor vedkommende ikke har mulighet til å imøtegå eller kontrollere opplysningene, noe som er tilfellet når politiet benytter seg av provokasjon. Provokasjon benyttes blant annet for å innhente slike opplysninger, noe som trekker i retning av at metoden kan utgjøre et “inngrep” i retten til privatliv.

I vurderingen av når en provokasjonshandling kan stå i fare for å utgjøre et “inngrep”, er det videre relevant å se hen til hvordan rettspraksis har vurdert inngrepsterskelen ved andre skjulte etterforskningsmetoder. Telefonavlytting og annen kommunikasjonskontroll er i norsk rett regulert i strpl. kapittel 16 b. At dette tvangsmiddelet er lovregulert gir en klar indikasjon på at tiltaket anses som et “inngrep” etter Grl. § 113.¹⁹⁷ Dette støttes også av Høyesterett og EMD, som i en rekke avgjørelser har konstatert at kommunikasjonskontroll utgjør et inngrep i retten til privatliv etter EMK art. 8 nr. 1 og Grl. § 102.¹⁹⁸ I Rt. 2014 s. 1105 ble det uttalt at

¹⁹³ Rt. 1984 s. 1076 s. 1079.

¹⁹⁴ Kjølbro, Jon Fridrik, *Den europeiske menneskerettighedskonvention for praktikere*, 5. utgave, 2020 s. 959, med henvisning til *Rotaru v. Romania* [GC], 2000, no. 28341/95.

¹⁹⁵ Lov 15.juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

¹⁹⁶ Lov 28.mai.2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven) og Forskrift 20.september. 2013 nr. 1097 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterforskriften).

¹⁹⁷ Jf. også Høyesteretts uttalelse i Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 24 om at kommunikasjonskontroll er et “integritetsinngrep som bare er tillatt dersom, og utelukkende i den utstrekning, dette har hjemmel i lov (...)”.

¹⁹⁸ Se bl.a. Rt. 2014 s. 1105 og *Malone v. the United Kingdom* [P] 1984, no. 8691/79.

kommunikasjonskontroll er en “innblanding i privat- og familielivet og i den personlige integritet”, som kun kan benyttes ved forankring i formell lov.¹⁹⁹ Dette tolkes som at kommunikasjonskontroll utgjør et “inngrep”. I tillegg ble det vist til at handlingens karakter utgjør en forhøyet risiko for misbruk og vilkårlighet, “som erfaringsmessig kan foreligge når myndigheter tillates å operere i hemmelighet”.²⁰⁰

Politiets provokasjonshandling i *Politiheroindommen* gikk ut på å ta over mistenktes telefonkontakt med narkotikaleverandøren, og avtale levering av stoffet i Norge.²⁰¹ Dette ble av Høyesterett tillatt som rettmessig metode, til tross for at politiet ikke hadde lovhjemmel. Til sammenligning med den nevnte Rt. 2014 s. 1105 opererte politiet også her fordekt, og utgjorde derfor i likhet med *Politiheroindommen* en “risiko for misbruk og vilkårlighet”. I tillegg handlet politiet i *Politiheroindommen* på et tidspunkt før den straffbare handlingen hadde funnet sted, i motsetning til Rt. 2014 s. 1105, der kommunikasjonskontrollen ble foretatt etter at det var tatt ut siktelse. Det kan etter dette stilles spørsmål til hvorfor overtakelse av mistenktes telefonkontakt ikke ble ansett for å kreve hjemmel i lov i *Politiheroindommen*, da slik overtakelse av telefonkontakt, i likhet med kommunikasjonskontroll, også vil gripe inn i borgernes privatliv og personlige integritet. Etter vår vurdering vil en slik handling utgjøre en “innblanding i privatlivet (...) og i den personlige integritet”, som ble pekt på som en sentral begrunnelse for at kommunikasjonskontroll var lovregulert i Rt. 2014 s. 1105.

I motsetning til tiltaleprovokasjon, vil bevisprovokasjon benyttes i tilfeller hvor vedkommende allerede har begått en straffbar handling, og det kan da argumenteres for at mistenktes vern om privatliv ikke står like sterkt. Hvis politiet har en klar mistanke om at en person har begått en alvorlig overtredelse, og i den forbindelse påvirker vedkommende til å fremskaffe bevis, kan det mistenkte lovbruddet være et argument for at politiets handling ikke utgjør et kvalifisert “inngrep”. Et slikt resonnement kan også utledes av *Lüdi v. Switzerland*. I denne avgjørelsen ble politiets infiltrasjonshandlinger ikke ansett for å utgjøre et “inngrep” etter EMK art. 8 nr. 1, fordi klageren var bevisst om at han drev med ulovlig narkotikakriminalitet.²⁰²

¹⁹⁹ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 29 og 24.

²⁰⁰ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 30.

²⁰¹ Rt. 1984 s. 1076.

²⁰² Se *Lüdi v. Switzerland* [J], 1992, no. 12433/86.

At retten til privatliv i enkelte tilfeller er mindre verneverdig, kan også være aktuelt i saker der politiets handlinger har vært av beskjeden karakter. I Rt. 2000 s. 1345 hadde politiet beslaglagt en mistenkts mobiltelefon, og besvart telefonen da noen ringte for å kjøpe narkotika fra mistenkte. Innringeren ble ikke opplyst om at det var politiet som svarte. Rapport fra samtale mellom politiet og innringeren ble brukt som bevis i saken. Politiets handling ble ansett akseptabel i dette tilfellet, og beviset ble derfor tillatt ført av Høyesterett. I forbindelse med EMK art. 8 nr. 1 uttalte førstvoterende at samtale og politiets opptreden “utgjør etter min mening ikke noe inngrep i privatlivets fred som skulle tilsi at lovhjemmel var påkrevet utover den lovhjemmel politiet har for selve beslaget, eller at forholdet kommer i strid med EMK artikkel 8”.²⁰³ Provokasjonshandlingen i denne saken var av kort varighet og minimal intensitet, noe som kan trekke i retning av at handlingen ikke var inngripende nok til å utgjøre et “inngrep”. På den annen side var det likevel tale om utnyttelse av en villfarelse der politiet blander seg inn i mistenktes rett til privatliv.

Tiltak som benyttes ved tiltaleprovokasjon vil i stor grad oppleves tyngende for den som handlingen rettes mot, da tiltaket skjer før en kriminell handling har funnet sted. Hensynene bak provokasjonshandlingen fremstår i slike situasjoner som mindre legitime, enn ved bevisprovokasjon der politiet mistenker at en straffbar handling faktisk har blitt begått. Dette resonnementet må imidlertid få begrenset vekt, da det er klart at andre tvangsmidler som benyttes etter at den straffbare handlingen har blitt begått, som for eksempel kommunikasjonskontroll, også vil oppleves tyngende.²⁰⁴ Videre viser rettspraksis at politiet i enkelte tilfeller iverksetter relativt inngripende tiltak når de skal fremskaffe bevis for en lovovertrødelse som allerede har skjedd. I HR-2020-2137-A tok som nevnt politiet over tiltaltes Skype-identitet, e-postadresser og Messenger-kontoer, og kommuniserte med de fornærmede i saken. Ved å ta over tiltaltes identitet, gikk politiet et steg lenger enn å bare påvirke tiltalte for å innhente bevis. Tiltaket pågikk over fire måneder, og handlingens karakter og intensitet var ikke ubetydelig. Objektivt sett vil en slik handling gripe sterkt inn i vedkommendes private sfære, men på grunn av det mistenkte lovbrudds alvorlighet og hensynet til kriminalitetsbekjempelse anså flertallet dette som en rettmessig handling. Flertallet vurderte imidlertid ikke nærmere hvorvidt handlingen var et “inngrep” etter Grl. § 113, fordi tiltaket var forholdsmessig sett opp alvorlighetsgraden. Mindretallet uttalte derimot at Grl. § 113 setter en skranke for slik myndighetsutøvelse, da metoden klart måtte anses som

²⁰³ Rt. 2000 s. 1345 s. 1349.

²⁰⁴ Rt. 2014 s. 1105.

et “inngrep”. Avgjørelsen er særlig aktuell for å belyse problematikken rundt hvilke handlinger som kategoriseres som “inngrep” og dermed utløser lovskravet.

I *GRBA v. Croatia* var klageren mistenkt for befatning med falske sedler, og i den anledning benyttet politiet infiltrasjonshandlinger i etterforskningen.²⁰⁵ Spørsmålet om infiltrasjonshandlingen utgjorde et inngrep etter EMK art. 8 nr. 1 ble ikke satt på spissen, da kroatisk myndighet uttalte at de “...accepted that there had been interference with the applicant’s rights under Article 8 of the Convention”.²⁰⁶ Avgjørelsen gir altså uttrykk for en erkjennelse av at overvåking ved infiltrasjon på generelt grunnlag utgjør et inngrep etter EMK art. 8 nr. 1.²⁰⁷ Det faktum at EMD gir uttrykk for at infiltrasjonshandlinger utgjør et inngrep etter EMK art. 8 nr. 1 vil underbygge at provokasjonshandlinger utgjør et “inngrep” i retten til privatliv. Provokasjon anses som mer inngripende, da politiet ved denne metoden har en mer aktiv rolle enn ved bruk av infiltrasjon.

Den som blir utsatt for en provokativ handling, har ikke kjennskap til at offentlig myndigheter griper inn i deres private sfære. Hvis man ser dette i en subjektiv kontekst, vil tiltaket gjerne ikke oppleves som et “inngrep”, ettersom tiltaket ikke er merkbart der og da. Objektivt sett vil enhver borger være av den oppfatning at politiets innblanding i den private sfære er inngripende.

Oppsummert er det klart at det må foretas en konkret vurdering basert på en rekke kriterier hvorvidt en provokasjonshandling anses kvalifiserende nok til å utgjøre et “inngrep” etter Grl. § 113. Det kan argumenteres for at inngrepsterskelen bør være høyere i saker der politiet mistenker en person for å ha begått en straffbar handling, enn i tilfeller der metoden benyttes før den straffbare handlingen er begått, da man i førstnevnte tilfelle anses å ha et mindre vern mot myndighetenes “inngrep” i privatlivet.²⁰⁸ Når det er sagt, er det klart at andre tvangsmidler som benyttes etter at den straffbare handlingen har blitt begått, også vil oppleves inngripende. I tillegg viser rettspraksis at politiets bruk av provokasjon ofte uansett er av en så inngripende karakter, basert på dens omfang, intensitet og varighet, at handlingen ofte vil utgjøre et “inngrep” i retten til privatlivets fred. Særlig sett i lys av det økende fokuset på det psykiske integritetsvernet, vil praksisen lettere rammes av den vernede interesse i Grl.

²⁰⁵ *GRBA v. Croatia* [J], 2017 no. 47074/12.

²⁰⁶ *GRBA v. Croatia* [J], 2017 no. 47074/12 avsnitt 83.

²⁰⁷ Nilsen, 2022 s. 292.

²⁰⁸ Jf. *resonnementet i Lüdi v. Switzerland* [J], 1992, no. 12433/86.

§ 102 og EMK art. 8 nr. 1. Samlet sett må det derfor anses forsvarlig å konstatere at bruk av provokasjon ofte står i fare for å utgjøre et “inngrep” etter Grl. § 113.

