

POLITIETS BRUK AV INFILTRASJON OG PROVOKASJON

–Oppstiller EMK artikkel 8 begrensninger?

Kandidatnr: 159 379

Leveringsfrist: 10.12.2008

Veileder: Knut-Fredrik Hustad

Ord: 13 198

09.12.2008

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
2. Hva er infiltrasjon og provokasjon?	6
2.1 Infiltrasjon	6
2.2 Provokasjon	7
3. Vilkår for bruk av infiltrasjon og etterforskning med provokasjonstilsnitt.....	9
3.1 Infiltrasjon	9
3.1.1 Innledning	9
3.1.2 Krav om lovhjemmel?	10
3.1.3 Infiltrasjon må være i overensstemmelse med de generelle vilkår for etterforskning.....	10
3.1.4 Infiltrasjon må være i overensstemmelse med lovgivningen for øvrig.....	11
3.1.4.1 Er infiltratørens bruk av falsk identitet i strid med forbudet mot dokumentforfalskning?.....	11
3.1.4.2 Infiltratørens adgang til å begå straffbare handlinger.....	12
3.1.4.3 Er politiet berettiget adgang til det private hjem under infiltrasjonen? .	13
3.2. Provokasjon	14
3.2.1 Innledning	14
3.2.2 Krav om lovhjemmel?	15
3.2.3 Grunnvilkåret	16
3.2.4 Mistankekravet	18
3.2.5 Alvorlig straffbart forhold.....	18
3.2.6 Forholdsmessighet mellom etterforskningsmiddel og mål.....	19
3.2.7 Beslutning og notoritet	20
4. Oppstiller EMK art. 8 begrensninger for bruk av infiltrasjon og provokasjon?	21
4.1 Innledning.....	21
4.2 Faller bruk av infiltrasjon og provokasjon innenfor virkeområdet til EMK art. 8 første ledd?.....	22
4.3 Er Norges praksis for bruk av infiltrasjon og provokasjon et inngrep i retten til privatliv?	24
4.4 Unntak fra forbudet om å gjøre inngrep i retten til privatliv etter art. 8 annet ledd	27
4.4.1 Innledning	27

4.4.2 Hjemmelskravet	28
4.4.3 Relevant formål	32
4.4.4 Nødvendighetskravet	33
4.4.4.1 Statens skjønnsmargin	34
4.4.4.2 Skjønnsmarginens utstrekning ved infiltrasjon og provokasjon og den derav tilpassede forholdsmessighetsvurdering.....	36
5. Konklusjon	40
6. Bibliografi	42

1. Innledning

Temaet for avhandlingen er hvordan politiets bruk av infiltrasjon og provokasjon i etterforskningen forholder seg til borgernes rett til privatliv etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 8 første ledd. Hensikten er å avklare hvorvidt den internrettslig tillatte bruk av slike etterforskningsmetoder kan medføre en krenkelse av borgerens rett til privatliv. Avhandlingen søker med dette å besvare spørsmålet om i hvilken utstrekning de nasjonale styresmakter overholder sine internasjonale forpliktelser når infiltrasjon og provokasjon benyttes i etterforskningen. Hovedproblemstillingen herunder er om EMK art. 8 oppstiller begrensninger for bruk av slike metoder.

Dette innebærer en vurdering av i hvor stor grad borgerens rettssikkerhet er ivaretatt når politiet retter etterforskning med provokasjonstilsnitt og infiltrasjon mot vedkommende. De to hovedhensyn som her står mot hverandre er det samfunnsmessig viktige hensynet til kriminalitetsbekjempelse, holdt opp mot den enkeltes rettssikkerhet; hensyn som må være forholdsmessig ivaretatt for å opprettholde en velfungerende samfunnsorden. Uten politiets adgang til å benytte virkemidler av en viss inngripende karakter, vil kriminalitet vanskelig kunne forkjempes og samfunnsstrukturen vanskelig opprettholdes. I motsatt fall, der det ikke fastsettes grenser for etterforskningen, vil det være åpent for maktmisbruk og overgrep mot borgerne.