5.4 Kravet om “grunnlag i lov” etter Grl. § 113

Kravet om “grunnlag i lov” etter Grl. § 113 angir hvilket hjemmelsgrunnlag som vil være tilstrekkelig dersom myndighetsutøvelsen utgjør et “inngrep”. I Rt. 2014 s. 1105, som gjaldt bruk av overskuddsmateriale ved kommunikasjonskontroll, foretok Høyesterett en nærmere vurdering av formålene bak lovskravet i legalitetsprinsippet i Grl. § 113. Det ble uttalt at *“lovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. også Grunnloven § 98 første ledd som slår fast at «[a]lle er like for loven». Lovkravet støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grunnloven § 75 [bokstav] a og den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos en folkevalgt nasjonalforsamling: Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for”, jf. avsnitt 26.*

Legalitetsprinsippet i Grl. § 113 oppstiller både et materielt og formelt lovskrav, der det formelle kravet retter seg mot hvilket rettsgrunnlag som kreves, mens det materielle kravet stiller visse innholds krav til den aktuelle hjemmelen.²⁰⁹ Bestemmelsene i Grunnloven kap. E skal tolkes i lys av konvensjonsbestemmelsene i EMK.²¹⁰ Lovskravet i EMK art. 8 nr. 2 har i motsetning til Grl. § 113 et mindre restriktivt krav til den formelle dimensjonen.²¹¹ Etter norsk rett krever “inngrep” overfor den enkelte forankring i *formell lov*, jf. Grl. § 113.²¹² Kravet til *formell lov* skal sikre forutberegnelighet for borgerne og ivareta de demokratiske idealene som rettsstaten bygger på.²¹³ Formell lov innebærer normeringer utgitt av Stortinget etter Grl. §§ 76 flg, samt rettsregler og forskrifter som kan utledes av slik lovgivning.²¹⁴ Det er på det rene at høyesterettspraksis og Riksadvokatens rundskriv ikke omfattes av det formelle lovbegrepet, da disse kildene fremkommer på andre måter enn gjennom lovgivningsprosessen som Grl. § 76 foreskriver.²¹⁵

²⁰⁹ NOU 2004: 6 punkt 4.3.5.3.2.

²¹⁰ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

²¹¹ Auglend og Mæland, 2016 s. 608.

²¹² Dok.nr.16 (2011–2012) 41.2 s. 246.

²¹³ Auglend og Mæland, 2016 s. 608. Se oppgavens punkt 3.3 for nærmere redegjørelse av de demokratiske idealene.

²¹⁴ Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 41.2 s. 246.

²¹⁵ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 24 og Skoghøy, 2018 s. 48.

I EMKs krav til “law” legges det sterkere vekt på de materielle kravene til klarhet, kvalitet og tilgjengelighet, enn hensynet til at myndighetsutøvelsen skal ha demokratisk forankring.²¹⁶ For at inngrep i retten til privatliv anses legitim, jf. EMK art. 8 nr. 2, er det et absolutt krav at inngrepet er “in accordance with the law”. Inngrep i retten til privatliv må følgelig ha grunnlag i, og være i samsvar med, nasjonal lovgivning. Etter nasjonal lovgivning i Norge oppstiller Grl. § 113 et selvstendig krav til at “inngrep” må forankres i formell lov. Kravet om formell lov etter Grl. § 113 gjelder altså i tillegg til EMKs øvrige krav til “law”. Det vil derfor ikke være tilstrekkelig, for å rettferdiggjøre et inngrep i privatlivet, at grunnlaget er klart, tilgjengelig og forutberegnelig. Overholdelse av nasjonal lovgivning vil derfor utgjøre en integrert del av statens konvensjonsforpliktelser.²¹⁷

Ettersom politiets bruk av provokasjon ofte står i fare for å utgjøre et “inngrep” som ikke er forankret i formell lov, vil det reises spørsmål til om praksisen er i strid med legalitetsprinsippets krav til “grunnlag i lov”.

5.4.1 Kan provokasjon forankres i den alminnelige handlefrihet?

5.4.1.1 Introduksjon

Det er klart at Høyesterett ved flere anledninger har godtatt bruk av provokasjon til tross for manglende formell lovhjemmel.²¹⁸ Forarbeider og teori har lagt til grunn at politiet kan utføre enkelte etterforskningskritt i kraft av den alminnelige handlefrihet.²¹⁹ I lovforslaget fra 2016 legger utvalget til grunn at politiets bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder hjemles i den alminnelige handlefrihet.²²⁰ Den alminnelige handlefrihet bygger på tanken om at ethvert individ fritt kan tenke, bevege seg og foreta handlinger i det offentlige rom, med mindre det foreligger forbudsnormer som innskrenker denne friheten.²²¹ Når ulovfestede politimetoder er forankret i den alminnelige handlefrihet, begrunnes dette med at politiet har den samme frihet til å foreta faktiske handlinger som ikke er forbudt ved lov.

²¹⁶ Aall, 2018 s. 124.

²¹⁷ Nilsen, 2022 s. 248.

²¹⁸ Se bl.a. Rt. 1984 s. 1076, Rt. 2000 s. 1345, Rt. 2011 s. 1455 og HR-2019-1747-U.

²¹⁹ Se bl.a. NOU 2004: 6 punkt 3.1.2 s. 31 og Hopsnes og Solberg, 2005/2 s. 89.

²²⁰ NOU 2016: 24 punkt 14.10.2 s. 342.

²²¹ Hopsnes og Solberg, 2005/2 s. 81.

Det kan for eksempel vises til *Dekkagent-dommen*, der politiets dekkagent inngikk et vennskapelig forhold med tiltalte for å fremskaffe bevis i etterforskningen.²²² Dette er en handling som enhver borger har adgang til å gjøre i kraft av sin handlefrihet, da det ikke er forbudt ved lov å inngå et ‘falskt’ vennskap med noen for å lokke frem opplysninger. Dersom den alminnelige handlefrihet kan begrunne politiets myndighetsutøvelse, vil dette kunne utgjøre en selvstendig hjemmel for bruken av provokasjon i et slikt tilfelle.

Høyesterett har aldri eksplisitt uttalt at bruken av provokasjon hjemles i den alminnelige handlefrihet, men argumentasjonen deres kan tolkes dithen. I *Politiheroin-dommen* tok Høyesterett for første gang stilling til om bruken av provokasjon må forankres i lovhjemmel.²²³ Høyesterett kom til at praksisen ikke trengte lovforankring, uten å gå noe nærmere inn på hvilket rettsgrunnlag som ligger til grunn for bruken. Ettersom provokasjonshandlingen i den saken ikke kunne følge av tidligere rettspraksis, er det nærliggende å legge til grunn at politiet brukte den alminnelige handlefrihet som kompetansegrunnlag. HR-2020-2137-A baserte seg i store trekk på dommen fra 1984 i sin begrunnelse, og la stor vekt på at bevisprovokasjonen ikke var “strafflagt”.²²⁴ Dette kan tolkes som at den alminnelige handlefrihet ble brukt som kompetansegrunnlag også i denne dommen.

5.4.1.2 Problematikken med å forankre offentlig myndighetsutøvelse i den alminnelige handlefrihet

Det demokratiske rettssystem bygger på at enhver borger er født med en rekke friheter og rettigheter, som offentlig myndighet i utgangspunktet ikke kan gripe inn i.²²⁵ Den alminnelige handlefrihet som tilkommer den enkelte, kan kun begrenses ved forbud i lover, som i tråd med folkesuverenitetsprinsippet er vedtatt av Stortinget.²²⁶ Offentlige myndigheter skal på sin side ikke gripe inn i borgernes frihet, med mindre det foreligger et tilstrekkelig grunnlag for dette.²²⁷ Ved å tillegge myndighetene tilsvarende handlefrihet som enkeltindividet, vil det innebære at tanken bak folkesuverenitetsprinsippet “snus på hodet”, idet folket, gjennom Stortinget, ikke bestemmer hva politiet *ikke* har adgang til å gjøre, men bestemmer hva de

²²² HR-2019-1747-A.

²²³ Rt. 1984 s. 1076.

²²⁴ HR-2020-2137-A avsnitt 45.

²²⁵ Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 4.6 s. 25

²²⁶ Andenæs og Fliflet, 2017 s. 274.

²²⁷ Andenæs og Fliflet, 2017 s. 271 og Hopsnes og Solberg, 2005/2 s. 81.

kan gjøre for å gripe inn i borgernes rettigheter.²²⁸ Gode grunner taler derfor for at det er i strid med grunnleggende prinsipper å tillate at politiet utøver sin virksomhet i kraft av den alminnelige handlefrihet.

Uavhengig av diskusjonen om hvorvidt den alminnelige handlefrihet overhodet bør anses som et kompetansegrunnlag for politiets myndighetsutøvelse, er det klart at forarbeider og rettspraksis har forankret bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder i den alminnelige handlefrihet. En ytterligere problemstilling er følgelig hvordan den alminnelige handlefrihet stiller seg til legalitetsprinsippet i Grl. § 113.

5.4.1.3 Må “inngrep” etter Grl. § 113 alltid ha forankring i formell lov, eller i medhold av formell lov?

Til tross for den klare ordlyden i Grl. § 113 om “grunnlag i lov”, kan det diskuteres om det faktisk er nødvendig med formell lov for ethvert “inngrep” i borgernes rettsfære. Spørsmålet er om det kan oppstilles et relativisert legalitetsprinsipp. Det er i teorien gitt uttrykk for et relativisert legalitetsprinsipp på forvaltningsrettens område, om at lovhjemmel kun er nødvendig dersom det ikke foreligger annet tilstrekkelig kompetansegrunnlag for handlingen.²²⁹ I Rt. 2010 s. 612 (*Sårstelldommen*) tok Høyesterett stilling til om et kommunalt sykehjem kunne utøve tvang mot en pasient uten grunnlag i lov. I den forbindelse uttalte Høyesterett at legalitetsprinsippet i norsk rett innebærer et “alminnelig krav om hjemmel *eller rettsgrunnlag*” (uthevet her) for vedtak og faktiske handlinger som kan virke inngripende for den enkelte.²³⁰ I den konkrete saken åpnet den anvendte hjemmelen opp for at tvang kan benyttes dersom det foreligger “lovhjemmel eller *annet gyldig rettsgrunnlag*”, jf pbrl. § 4-1 (uthevet her).²³¹ Høyesterett aksepterte derfor tvangsbruken i saken til tross for manglende formell lovhjemmel. Etter en slik tilnærming kan det se ut til at andre kompetansegrunnlag, som for eksempel den private autonomi, sedvanerett og instruksjonsmyndighet *kan* tilfredsstillende lovskravet ved inngripende myndighetsutøvelse. Avgjørelsen er imidlertid avsagt før kodifiseringen av Grl. § 113, og sett opp mot det styrkede menneskerettighetsvernet er det uklart hvor forsvarlig det er å opprettholde en slik tilnærming til lovskravet. Dersom en opererer med et slik relativisert krav, er det en reell fare for at legalitetsprinsippet som forbudsnorm omgås, med den følge at det gir grunnlag for

²²⁸ Nilsen, 2022 s. 104.

²²⁹ Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt*, 2021 s. 93 og Auglend og Mæland, 2016 s. 160 og NOU 2004: 6 punkt 5.2.1 s. 42 og Andenæs og Fliflet, 2017 s. 277.

²³⁰ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 27.

²³¹ Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) § 4-1.

vilkårlig myndighetsutøvelse. Innenfor rammen av oppgavens tema er det imidlertid ikke mulig å behandle dette i sin fulle bredde.

Hvis det legges til grunn at det eksisterer et relativisert legalitetsprinsipp hvor det er tilstrekkelig å vise til et annet kompetansegrunnlag enn formell lov, må det uansett foretas en nærmere vurdering av hvor tyngende inngrepet er og arten av inngrepet.²³² Med en slik relativ tilnærming til legalitetsprinsippet stilles det strengere krav til hjemmel i formell lov ved *særlig inngripende tiltak*.²³³ Tanken er at hjemmelsgrunnlaget skjerpes proporsjonalt med tiltakets inngripende karakter.²³⁴

Det er sikker rett at myndighetsutøvelse på strafferettens område griper så sterkt inn i borgernes sfære, at det oppstilles et absolutt krav til formell lov, jf. Grl. § 96 første ledd.²³⁵ Tiltak på straffeprosessens område har likhetstrekk med strafferettslige tiltak, slik at hensynene til demokratisk forankring og tilstrekkelig presisjon gjør seg tilsvarende gjeldende.²³⁶ Senere rettspraksis viser også at hensynene som begrunner et strengt lovskrav på strafferettens område også gjør seg gjeldende ved straffeprosessuelle tiltak.²³⁷ I HR-2016-1833-A kom Høyesterett frem til at politiet ikke hadde tilstrekkelig hjemmel til å åpne mobiltelefonen til siktede ved bruk av tvang etter strpl. § 157. Det var uklart om bestemmelsen omfattet slik tvangsbruk, og basert på klarhetskravet som stilles til hjemmel i lov, kunne tiltaket ikke forankres i bestemmelsen. Høyesterett tok utgangspunkt i at det stilles strenge krav til presisjon og klarhet på “dette området”, hvilket kan tolkes som at tvangsmidler på straffeprosessens område oppleves som så inngripende at lovhjemmelen må oppfylle de kvalitative kravene til klarhet og presisjon.

Legalitetsprinsippet i Grl. § 113 stiller følgelig krav til mer enn bare “grunnlag i lov”, noe som samsvarer med kravene til “law” etter EMK.²³⁸ For å sikre forutberegneligheten til borgerne, er det nødvendig at inngrephjemmelen er tilgjengelig, klar og presis. Det er klart

²³² Jf. Rt. 1995 s. 530 s. 537: “kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn”.

²³³ Boe, 2021 s. 108-109.

²³⁴ Nilsen, 2022 s. 405.

²³⁵ Frøberg, Thomas, *Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet*, 2015 s. 49.

²³⁶ Frøberg, 2015 s. 69.

²³⁷ Jf. bl.a. Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 24 og HR-2016-1833-A avsnitt 15.

²³⁸ Se *Malone v. the United Kingdom*, der domstolen kom til at den anvendte hjemmelen ikke var tilstrekkelig klar og presis til å oppfylle lovskravet.

at formell lov er den rettskilden som best ivaretar disse kravene, noe som underbygger at andre kompetansegrunnlag ikke vil være tilstrekkelig for å gripe inn i borgernes rettsfære på dette området. Selv om bruk av provokasjon, som er forankret i praksis og rundskriv, muligens ville oppfylt presisjonskravet som stilles i EMK,²³⁹ vil praksisen likevel mangle demokratisk legitimitet etter norsk rett. Provokasjonshandlinger vil dermed kunne være problematisk sett opp mot legalitetsprinsippet i Grl. § 113.

Høyesteretts vurderinger i HR-2020-2137-A er av særlig interesse i denne sammenheng, da flertallet og mindretallet hadde ulike oppfatninger av hvordan lovskravet stilte seg ved den konkrete provokasjonshandlingen. Flertallet utelukket ikke at provokasjonshandlingen i saken kunne utgjøre et “inngrep” i retten til privatliv.²⁴⁰ Det ble imidlertid ikke tatt nærmere stilling til inngrepsvurderingen, da det avgjørende spørsmålet var om tiltaket krevde lovhjemmel.²⁴¹ Flertallet tok utgangspunkt i tidligere lovforslag og rettspraksis, og argumenterte for at den manglende lovreguleringen av utradisjonelle etterforskningsmetoder er et spørsmål om hva som er “tenleg”.²⁴² Videre uttalte flertallet at hvis lovgiver hadde ment at praksisen var i strid med Grl. § 113, burde Stortinget gitt uttrykk for at utradisjonelle etterforskningsmetoder skulle blitt lovfestet i forbindelse med kodifiseringen i 2014.²⁴³

Ettersom formålet med kodifiseringen var å lovregulere gjeldende rett, ble dette brukt som et argument for at Grl. § 113 ikke skulle virke inn på den etablerte praksisen til politiet.²⁴⁴ Dette kan tolkes dithen at praksisen er forankret i en sedvanebasert handlefrihet, og at dette er et gyldig kompetansegrunnlag, som oppfyller kravet til “grunnlag i lov”. Flertallet foretok videre en vurdering av de konkrete lovforslagene fra 2004 og 2016 om lovfesting av utradisjonelle metoder,²⁴⁵ og påpekte at Stortinget i den forbindelse ikke har kommentert at metodene trenger lovforankring. Siden Stortinget ikke har valgt å vedta lovforslagene, kan det tolkes som at førstvoterende la til grunn at lovgiver ikke anså det nødvendig å lovfeste metodene.²⁴⁶ Dette kan forstås som at flertallet anså at hensynet til den demokratiske legitimitet ble ivaretatt gjennom lovforslagene. Basert på resonnementet til førstvoterende ser det ut til at “inngrep” etter Grl. § 113 kan forekomme uten forankring i formell lov.

²³⁹ Auglend og Mæland, 2016 s. 608.

²⁴⁰ HR-2020-2137-A avsnitt 36.

²⁴¹ HR-2020-2137-A avsnitt 36.

²⁴² HR-2020-2137-A avsnitt 38.

²⁴³ HR-2020-2137-A avsnitt 40.

²⁴⁴ HR-2020-2137-A avsnitt 40.

²⁴⁵ NOU 2004: 6 og NOU 2016: 24.

²⁴⁶ HR-2020-2137-A avsnitt 41 og 42.

Argumentene til flertallet gir imidlertid rom for en nærmere diskusjon. For det første er det betenkelig at spørsmålet om lovregulering bygde på en begrunnelse om at Stortinget, i forbindelse med kodifiseringen og lovforslagene, ikke positivt påpekte at utradisjonelle etterforskningsmetoder trenger hjemmel i lov. Tradisjonelt tolkes Stortingets vilje som lovgiver ut fra hva de positivt har uttalt under lovarbeidet, og ikke ut fra hva de faktisk ikke har tatt stilling til. Etter Grl. § 89 har Høyesterett *plikt* til å vurdere hvorvidt en lovbestemmelse eller “andre beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet” er i strid med Grunnloven. Bestemmelsen gir uttrykk for domstolenes prøvelsesrett, som er et konstitusjonelt prinsipp om at Høyesterett skal ta stilling til om en lov eller myndighetspraksis i en konkret sak er i samsvar med de rettslige kravene som Grunnloven oppstiller.²⁴⁷ Flertallet i HR-2020-2137-A vurderte ikke om politiets praksis er i strid med Grl. § 113, men sluttet seg heller til Stortingets manglende lovregulering som tilsynelatende er begrunnet med at formell lov verken er nødvendig eller tjenlig.

For det andre trakk flertallet frem at hensynet bak Grl. § 113 er å sikre demokratisk legitimitet, og ga uttrykk for at dette var ivaretatt gjennom lovforslagene og Stortingets manglende oppfølging av disse. Når politimetoden provokasjon ikke har grunnlag i lov, kan det stilles spørsmål ved om praksisen har tilstrekkelig forankring i den demokratiske legitimitet. Spørsmålet om lovfesting av provokasjon ble foreslått i både NOU 2004: 6 og NOU 2016: 24. Lovforslagene ble ikke vedtatt av Stortinget, og spørsmålet er hvilken betydning Stortingets taushet vedrørende forslagene har for den demokratiske legitimitet.

I HR-2020-2137-A ser det ut til at Høyesterett tolket denne tausheten som et argument for at praksisen ikke krever hjemmel i lov, jf. dommens avsnitt 41. Det fremgår imidlertid ingen eksplisitte uttalelser i innstillingen om bakgrunnen for at Stortinget lot være å vedta lovforslagene. Bruk av provokasjon har altså ikke vært gjenstand for en demokratisk vurdering, og det kan derfor være problematisk å benytte slike inngripende etterforskningsmetoder uten positiv aksept fra folket. Flertallet tiller altså Stortingets lovgivningsprosess “negativ troverdighet”, noe som ikke kan anses å oppfylle den demokratiske legitimitet.²⁴⁸ Som førstvoterende selv påpekte, har ikke lovgiver gitt positivt uttrykk for at praksisen må forankres i formell lov. Uavhengig av om Stortingets manglende

²⁴⁷ Andenæs og Fliflet, 2017 s. 427.

²⁴⁸ Nilsen, *Norwegian police law, crime prevention and its (need for more) democratic legitimacy*, 2022 s. 24.

lovregulering er i samsvar med folkeviljen, vil lovskravet i Grl. § 113 uansett oppstille en absolutt skranke for inngripende myndighetsutøvelse.

Avslutningsvis ser det ut som at førstvoterende tok avstand fra å vurdere om etterforskningsmetoden på *generelt grunnlag* krever hjemmel i lov, jf. uttalelsen i avsnitt 42 om at metoden som var brukt i “saka her” ikke krevde lovhjemmel. Denne uttalelsen tolkes dithen at provokasjonshandlingene i den konkrete saken ikke var tyngende nok til å utløse lovkravet, altså at handlingen ikke utgjorde et “inngrep”.

Mindretallet hadde en annen tilnærming til lovskravet i Grl. § 113. I avsnitt 98 uttalte annenvoterende at ved bruken av bevisprovokasjonen i denne saken “er det etter mi mening gripe inn overfor den tiltalte, noko som etter Grunnlova § 113 krev heimel i lov”. Det ble videre pekt på at slik lovhjemmel ikke fantes, og at bevisene derfor ikke kunne føres. Mindretallet uttalte eksplisitt at bruken av provokasjon ikke har tilstrekkelig hjemmel etter Grl. § 113, og foretok videre en nærmere vurdering av hvilke hensyn som ligger bak lovskravet i legalitetsprinsippet. Annenvoterende stilte seg uenig til førstvoterendes vektlegging av Stortingets manglende lovregulering, og uttalte at dette momentet må ha “avgrensa vekt” ved tolkningen av Grl. § 113.²⁴⁹

Ved mindretallets vurdering av den konkrete provokasjonshandlingen ble det lagt vekt på handlingens inngripende karakter. Dette trakk klart i retning av at politiets identitetsovertakelse var et “inngrep” i vernede rettigheter i Grunnloven og EMK.²⁵⁰ Det er imidlertid uklart om mindretallet mente at provokasjon generelt vil utgjøre et “inngrep” som alltid krever grunnlag i lov etter Grl. § 113, eller om det kun var bevisprovokasjonen i den konkrete saken som var såpass tyngende at andre kompetansegrunnlag ikke kunne oppfylle lovskravet. Det er uansett på det rene at mindretallet var uenig med flertallet om at den konkrete provokasjonshandlingen måtte forankres i en formell lovhjemmel.

Videre viste mindretallet til eksempler fra høyesterettsavgjørelser om at kommunikasjonskontroll krever lovhjemmel, og at lovskravet på straffeprosessens område har blitt skjerpet de senere årene.²⁵¹ Sett opp mot hensynet til at inngripende offentlig

²⁴⁹ HR-2020-2137-A avsnitt 108.

²⁵⁰ HR-2020-2137-A avsnitt 107.

²⁵¹ HR-2020-2137-A avsnitt 114 og 115, med henvisning til Rt. 2009 s. 394, Rt. 2014 s. 1105 og HR-2016-1833-A.

myndighetsutøvelse skal forankres i den demokratisk legitimitet og sikre forutberegnelighet, la annenvoterende til grunn at Grl. § 113 utgjorde en reell skranke mot provokasjonshandlingen i saken.²⁵²

Dissensen i HR-2020-2137-A og annen rettspraksis illustrerer problematikken rundt etterlevelsen av lovskravet i Grl. § 113. I lys av samfunnsutviklingen og kodifiseringen i 2014, er det rettet et større fokus på menneskerettighetsvernet, særlig retten til privatliv. På bakgrunn av dette kan det stilles spørsmål til om vektlegging av eldre uttalelser og tolkninger av regler knyttet opp mot legalitetsprinsippet har begrenset vekt i dag. Bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder gjennomføres ofte ved bruk av tekniske midler, noe som gjør det enklere enn tidligere å innsamle informasjon som berører den enkeltes privatliv. Etter vedtakelsen av Grl. § 102 annet ledd, har det blitt et større fokus på borgernes personlige integritet.

Mindretallet i HR-2020-2137-A trakk frem den teknologiske utviklingen som et argument for at eldre praksis ikke fremstår som like relevant.²⁵³ Det økende fokus på styrking av menneskerettigheter trekker også i retning av at inngripende myndighetsutøvelse, herunder bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder, bør hjemles i formell lov. Det er særlig interessant at flertallet, til tross for sin konklusjon, også fremhever kodifiseringen av Grl. § 113 som et argument for at “tida kan vera mogen for ein nærare lovregulering av utradisjonelle etterforskningsmetodar”.²⁵⁴

Oppsummeringsvis tilsier en alminnelig ordlydstolkning av Grl. § 113, og hensynene bak bestemmelsen, at ethvert tiltak som overstiger tålegrensen for “inngrep” alltid må ha forankring i *formell* lov. Ordlyden legger ikke opp til at kravet til formell lov forutsetter inngrep av en viss tyngende karakter, og heller ikke at andre kompetansegrunnlag kan oppfylle lovskravet. Basert på rettspraksis fra straffeprosessens område ser man at lovskravet må tolkes særlig strengt, da det ofte er tale om særlig tyngende tiltak som griper sterkt inn i vernede rettsgoder. Hensynet til demokratisk legitimitet og forutberegnelighet vil best ivaretas gjennom formell lov, noe som er særlig viktig ved slike tyngende inngrep. Det er klart at faktiske handlinger på strafferettens område utgjør “inngrep” som alltid må ha

²⁵² HR-2020-2137-A avsnitt 103 og 116.

²⁵³ HR-2020-2137-A avsnitt 112.

²⁵⁴ HR-2020-2137-A avsnitt 43.

forankring i formell lov, jf. Grl. § 96. Ettersom mange av de samme hensynene gjør seg gjeldende på straffeprosessens område, er det nærliggende å legge til grunn at det samme gjelder offentlig myndighetsutøvelse på straffeprosessens område. “Inngrep” etter Grl. § 113 må følgelig, på straffeprosessens område, alltid ha forankring i formell lov, eller i medhold av formell lov.

5.4.1.4 Hvordan stiller bruken av provokasjon seg til lovskravet i Grl. § 113?

Det er vanskelig å fastslå om flertallet i HR-2020-2137-A med formuleringen “saka her”²⁵⁵ mente om provokasjonshandlingens karakter ikke ble ansett som et “inngrep”, eller om de la til grunn en relativ tolkning av lovskravet etter Grl. § 113. Som nevnt i punkt 5.3 står provokasjonshandlinger ofte i fare for å utgjøre et “inngrep” i retten til privatliv. Likevel kan det tenkes at myndighetsutøvelsen ikke er tyngende nok til å kvalifiseres som et “inngrep” etter Grl. § 113. Når enkelte provokasjonshandlinger er tyngende nok til å utgjøre et “inngrep”, vil lovskravet i Grl. § 113 oppstille en absolutt rettslig skranke for praksisen. Et krav til formell lov vil gjøre rettsanvendelsen enklere og klarere, da man slipper å foreta en konkret vurdering for hvert enkelt tilfelle. Videre vil et formelt lovskrav sikre borgernes forutberegnelighet og ivareta den demokratiske legitimitet. At politiets “inngrep” er forankret i folkeviljen vil også sikre tillit i befolkningen. “Inngrep” uten demokratisk legitimitet vil svekke den tilliten som borgerne har til statens sivile maktapparat, og det vil da bli vanskelig for politiet å ivareta sin samfunnsrolle.²⁵⁶ Kravene som stilles til formell lovgivningsprosess i Grunnloven bidrar på denne måten til å styrke borgernes rettssikkerhet.²⁵⁷

Bruk av ekstraordinære politimetoder, som provokasjon, ble tatt i bruk før kodifiseringen av Grl. § 113. Tidligere gjaldt det ulovfestede legalitetsprinsippet kun for inngrep i form av rettslige normeringer, slik at offentlig myndigheter hadde et videre spillerom til å foreta faktiske handlinger uten forankring i formell lov.²⁵⁸ Denne tankegangen er nå forlatt, da det er sikker rett at dagens legalitetsprinsipp omfatter både rettslige normeringer og faktiske

²⁵⁵ HR-2020-2137-A avsnitt 42.

²⁵⁶ Nilsen, *Norwegian police law, crime prevention and its (need for more) democratic legitimacy*, 2022 s. 25.

²⁵⁷ Mestad, Ola, Michalsen, Dag og Bernt, Jan Fridthjof, § 113, 2021 s. 1254.

²⁵⁸ NOU 2004: 6 punkt 5.2.1 s. 42.

handlinger.²⁵⁹ Som følge av den nyere tilnærmingen til legalitetsprinsippet, har politiets kompetanse i kraft av handlefriheten kommet under press.²⁶⁰

Til sammenligning kan det vises til kodifiseringen av politiets “generalfullmakt”. Før vedtakelsen av politiloven i 1995, hadde politiet hjemmel til å utføre polisiære oppgaver i kraft av “generalfullmakten”, som var hjemlet i sedvanep praksis.²⁶¹ Fullmakten gikk ut på at politiet kunne foreta de faktiske handlinger som var nødvendig og forholdsmessig for å oppfylle politiets oppgaver.²⁶² På bakgrunn av legalitetsprinsippet og det styrkede vernet av menneskerettigheter, ble politiutøvelse etter generalfullmakten ansett å være problematisk, og ble derfor lovfestet.²⁶³

Ekstraordinære etterforskningsmetoder griper hovedsakelig inn i privatlivet og den psykiske integritet. Ettersom disse rettighetene ikke ble ansett like verneverdig som andre interesser når provokasjonspraksisen vokste frem, ble det ikke sett på som spesielt betenkelig at politiet hjemlet praksisen i den alminnelige handlefrihet.²⁶⁴ Kodifiseringen av legalitetsprinsippet og de øvrige menneskerettighetene har bidratt til en utvikling av et styrket personvern som gjør det nødvendig å vurdere om den alminnelige handlefrihet ivaretar kravene som Grunnloven oppstiller.

Det kan argumenteres for at myndighetenes alminnelige handlefrihet er begrenset til “ikke-inngripende” tiltak som ikke er positivt forbudt ved normering.²⁶⁵ Dette vil være aktuelt ved handlinger som ikke overstiger tålegrensen for “inngrep” etter Grl. § 113, se punkt 5.2. Som nevnt tidligere, viser praksis at provokasjonshandlinger ofte står i fare for å utgjøre et “inngrep” i personvernet, noe som derfor faller utenfor “ikke-inngripende” tiltak. Videre vil enkelte provokasjonstiltak utgjøre handlinger som er forbudt ved lov, og da kan den alminnelige handlefrihet klart ikke anvendes som kompetansegrunnlag.

Basert på at vi befinner oss på straffeprosessens område, samt det økende fokus på vernet av privatliv, gir dette en klar indikasjon på at den alminnelige handlefrihet ikke oppfyller

²⁵⁹ Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 41.5 s. 249.

²⁶⁰ NOU 2004: 6 punkt 5.4.4 s. 45.

²⁶¹ NOU 2004: 6 punkt 5.4.2 s. 44.

²⁶² NOU 2004: 6 punkt 5.4.2 s. 44.

²⁶³ NOU 2004: 6 punkt 5.4.2 s. 44 og ot.prp. nr. 22 (1994-1995) del I s. 5.

²⁶⁴ NOU 2004: 6 punkt 5.2.2 s. 43 .

²⁶⁵ Nilsen, 2022 s. 102.

lovskravet i Grl. § 113. Samfunnsutviklingen har resultert i et annet syn på bruken av provokasjon enn det som var tilfelle i *Politiheroin-dommen*.²⁶⁶ For det første benytter politiet seg av provokasjon i større grad enn tidligere, da kriminalitetsbildet har blitt mer organisert og komplekst.²⁶⁷ Metodene anvendes derfor på flere ulike straffeovertrедelser enn tidligere. Endelig viser den teknologiske utviklingen at politiet har tilgang på flere tekniske og inngripende midler enn tidligere, som ikke bør benyttes uten hjemmel i lov. Som følge av legalitetsprinsippets posisjon som forbudsnorm og den manglende forankring i formell lov, vil praksisen være i strid med kravet til “grunnlag i lov” i de tilfeller hvor tiltaket utgjør et “inngrep” etter Grl. § 113.

6. Menneskerettigheter som rettslig skranke

6.1 Introduksjon

Som tidligere nevnt har staten, gjennom ratifiseringen av EMK og inkorporeringen av menneskerettighetene ved vedtakelsen av menneskerettsloven og Grunnloven kapittel E, forpliktet seg til å sikre og respektere menneskerettighetene som utledes av EMK. Politiet som samfunnets sivile maktorgan har en sentral rolle ved å ivareta denne plikten.²⁶⁸

Bruk av provokasjon som etterforskningsmetode står i fare for å utgjøre “inngrep” i vernede rettigheter etter EMK.²⁶⁹ Rettighetene som står i fare for å krenkes ved metodebruken, er retten til privatliv og retten til rettferdig rettergang. Det vil derfor i punkt 6 vurderes om provokasjon som etterforskningsmetode anses rettmessig etter Grl. §§ 102 og 95 og EMK art. 8 og art. 6. I retten til rettferdig rettergang ligger også vernet mot selvinkriminering, som er særlig aktuell ved bevisprovokasjon. Punkt 6 vil gå nærmere inn på dette vernet, og foreta en vurdering av hvordan selvinkrimineringsvernet stiller seg som rettslig skranke ved bruk av bevisprovokasjon.

²⁶⁶ Rt. 1984 s. 1076.

²⁶⁷ Se punkt. 1.1.

²⁶⁸ Nilsen, 2022 s. 147.

²⁶⁹ Se punkt. 5.3.

6.2 Retten til respekt for privatliv etter Grl. § 102 og EMK art. 8

Gr. § 102 og EMK art. 8 nr. 1 oppstiller en plikt til å sikre borgernes rett til privatliv, familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Etter disse bestemmelsene må offentlige myndigheter avstå fra å iverksette uberettigede inngrep i de beskyttede rettsgodene. Dette vernet er imidlertid ikke absolutt, da offentlige myndigheter under visse vilkår kan gjøre inngrep i de beskyttede rettigheter.²⁷⁰ Gr. § 102 oppstiller ingen vilkår for når offentlige myndigheter kan gripe inn i det aktuelle vernet. Det følger imidlertid av EMK art. 8 nr. 2 at inngrep i retten til privatliv kan forekomme hvis det er “in accordance with the law” og “necessary in a democratic society”. Nødvendighetskravet inneholder også et krav om at tiltaket må være strengt forholdsmessig, i relasjon til de legitime formål som oppstilles i bestemmelsens annet ledd.²⁷¹ Etersom menneskerettighetene i Grunnloven skal tolkes i samsvar med bestemmelsene i EMK,²⁷² vil vilkårene i EMK art. 8 nr. 2 være aktuelle ved tolkningen av Gr. § 102.

6.2.1 Kravet om at inngrepet må være “in accordance with the law”

Inngrep i retten til privatliv kan være berettiget dersom inngrepet er foreskrevet ved lov, jf. EMK art. 8 nr. 2. Legalitetskravet i EMK stiller seg noe annerledes enn hva som kreves etter Gr. § 113. Norske myndigheter må naturligvis forholde seg til legalitetsprinsippet slik det utledes av Gr. § 113, men de rettslige skrankene som utledes av menneskerettighetene gjør det likevel relevant å se hvordan lovskravet etter EMK stiller seg til bruken av provokasjon.

Legalitetskravet etter EMK innebærer et krav til hjemmel i nasjonal lovgivning. Videre kreves at den aktuelle hjemmelen oppfyller visse kvalitative krav til klarhet, forutsigbarhet og tilgjengelighet. EMD har en rekke ganger slått fast at rettspraksis kan være tilstrekkelig for å oppfylle hjemmelskravet etter artiklene i EMK.²⁷³ Det er følgelig lagt til grunn at hjemmelskravet etter EMK anses som et innholdsmessig krav, og ikke et formelt krav.²⁷⁴ Tilstrekkelig hjemmel kan altså foreligge ved både lov, sedvane og rettspraksis.

²⁷⁰ Kjølbro, 2020 s. 837.

²⁷¹ *A, B and C v. Ireland* [GC] 2010, no. 25579/05, avsnitt 229.

²⁷² Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57 og 60.

²⁷³ *Sunday Times v. United Kingdom* [P] 1979, no. 6538/74 avsnitt 47 og *Leila Sahim v. Turkey* [GC] 2005, no. 44774/98 avsnitt 88.

²⁷⁴ Kjølbro, 2020 s. 838.

Kravet om *tilgjengelighet* går ut på at borgeren må ha en rimelig mulighet til å gjøre seg bevisst om rettsstilstanden på et område. For at en rettsregel skal anses å ha tilstrekkelig hjemmel må den være publisert, eller på annen måte gjort kjent overfor borgerne.²⁷⁵ Videre må rettsregelen være *forutberegnelig*. Det innebærer at den må fremstå som så klar og presis at de berørte kan innrette seg etter regelverket. Dette betyr at borgeren skal kunne forutse hvilke konsekvenser som følger av en konkret handling.²⁷⁶ Det må imidlertid være rom for å kunne tolke rettsregelen dynamisk og i takt med samfunnsutviklingen. Det vil naturligvis ikke være mulig å forutse følgene av enhver mulig fremtidig handling. Kravet om forutberegnelighet kan derfor ikke betegnes som et krav om å forutse konsekvensene *med absolutt sikkerhet*.²⁷⁷

Det kan stilles spørsmål til om det gjelder like strenge krav til forutsigbar hjemmel ved *skjulte* etterforskningsmetoder som skal holdes hemmelig overfor mistenkte. Det kan tenkes at en mistenkt vil tilpasse sine handlinger og endre sin opptreden dersom han med sikkerhet er klar over at politiet vil foreta en provokasjonshandling mot ham. Hensikten bak politiets etterforskningskritt vil da kunne miste sin effekt. Avgjørelsen *Malone v. The United Kingdom* gjaldt politiets bruk av skjulte etterforskningsmetoder i form av kommunikasjonskontroll. I forbindelse med EMK art. 8 nr. 2 og vilkåret om forutberegnelighet, uttalte domstolen at dette kravet “cannot mean that an individual should be enabled to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly”.²⁷⁸ Politiets formål vil altså vanskeligere realiseres dersom mistenkte er i stand til å forutse når det er sannsynlig at myndighetene vil gjennomføre skjult etterforskning mot ham. Det ser etter dette ut til at forutberegnelighetskravet må lempes noe når det er tale om skjulte etterforskningsmetoder.

Det er likevel oppstilt strenge krav om at hjemmelen må være tilstrekkelig klar og presis. I *Malone v. The United Kingdom* uttalte retten videre i sin redegjørelse for forutberegnelighetskravet at hjemmelen må være “sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous

²⁷⁵ Jf. bl.a. *Silver v. United Kingdom* [J] 1983, no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75 avsnitt 87.

²⁷⁶ Kjølbro, 2020 s. 840.

²⁷⁷ Kjølbro, 2020 s. 840.

²⁷⁸ *Malone v. The United Kingdom* avsnitt 67.

interference with the right to respect for private life”.²⁷⁹ De generelle vilkårene må følgelig være klare og presise, selv om det stilles lempeligere krav til når mistenkte med sikkerhet kan forutse myndighetenes bruk av skjult etterforskning. Mistenkte må ha mulighet til å vite hvilke forhold og omstendigheter som gir myndighetene adgang til å gripe inn i privatlivet.

Vilkårene for rettmessig bruk av provokasjon som etterforskningsmetode i norsk rett har utviklet seg gjennom langvarig og samstemt rettspraksis. Riksadvokaten har også utformet rundskriv der det tydelig og klart blir beskrevet når provokasjon kan benyttes av offentlige myndigheter. Disse kildene er offentlig publisert, slik at enhver borger har mulighet til å gjøre seg kjent med vilkårene og virkningene av politiets bruk av slike metoder. EMK stiller imidlertid også krav om at inngrepet må følge av nasjonal lov. Etter norsk rett, jf. GrL. § 113, skal adgangen til å utføre “inngrep” utledes av formell lov. Ettersom bruk av provokasjon ikke fremgår av formell lov, vil ikke lovskravet etter EMK være oppfylt, uavhengig av hvor klar, presis og forutberegnelig vilkårene for bruken fremstår.

6.2.2 Kravet om at inngrepet må være “necessary in a democratic society”

I tillegg til at inngrep må være foreskrevet ved lov for å være rettmessig etter EMK art. 8 nr. 2, må tiltaket være *nødvendig i et demokratisk samfunn*. Nødvendighetskravet innebærer at det må foreligge “a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued”.²⁸⁰ Bestemmelsen inneholder videre krav om at et inngrep må ha til formål å forebygge “disorder or crime”, beskytte “health or morals” eller beskytte “the rights and freedoms of others”. Vilåret har en klar parallell til kravene om formål- og forholdsmessighet, subsidiaritet og rimelig grunn til etterforskning, som gjelder i norsk rett for politiets myndighetsutøvelse. Hensynet til den tyngende belastning som individet blir påført, må altså veies opp mot inngrepets formål og alvorlighetsgraden til det straffbare forholdet som skal etterforskes.²⁸¹ Bruk av etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt foretas med det formål å bekjempe “disorder or crime” og for å beskytte “the rights and freedoms of others”. Når nødvendighetskravet i EMK art. 8 nr. 2 ses i relasjon til politiets

²⁷⁹ *Malone v. The United Kingdom* avsnitt 67.

²⁸⁰ *Buck v. Germany [J]* 2005, no. 41604/98 avsnitt 44.

²⁸¹ Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, 2011 s. 275.

bruk av provokasjon, ser man dermed at kravet samsvarer med vilkårene om *mistanke om alvorlig kriminalitet, subsidiaritet og forholdsmessighet*.²⁸²

Retten til respekt for sitt privatliv etter Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 1 er altså en sterkt vernet rettighet, som myndighetene kun kan gripe inn i når vilkårene i art. 8 nr. 2 er oppfylt. EMK oppstiller minimumsrettigheter, og den enkelte stat kan velge å gi rettighetene et ytterligere vern. Gjennom lovskravet i Grl. § 113 har Norge gitt individer et ytterligere vern. Det har derfor ingen betydning om bruken av provokasjon er nødvendig i et demokratisk samfunn, da metoden uansett krever formell lov, jf. Grl. § 113.

Som nevnt vil provokasjon ofte stå i fare for å utgjøre et “inngrep”, noe som etter EMK art. 8 nr. 2 krever formell lov, jf. Grl. § 113. På bakgrunn av dette vil den manglende lovforankring kunne føre til at metodebruken utgjør en krenkelse av privatlivets fred etter Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 1.

6.3 Retten til rettferdig rettergang etter Grl. § 95 og EMK art. 6

6.3.1 Introduksjon

Grl. § 95 inneholder et krav om at rettergangen skal være “rettferdig” overfor den mistenkte som saken rettes mot. I dette ligger blant annet den grunnleggende retten til å forklare seg og underbygge sitt syn på saken. Bestemmelsen korresponderer med EMK art. 6 om retten til en “fair trial”. Retten til rettferdig rettergang i EMK art. 6 inneholder en rekke rettigheter, herunder retten til kontradiksjon, uskyldspresumsjonen, retten til å ikke inkriminere seg selv, samt andre prosessuelle garantier. Rettighetene som oppstilles i EMK art. 6 anses som absolutte, idet offentlige myndigheter ikke har adgang til å gjøre unntak i rettighetene som bestemmelsen oppstiller.²⁸³ Når politiet benytter provokasjon som etterforskningsmetode må det derfor avgjøres om mistenkte eller siktede har fått en “fair trial” under straffeforfølgningen. Det må her foretas en helhetsvurdering av etterforskningsprosessen, der de enkelte rettighetene som oppstilles i EMK art. 6 må vurderes konkret.²⁸⁴

²⁸² Se punkt. 4.4.1, 4.4.2 og 4.4.3

²⁸³ Kjølbro, 2020 s. 658.

²⁸⁴ Kjølbro, 2020 s. 658.

6.3.2 Vernet mot selvinkriminering - en ubetinget skranke for bruk av bevisprovokasjon?

Ved bruk av bevisprovokasjon vil vernet mot selvinkriminering stå særlig sentralt. Begrepet *selvinkriminering* betyr å aktivt eller passivt bidra til egen domfellelse ved å frembringe opplysninger til sin egen sak.²⁸⁵ Et forbud mot selvinkriminering kommer ikke uttrykkelig frem i EMK art. 6 eller Grt. § 95, men det er sikker rett at et slikt vern inngår i retten til en “fair trial”.²⁸⁶ I tillegg kommer selvinkrimineringsvernet til uttrykk i bl.a strpl. § 90 og § 232 første ledd og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14 nr. 3 bokstav g. Straffeprosesslovens bestemmelser regulerer retten til å *forholde seg taus* i avhør, ved at siktede kan nekte å “forklare seg”. En slik *verbal* tilnærming til rettigheten kan imidlertid anses noe snever, da selvinkrimineringsvernet også omfatter *faktiske* og *fysiske handlinger*.²⁸⁷ Etter SP art. 14 nr. 3 bokstav g har man rett til “ikke å bli tvunget til å vitne mot seg selv eller til å erkjenne seg skyldig”. Den videre behandlingen i dette punktet vil benytte selvinkrimineringsvernet som kommer til uttrykk gjennom retten til “fair trial” i EMK art. 6, da det er denne bestemmelsen som i hovedsak anvendes når rettspraksis behandler vernet.

I HR-2020-2137-A ble det anført at politiets bruk av bevisprovokasjon krenket mistenktes vern mot selvinkriminering.²⁸⁸ Politiet hadde ved bruk av siktedes internett-identiteter fått hans kontakter til å gi opplysninger til saken. Høyesterett var imidlertid enstemmig på dette punkt, da det var klart at personene som politiet hadde fått til å gi opplysninger, ikke selv var under etterforskning for disse forholdene. Politiets bruk av bevisprovokasjonen var derfor ikke i strid med siktedes rett til å forholde seg taus. Høyesterett viste imidlertid til at dette kunne stilt seg annerledes dersom personene som ga opplysningene, også var under etterforskning.²⁸⁹ Det er følgelig klart at vernet mot selvinkriminering kun gjelder opplysninger i *egen* straffesak. Høyesterett uttalte dermed på generelt grunnlag at “vernet mot sjølvinkriminering som hovudregel berre kan gjerast gjeldande av den krenka sjølv”.²⁹⁰

²⁸⁵ Øyen, 2010 s. 10.

²⁸⁶ Se *Funke v. France* [J] 1993, no. 10828/84 avsnitt 44 og *Serves v. France* [J] 1997, no. 20225/92 avsnitt 46, om at vernet inngår i EMK art. 6.

²⁸⁷ Øyen, Ørnulf, Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen, 2010 s. 10.

²⁸⁸ HR-2020-2137-A avsnitt 48.

²⁸⁹ HR-2020-2137-A avsnitt 50.

²⁹⁰ HR-2020-2137-A avsnitt 52.

Et hovedhensyn bak retten til å ikke bidra til egen domfellelse, er at myndighetene ikke skal sette mistenkte under press og utsette vedkommende for tvang.²⁹¹ Dersom en mistenkt i en etterforsknings sak uttrykkelig sier at han ikke ønsker å forklare seg i avhør, skal dette uten videre aksepteres av politiet. Rettigheten blir imidlertid særlig problematisk i tilfeller der politiet opptrer skjult. I slike situasjoner er ikke mistenkte klar over at han er under etterforskning, og har følgelig ikke mulighet til å aktivt benytte seg av retten til å ikke inkriminere seg selv. Politiet har derfor, i kraft av sin sikringsplikt etter EMK art. 1 og Grl. § 92, en ubetinget plikt til å avstå fra handlinger som kan føre til at mistenkte bidrar til å gi opplysninger i egen sak. Høyesterett har ved flere avgjørelser kommet til at politiets bruk av bevisprovokasjon ikke kunne tillates på grunn av mistenktes vern mot selvinkriminering. I Rt. 1999 s. 1269 hadde politiet og deres medhjelpere aktivt forledet mistenkte til å forklare seg om den straffbare handlingen han hadde begått, som han hadde rett til å forholde seg taus om.²⁹² Vernet mot selvinkriminering var følgelig det avgjørende argumentet til Høyesterett for at det fremskaffede beviset ikke ble tillatt ført i retten.²⁹³

Det kan etter dette reises spørsmål til hvordan vernet mot selvinkriminering stiller seg i tilfeller der politiet har en mer passiv rolle. Det kan i denne sammenheng vises til *Bykov v. Russia*, som illustrerer at selvinkrimineringsvernet ikke utgjør en ubetinget skranke når bevisprovokasjon benyttes for å fremskaffe opplysninger fra mistenkte. Saken gjaldt en mistenkt (Bykov) som hadde beordret en person (V) til å ta livet av en annen. V utførte ikke drapet, men kontaktet politiet. Politiet iscenesatte dermed to personer som så ut til å være drept hjemme hos den som etter avtalen skulle drepes. V ble påført skjult radiosendende mikrofon da han senere møtte Bykov, og fortalte ham at han hadde gjennomført drapet. Bykov betalte for oppdraget og begynte uoppfordret å snakke om saken. Lydopptak av dette ble brukt som bevis i straffesaken mot Bykov, som gjaldt forsøk på medvirkning til drap. Et flertall i EMD kom til at selvinkrimineringsvernet i EMK art. 6 ikke var krenket. Retten begrunnet sin konklusjon med at Bykov ikke hadde blitt presset til å snakke eller kommentere det planlagte drapet.²⁹⁴ Myndighetene hadde altså ikke utsatt den mistenkte for skjult tvang da de fremskaffet opplysninger i saken. Dommen er interessant for å illustrere hvilken betydning politiets opptreden og aktivitet har, når det skal vurderes hvordan selvinkrimineringsvernet stiller seg som rettslig skranke for bruk av bevisprovokasjon. I motsetning til Rt. 1999 s.

²⁹¹ Kjølbros, 2020 s. 707.

²⁹² Rt. 1999 s. 1269 s. 1271-1272.

²⁹³ Se punkt 4.4.5.2 for nærmere redegjørelse av dommen.

²⁹⁴ *Bykov v. Russia* [GC] 2009, no. 4378/02, avsnitt 102.

1269, der mistenkte ble oppsøkt av fordekt politi og oppfordret til å forklare seg om fengselsflukten, hadde Bykov i liten grad blitt presset til å forklare noe. Retten til å ikke inkriminere seg selv vil lettere anses krenket når politiet aktivt tar initiativ og presser vedkommende, enn der vedkommende selv tar initiativ til å frembringe opplysninger i egen sak.

En sentral problemstilling som reises når en mistenkt bringer frem opplysninger til egen straffesak, er om retten til å ikke inkriminere seg selv er i behold når mistenkte ikke er klar over at han er under etterforskning. Retten til å forholde seg taus innebærer en implisitt rett til å bli informert om at man har rett til å nekte å forklare seg, jf. strpl. § 232 og § 90, som gjelder ved åpent avhør. I *Dekkagent-dommen* ble vernet mot selvinkriminering ikke ansett å være krenket, på grunn av dekkagentens passive rolle til mistenktes forklaringer, mistenkte var ikke frihetsberøvet og det var ikke brukt elementer av tvang.²⁹⁵ I tillegg var bevisførselen rundt dekkoperasjonen kun ansett å være “støttemomenter i et ellers massivt bevisbilde”. Det kan likevel stilles spørsmål til om dekkagentens fiktive vennsksrelasjon kan ha medført at mistenkte bidro til egen domfellelse, selv om initiativet til selve forklaringene ikke kom fra agenten. Det var utvilsomt dekkagenten som tok initiativ til å inngå den vennskaplige relasjonen til mistenkte. Med en varighet på to år med rundt 50 møter, kan det være vanskelig å se hvordan Høyesterett la til grunn at det kun var mistenkte som tok initiativ til samtalen. Mistenkte var ikke på noe tidspunkt klar over at hun kunne benytte seg av sin rett til å holde seg taus om det straffbare forholdet. Det er imidlertid ikke klart i hvilken grad orienteringsplikten bør gjelde ved skjult etterforskning. Etterforskningshensyn og hensynet til kriminalitetsbekjempelse er vektige hensyn som må veies opp mot mistenktes rettigheter. *Dekkagent-dommen* gjaldt etterforskning av drap. På grunn av sakens alvorlighet og de øvrige momentene som Høyesterett la vekt på, kan det derfor anses forsvarlig at hensynet bak etterforskningen sto sterkere enn mistenktes vern mot selvinkriminering i denne saken.

Oppsummert er det utvilsomt at mistenktes vern mot selvinkriminering etter Grl. § 95 og EMK art. 6 i utgangspunktet er absolutt, og myndighetene har en klar plikt til å sikre at denne rettigheten blir ivarettatt, jf. Grl. § 92 og EMK art. 1. Det kan likevel tolkes ut fra rettspraksis at vernet ikke kan anses som en ubetinget skranke når politiet benytter skjulte etterforskningsmetoder for å fremskaffe bevis i en straffesak. Dersom politiet har opptrådt

²⁹⁵ HR-2019-1747-U.

passivt og ikke tatt initiativ til at mistenkte kommer med opplysninger til sin egen sak, kan en bevisprovokasjon likevel tillates. På den annen side vil vernet klart anses krenket i tilfeller der politiets opptreden og handlinger er den direkte årsaken til at mistenkte bidrar til opplysninger i egen straffesak. Ved et slikt tilfelle vil retten til rettferdig rettergang etter Grl. § 95 og EMK art. 6 ikke være tilstrekkelig ivaretatt, og bevisprovokasjon kan dermed ikke tillates.

6.3.3 Andre prosessuelle rettigheter

I tillegg til vernet mot selvinkriminering, innebærer retten til rettferdig rettergang etter Grl. § 95 og EMK art. 6 andre prosessuelle rettigheter. Særlig relevant i relasjon til bevis- og tiltaleprovokasjon er de generelle krav som stilles til saksbehandlingen, herunder mistankekravet og kontroll med etterforskningsprosessen.²⁹⁶

For at rettergangen skal anses rettferdig overfor mistenkte når det er benyttet provokasjon, kreves for det første at politiet har hatt tilstrekkelig klar mistanke som gir grunn til å iverksette etterforskningskritt.²⁹⁷ Politiet må ha troverdige og sikre holdepunkter for at det skal være adgang til å benytte seg av visse etterforskningskritt, herunder provokasjon. Her ser man sammenhengen til det ene tilleggsvilkåret for bruk av provokasjon, om at det må foreligge *mistanke* om et alvorlig lovbrudd.²⁹⁸ Dersom politiet starter etterforskning og benytter seg av provokasjonsmetoder uten at det foreligger tilstrekkelig mistanke, vil dette kunne utgjøre et brudd på retten til rettferdig rettergang etter EMK art. 6 og Grl. § 95.

Videre er det fremhevet i teorien at en rettergang ikke anses rettferdig dersom politiets handling er den direkte årsaken til at mistenkte begår et lovbrudd eller et mer alvorlig lovbrudd.²⁹⁹ I tilknytning til bruk av provokasjon ser man her den sentrale skranken som oppstilles når grunnvilkåret for provokasjonshandlingen ikke er oppfylt. Dersom en straffbar handling ikke ville funnet sted uten politiets innblanding, vil det naturligvis ikke være en rettferdig rettergang dersom vedkommende likevel ble tiltalt og dømt for forholdet. EMK art. 6 og Grl. § 95 belyser derfor viktigheten av at brudd på grunnvilkåret må lede til frifinnelse.³⁰⁰

²⁹⁶ Kjølbros, 2020 s. 671.

²⁹⁷ Kjølbros, 2020 s. 672 og 674.

²⁹⁸ Nærmere om dette i punkt 4.4.2.

²⁹⁹ Kjølbros, 2020 s. 672 og 674.

³⁰⁰ Jf. punkt 4.5

Det stilles også visse krav til kontroll rundt gjennomføringsprosessen når politiet benytter seg av provokasjon som etterforskningsmetode.³⁰¹ Det kreves at politiet i tilstrekkelig grad informerer mistenkte og forsvarere fullt ut om prosessen, slik at retten til kontradiksjon under en eventuell rettssak blir ivaretatt. Ved å skjule viktige opplysninger rundt etterforskningsprosessen blir mistenkte fratatt sin rettighet til å underbygge sitt syn på saken.³⁰² Dette har en nær sammenheng med det grunnleggende og ulovfestede kravet til forsvarlig saksbehandling som kreves ved politiets myndighetsutøvelse.³⁰³ Det er klart at dersom saksbehandlingen ikke anses forsvarlig, vil det indikere at rettergangen ikke har vært rettferdig, jf. EMK art. 6 og Grl. § 95.

Grl. § 95 og EMK art. 6 blir altså anvendt av domstolene når det skal vurderes om saksbehandlingen og etterforskningen mot en mistenkt eller siktet har ivaretatt retten til en “fair trial”. Politiets adgang til å benytte etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt er klart begrenset dersom saksbehandlingen lider av mangler, eller når prosessuelle rettigheter er utelatt. Som nevnt blir politiets begrensning rundt dette ivaretatt gjennom vilkårene som er oppstilt i norsk rett for bruk av provokasjon. Retten til rettferdig rettergang etter Grl. § 95 og EMK art. 6 vil dermed kun anses som en presisering av de krav som Høyesterett allerede har oppstilt for politiets bruk av provokasjon.

7. Hvorfor bør bevis- og tiltaleprovokasjon lovfestes?

7.1 Introduksjon

Høyesterett har ved flere anledninger tatt stilling til om bruken av provokasjon kan benyttes uten grunnlag i formell lov. Standpunktet synes å være uforandret, til tross for at grunnlovsreformen løftet frem og revitaliserte legalitetsprinsippets lovskrav som forbudsnorm. I de ulike avgjørelsene har Høyesterett vurdert den enkelte provokasjonshandling i saken opp mot den konkrete situasjonen, og kommet frem til at bruken ikke har vært problematisk knyttet opp mot de konstitusjonelle skrankene.

³⁰¹ Se *V v. Finland* [J] 2007, no. 40412/98 avsnitt 76-81.

³⁰² *V v. Finland* avsnitt 77.

³⁰³ Se nærmere punkt. 4.4.5.

Etter en gjennomgang av de tidligere punkter i avhandlingen, legges det til grunn at bevis- og tiltaleprovokasjon ofte står i fare for å utgjøre et “inngrep” i retten til privatlivet etter Grl. § 102, jf. § 113, og EMK art. 8 nr.1, og at metoden derfor bør forankres i formell lov, eller i medhold av formell lov. Det vil derfor ikke være legitimt å opprettholde den alminnelige handlefrihet som rettsgrunnlag for politiets utøvelse av metoden. Spørsmålet om praksisen *på generelt grunnlag* bør lovreguleres har vært oppe til vurdering ved flere anledninger, uten at lovgiver eksplisitt har gitt uttrykk for at den bør lovfestes. I lys av Grl. § 113 og det økende vernet av menneskerettighetene, er det gode grunner for at det nå er på tide å lovregulere metodebruken.³⁰⁴ Dette punktet vil gå nærmere inn på argumentene for lovfesting av metoden, og knytte dette opp mot de forhold som taler mot lovregulering.

7.2 Hensyn for og imot lovfesting av bevis- og tiltaleprovokasjon

Legalitetsprinsippet i Grl. § 113 stiller krav til formell lov ved “inngrep”. Prinsippet skal sikre at inngripende myndighetsutøvelse er forutberegnelig overfor borgerne samt ivareta den demokratiske legitimitet. Utviklingen og kodifisering av menneskerettighetene, og særlig det økende fokus på personvern og den psykiske integritet, illustrerer at vurderingen om lovregulering stiller seg annerledes nå enn tidligere. Tidligere satt legalitetsprinsippet kun begrensninger for rettslige normeringer, og ikke faktiske handlinger. Etter kodifiseringen er det imidlertid klart at også faktiske handlinger omfattes av den rettslige skranke som legalitetsprinsippet i Grl. § 113 oppstiller. I lys av den teknologiske utviklingen har politiet i dag større tilgang på verktøy som griper inn i privatlivet. Videre viser den økende utviklingen av komplisert og organisert kriminalitet, at politiet i større grad enn tidligere har behov for å benytte seg av utradisjonelle metoder.

Rettspraksis og teori viser at det er blandede oppfatninger av om bruken av provokasjon utgjør et “inngrep” i den vernede sfære. Det er ikke uten grunn at spørsmålet om lovregulering er tatt opp ved flere anledninger. I lovforslaget fra 2004 uttalte utvalgets flertall at det er “ikke tvilsomt at flere av de politimetoder som i dag anvendes uten lovhjemmel, faller inn under den vernede sfære etter EMK art 8 nr. 1, og således krever hjemmel i lov”.³⁰⁵ Videre i lovforslaget uttales det at betegnelsen “ekstraordinære etterforskningsmetoder” gir

³⁰⁴ Fliflet, Arne, *Politimetoder og rettssikkerhet – nå må lovgiver handle*, 2017 og Johansen, Ingvild Vågnes, *Lovfesting av politiprovokasjon – er det viktig og riktig?*, 2013.

³⁰⁵ NOU 2004: 6 punkt 1.3.3.1 s. 17.

uttrykk for at metoden er “særlig inngripende”.³⁰⁶ Basert på praksis fra Høyesterett og EMD må det foretas en konkret vurdering av hvilke handlinger som utgjør et “inngrep” etter Grl. § 113. Det vil neppe fremstå særlig forutberegnelig for borgerne at hvorvidt en provokasjonshandling utgjør et “inngrep” skal bero på en konkret vurdering. Dette vil danne tvil rundt spørsmålet om den enkelte provokasjonshandling er tyngende nok til å utgjøre et “inngrep”. Av hensyn til forutberegneligheten bør denne tvilen komme borgerne til gode, noe som underbygger at provokasjon bør lovfestes.

Da ekstraordinære etterforskningsmetoder ble tatt i bruk, var hovedformålet å bekjempe organisert narkotikakriminalitet. I senere tid har praksisen blitt anvendt ved flere typer lovbrudd og i et hyppigere omfang. Dette illustrerer at politiet gradvis har utvidet sitt anvendelsesområde for når bruk av ekstraordinære etterforskningstiltak er rettmessig. Manglende lovregulering kan risikere at grensene utvides ytterligere i tiden fremover, noe som også begrunner en lovfesting av provokasjon.

Videre bygger legalitetsprinsippet på at inngrepshjemler skal forankres i folkeviljen. Vilkårene for bruk av provokasjon fremgår relativt klart av høyesterettspraksis og Riksadvokatens rundskriv, slik at klarhets- og tilgjengelighetskravet som lovkravet bygger på vil være ivaretatt. Likevel viser hensynet til den demokratiske legitimitet at slik myndighetsutøvelse må forankres i formell lov gjennom en demokratisk lovgivningsprosess. Lovfesting av bevis- og tiltaleprovokasjon vil styrke borgernes tillit til rettssystemet, ved at folket har vært involvert i lovreguleringen.

Da bevis- og tiltaleprovokasjon ble tatt i bruk, var oppfatningen at etterforskningsmetoden ikke burde lovreguleres, da det ble ansett å være utfordrende å formulere en tilfredsstillende lovtekst.³⁰⁷ På dette tidspunktet var det uavklart hvilke problemstillinger som ville oppstå knyttet til bruk av slike etterforskningsmetoder. Det ble derfor ansett hensiktsmessig at påtalemyndigheten og domstolene skulle trekke de nærmere grensene for hva som kunne godtas.³⁰⁸ En detaljert lovtekst kunne risikert å “låse” rettsstilstanden og begrense politiets fleksibilitet. Hvis en eventuell lovregulering medfører at det blir vanskeligere å bekjempe kriminalitet på en effektiv måte, vil dette være uheldig. Det må kunne legges til grunn at

³⁰⁶ NOU 2004: 6 punkt 7.1.2.1 s. 55.

³⁰⁷ Johansen, 2013 s. 233 med videre henvisning til Ot.prp. nr. 35 (1978–1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven) del V, femte del, kap 18 s. 179.

³⁰⁸ Johansen, 2013 s. 231.

politiet har best innsikt i når slike metoder er nødvendig i etterforskningen. Et slikt resonnement trekker i retning av at bevis- og tiltaleprovokasjon ikke bør lovfestes.

I vurderingen av om provokasjon bør lovreguleres, har det i forarbeidene blitt vist til virkningene av lovfesting av tiltaleprovokasjon i Danmark.³⁰⁹ Etter at tiltaleprovokasjon ble lovregulert, opplevde danske myndigheter en sterk nedgang av metodebruken. Utformingen av lovteksten gjorde det vanskelig for dansk politi å anvende metoden, og satte sterke begrensninger i deres fleksibilitet.

Det er imidlertid ikke holdbart å vise til denne utviklingen i spørsmålet om metodebruken bør lovreguleres i norsk rett. Nedgangen som danske myndigheter opplevde kan tvert imot indikere et behov for å innskjerpe praksisen. Videre vil ikke en lovregulering i seg selv begrense metodebruken, da det avgjørende vil være *innholdet* i lovteksten. Praksis fra EMD åpner for at lovbestemmelser kan bære preg av skjønnsmessige formuleringer for å gjøre det mulig å tolke bestemmelsen i takt med samfunnsutviklingen.³¹⁰ Argumentet om at det er lovteknisk vanskelig å utforme dekkende og anvendbare formuleringer gjør seg like gjeldende ved bruk av andre straffeprosessuelle tiltak. Det kan for eksempel vises til bestemmelsen om skjult kameraovervåking på offentlig sted i strpl. § 202 a første ledd. Bestemmelsen foreskriver at når det er “mistanke” om “en eller flere straffbare handlinger” som kan medføre “høyere straff enn fengsel i 6 måneder”, kan politiet benytte “skjult kameraovervåking på eller fra offentlig sted” dersom det er “av vesentlig betydning for etterforskningen”. En slik formulering bærer preg av skjønn, der politiet har en viss frihet til å beslutte når slik kameraovervåking skal iverksettes. En slik løsning vil avhjelpe den lovtekniske utfordringen ved at hovedtrekkene og vilkårene for når etterforskningstiltaket kan benyttes blir regulert. På denne måten vil hensynet til forutberegnelighet og demokratisk legitimitet bli tilstrekkelig ivaretatt, samtidig som bruken av tiltaket er anvendelig. Dette synspunktet underbygger hvorfor bevis- og tiltaleprovokasjon bør lovreguleres.

Synspunktet om at det er uklart hvilke omstendigheter og situasjoner som aktualiserer bruken av provokasjon, vil heller ikke være like holdbart i dag. Metodebruken har blitt benyttet hyppig over et lengre tidsrom, og har blitt en anerkjent etterforskningsmetode. Rettspraksis

³⁰⁹ NOU 1997: 15 punkt 2.25 s. 21, Ot.prp.nr.64 (1998–1999) punkt 16.2.2 s. 123 og NOU 2004: 6 s. 198 punkt 10.7.5.1.

³¹⁰ Kjølbro, 2020 s. 840.

og Riksadvokatens retningslinjer har gjennom de siste årene satt relativt klare rammer for bruken av provokasjon, slik at det neppe kan argumenteres for at reglene om provokasjon er “meget vanskelig å formulere”.³¹¹

Endelig vil lovfesting av provokasjon være i samsvar med trenden ellers i Europa, da både Finland, Nederland og Storbritannia har lovfestet metodebruken.³¹² Denne lovreguleringen har ikke satt noen begrensning for bruk av etterforskningsmetoden. Den nasjonale og internasjonale utviklingen av lovskravet på straffeprosessens område, tilsier følgelig at bruken av provokasjon også bør lovreguleres i norsk rett.³¹³

7.3 Betydningen av HR-2020-2137-A

Etter flertallets gjennomgang av rettstilstanden av tidligere avgjørelser, trakk førstvoterende frem viktigheten av at metodebruken må være forsvarlig.³¹⁴ Ved vurderingen av om den konkrete bevisprovokasjonen var rettmessig, var det avgjørende for flertallet at metodebruken var forsvarlig og forholdsmessig, sett opp mot alvorlighetsgraden og formålet med etterforskningen.³¹⁵ Kravet til forsvarlighet og forholdsmessighet er to grunnleggende prinsipper i straffeprosessen som klart må ivaretas, uavhengig av om tiltaket følger av formell lov. Konklusjonen og vurderingene til Høyesterett ville derfor trolig vært det samme dersom vilkårene var regulert i en lovhjemmel. En lovhjemmel ville ikke isolert sett gjort tiltaket rettmessig, hvis den konkrete metodebruken i saken uansett ikke hadde vært forsvarlig og forholdsmessig. Lovfesting av bevis- og tiltaleprovokasjon kan derfor anses overflødig når de ulovfestede vilkårene ivaretar de viktigste rettssikkerhetsgarantiene.

Mindretallet var enig i at metodebruken i saken var forsvarlig og forholdsmessig, men la større vekt på skranken som legalitetsprinsippet oppstiller. Selv om bruken er forsvarlig, skal lovskravet i Grl. § 113 fremme hensynet til demokratisk legitimitet og forutberegnelighet for borgerne. Annenvoterende var klar på at bruk av provokasjon utfordrer lovskravet som Grunnloven oppstiller, noe som trekker i retning av at bevis- og tiltaleprovokasjon bør lovfestes.

³¹¹ Johansen, 2013 s. 233.

³¹² NOU 2004: 6 punkt 1.3.3.1 s. 17.

³¹³ Fliflet, 2017 s. 308.

³¹⁴ HR-2020-2137-A avsnitt 34.

³¹⁵ HR-2020-2137-A avsnitt 44 og 45.

Til tross for at flertallet ikke la avgjørende vekt på at metodebruken manglet lovforankring, kom de med en generell uttalelse om at “tida kan vera mogen for ei nærare lovregulering av utradisjonelle etterforskningsmetodar”.³¹⁶ Uttalelsen ble begrunnet med vedtakelsen av Grl. § 113 og det rettspolitiske idealet som bestemmelsen er bærer av. Ettersom det er flertallets votum som har størst rettskildemessig vekt, vil deres uttalelse være et sterkt argument for at bevis- og tiltaleprovokasjon bør lovfestes.

8. Oppsummering og konklusjon

Denne oppgaven har vist at bevis- og tiltaleprovokasjon er en effektiv måte å bekjempe og etterforske alvorlig kriminalitet på. Sett i lys av dagens kriminalitetsbilde, som bærer preg av organiserte og komplekse forhold, er det ikke tvilsomt at politiet bør ha adgang til å benytte metoden. Grl. § 113 oppstiller imidlertid et krav om at “myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov”. Det er uomtvistet at metodebruken er et byrdefullt tiltak som griper inn i borgernes rettssfære. I de tilfeller hvor politiets provokasjonshandlinger utgjør et “inngrep”, er det klart at metodebruken ikke oppfyller legalitetsprinsippets lovskrav i Grl. § 113, da den alminnelige handlefrihet ikke tilfredsstillende kravet til formell lov. På bakgrunn av manglende forankring i formell lov, vil metodebruken også kunne utgjøre en krenkelse av privatlivets fred etter Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 1.

De ulovfestede vilkårene for provokasjon er imidlertid relativt klart oppstilt, og Høyesterett har ved flere anledninger konkludert med at den konkrete metodebruken har vært forsvarlig og forholdsmessig. Tidligere drøftelser har belyst at det er vanskelig å konstatere om provokasjon på generelt grunnlag er et “inngrep” som aktualiserer lovskravet, og dermed utgjør en krenkelse av privatlivets fred etter Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 1. Ettersom metodebruken ofte vil stå i fare for å utgjøre et “inngrep”, vil den manglende lovreguleringen ikke ivareta de sentrale hensynene til forutberegnelighet og demokratisk legitimitet som legalitetsprinsippet bygger på.

Det økende fokus på menneskerettigheter, særlig personvernet og den psykiske integritet, begrunner at metodebruken bør være forankret i folkeflertallets vilje. En slik forankring vil øke borgernes tillit til politiet, og bidra til å hindre vilkårlig myndighetsmisbruk. Disse

³¹⁶ HR-2020–2137-A avsnitt 43.

hensynene, samt det økende behov for metodebruken, viser at spørsmålet om lovregulering ikke lenger bare bør holdes under oppsikt, men at det er på tide at lovgiver må handle.³¹⁷

Konklusjonen er at bevis- og tiltaleprovokasjon er effektive og nødvendige verktøy som bidrar til at politiet kan gjennomføre sine oppgaver i lys av sikringsplikten etter Grl. § 92 og EMK art. 1. Problemet er imidlertid at provokasjon er en praksis uten grunnlag i lov og uten demokratisk legitimitet.

³¹⁷ Fliflet, 2017 s. 308.

Kilder

Litteratur

Aall, Jørgen, “*EMKs betydning etter grunnlovsrevisjonen*”, Tidsskrift for rettsvitenskap 2017

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018

Andenæs, Johs og Fliflet Arne, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2017

Auglend, Ragnar L. og Mæland, Henry John, *Politirett*, 3. utgave, Gyldendal juridisk 2016.

Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, Gyldendal akademisk 2011

Bjerknes, Ole Thomas og Fahsing, Ivar A., *Etterforskning: prinsipper, metoder og praksis*, Fagbokforlaget 2018

Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt*, Universitetsforlaget 2021

Bruce, Ingvild og Haugland, Geir Sunde, *Skjulte tvangsmidler 2. utgave*, Universitetsforlaget 2018

Fliflet, Arne, *Politimetoder og rettsikkerhet – nå må lovgiver handle*, Lov og Rett 2017

Frøberg, Thomas, *Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet*, Jussens venner 2015/1-2

Hopsnes, Roald, *Provokasjon som politim metode*, Jussens venner, 2003/2

Hopsnes, Roald og Solberg, Raymond, *Legalitetsprinsippet*, Jussens Venner 2005/2

Johansen, Ingvild Vågnes, *Lovfesting av politiprovokasjon – er det viktig og riktig?*, Kritisk juss 2013

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den europeiske menneskerettighedskonvention for praktikere*, 5. utgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag 2020

Larsson, Paul, *Normalisering av det unormale Utvidelsen i bruk av utradisjonelle politimetoder*, Norsk politietterforskning vol. 1 nr.1/2014 s. 41-57.

Mestad, Ola, Michalsen, Dag og Bernt, Jan Fridthjof, §113, Vitenskapelig publikasjon fra Grunnloven Historisk kommentarutgave, 2021

Nilsen, John Reidar, *Politirett og rettsstat*, Gyldendal 2022

Nilsen, John Reidar, *Norwegian police law, crime prevention and its (need for more) democratic legitimacy*, *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, 10(2), 3–28, 2022

Nordhus, Magnus A., *Straffelovgivningens betydning for politiets kompetanse til å anvende provokasjon*, *Tidsskrift for strafferett*, 2020/2.

Skoghøy, Jens Edvin A, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess* 2. utgave, Fagbokforlaget 2019

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 3. utgave, Fagbokforlaget 2022

Øyen, Ørnulf, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Fagbokforlaget 2010

Norske lover og forskrifter

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov (Grunnloven)

Lov 22. mai 1902 nr 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)

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

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

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

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)

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

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Lov 28. mai. 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven)

Forskrift 20. september. 2013 nr. 1097 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterforskriften)

Lov 15.juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

Konvensjoner

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen - EMK)

International Covenant on Civil and Political Rights, 16. December 1966 (entered into force 23. March 1976) 999 UNTS 171 (SP)

Forarbeider og andre offentlige publikasjoner

Norges offentlige utredninger

NOU 1997: 19 Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger

NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern Politimetoder i forebyggende øyemed

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp.nr.22 (1994–1995) Om lov om politiet (politiloven)

Ot.prp. nr. 35 (1978–1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven)

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

Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel)

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

Stortingsmeldinger og andre dokumenter

Dok.nr.16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Innst. 186 S (2013–2014) Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen

Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2018, Infiltrasjon og provokasjon som etterforskningsmetode – vederlag til politiets kilder, 31. oktober 2018

Avgjørelser fra Høyesterett

Rt. 1952 s. 1217

Rt. 1977 s. 1035

Rt. 1984 s. 1076 (*Politiheroin-dommen*)

Rt. 1992 s. 1088

Rt. 1993 s. 473

Rt. 1993 s. 1302

Rt. 1995 s. 530

Rt. 1998 s. 407 (*Skrik-dommen*)

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2000 s. 1223

Rt. 2000 s. 1345

Rt. 2000 s. 1482

Rt. 2008 s. 1659

Rt. 2009 s. 394

Rt. 2010 s. 612

Rt. 2010 s.1232

Rt. 2011 s. 946

Rt. 2011 s. 1455

Rt. 2014 s. 1105

Rt. 2015 s. 93

HR 2016-1833-A

HR-2016-2554-P

HR 2019 1747-U (*Dekkagent-dommen*)

HR 2020-2137-A

HR-2020-2157-U

Avgjørelser fra EMD

Sunday Times v. United Kingdom [P] EMD no. 6538/74, 18.05.1979

Silver v. United Kingdom [J] EMD no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 24.10.1983

Malone v. the United Kingdom [P], EMD no. 8691/79, 02.08.1984

Lüdi v. Switzerland [J], EMD no. 12433/86, 15.juni 1992

Herczegfalvy v. Austria [J], EMD no. 10533/83, 24.september 1992

Funke v. France [J], EMD no. 10828/84, 25.02.1993

Serves v. France [J], EMD no. 20225/92, 20.10.1997

Rotaru v. Romania [GC], EMD no. 28341/95, 04.05.2000

P.G. and J.H. v. The United Kingdom [J], EMD no. 44787/98, 25.09.2001

Conka and Others v. Belgium [J], EMD no. 51564/99, 05.02.2002

YF v. Turkey [J], EMD no. 24209/94, 22.07.2003

Buck v. Germany [J], EMD no. 41604/98, 28.04.2005

Leila Sahim v. Turkey [GC] EMD no. 44774/98, 10.11.2005

V. v. Finland [J], EMD no. 40412/98, 24.04.2007

Bykov v. Russia [GC], EMD no. 4378/02, 10.03.2009

Uzun v. Germany [J], EMD no. 35623/05, 02.09.2010

Milanović v. Serbia [J] EMD no 44614/07, 14.12.2010

A, B and C v. Ireland [GC], EMD no. 25579/05, 16.12.2010

GRBA v. Croatia [J], EMD no. 47074/12, 23.11.2017