Infiltrasjon og provokasjon er blant de etterforskningsmetoder som omtales som ekstraordinære og utradisjonelle. Disse betegnelsene er noe misvisende da slike etterforskningsskritt har blitt benyttet i lang tid og stadig blir hyppigere anvendt. Metoder av slik karakter skiller seg likevel fra den alminnelige etterforskning ved at politiet i strid med den ordinære fremgangsmåte observerer at forbrytelser finner sted uten å gripe inn, eller de bidrar aktivt til forbrytelsen. Det er sagt at en fellesnevner for de ekstraordinære etterforskningsmetoder ”er at de foretas i det skjulte og uten at mistenkte vet det”.¹

Slike etterforskningsskritt har blitt funnet nødvendig å bruke der vanlig etterforskning kommer til kort. Ved alvorlig organisert kriminalitet, vil det foreligge et tett samarbeid blant de involverte for å forhindre at politiet får kjennskap til den kriminelle virksomhet.

¹ Ot.prp.nr.64 1998-99 kap. 3.3

Samfunnsmessige hensyn tilsier da at politiet må ha mulighet til å ty til sterkere og mer inngrepene virkemidler. Spesielt praktisk er dette ved narkotikaforbrytelser der det ikke er noen privat fornærmet "[...] og ofrene (de narkomane) vil ha felles interesse med leverandøren i å få stoffet frem og omsatt".² I tillegg vil vitner ofte av frykt for represalier avstå fra å gi opplysninger til politiet. Politiet er derfor avhengig av å komme seg på innsiden av det kriminelle miljøet for å avsløre deres virksomhet. Også annen type kriminalitet kan utløse et behov for å gå utenfor rammene for den tradisjonelle etterforskning. Bekjempelse av barnepornografi er et annet eksempel på kriminalitet som skjer innen et lukket miljø der politiet vanskelig vil få fatt i informasjon med mindre de selv involverer seg under falsk identitet.

De infiltrerende og provokative metoder karakteriseres ved at de er preget av hemmeligholdelse, og det er en smal balansegang mellom nødvendige virkemidler og de mer uortodokse metoder. Dette fører til at man lett beveger seg innenfor mistenktes privatliv og at man står i fare for å krenke denne. Hvor langt adgangen til å benytte infiltrasjon og provokasjon rekker, må derfor avgrenses ut fra hensynet til mistenkte og dennes rett til privatliv etter EMK art. 8. Først og fremst vil man måtte foreta en vurdering av om man ved infiltrerende og provokative metoder beveger seg innenfor vernets virkeområde, hvorpå man må vurdere hvorvidt den aktuelle etterforskning representerer et inngrep i vedkommendes privatliv. Et slikt inngrep må i så fall hjemles i artikkelens vilkår for å gjøre inngrep i vernet.³

Gjennomgående for fremstillingen er at den i liten grad bygger på lovgivning da det ikke har vært ansett nødvendig å lovhjemle infiltrasjon og etterforskning med provokasjonstiltak.⁴ Lovgiver legger opp til at domstolene skal trekke opp grensene for lovlig provokasjon og infiltrasjon i hvert enkelttilfelle.⁵ Når det er adgang til å bruke slike etterforskningsmetoder og hvor langt man kan gå i bruken av dette er imidlertid, som dette kan tyde på, ikke helt vilkårlig. Grensene må trekkes opp ut fra rettspraksis og politiets praksis. Riksadvokaten har kommet med retningslinjer som kan være veiledende i avgjørelsen av politiets adgang til bruk av infiltrasjon og provokasjon, og som reflekterer rettstilstanden på området.⁶ En viss veiledning finnes også i forarbeidene til straffeprosessloven og dennes senere endringslov; Ot.prp.nr.35 (1978-79) og Ot.prp.nr. 64(1998-99). Mest omtalt har temaet blitt av politiets

² NOU 1997: 15 s. 83

³ EMK art. 8 annet ledd

⁴ Ot.prp.nr.35 (1978-79) s. 179, støttes også av NOU 1997:15 s. 81-82 og NOU 2004:6 s. 82

⁵ Rt. 1984 s. 1076

⁶ Rt. 1984 s. 1076, s. 1081

metodeutvalg i NOU 1997:15 og NOU 2004:6. Metodeutvalget ble oppnevnt for å evaluere de eksisterende etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet, og har kommet med mange relevante vurderinger for politiets infiltrerende og provokative virksomhet. For retten til privatliv vil først og fremst EMK i kraft av menneskerettsloven av 21. mai nr. 30 1999, være avgjørende. Også praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) er av stor betydning, samt tolkninger fremstilt i juridisk teori.

Tematisk er oppgaven inndelt i to hoveddeler. Den første behandler politiets internrettslige adgang til bruk av provokative og infiltrerende metoder. Først og fremst innebærer dette en klargjøring av begrepene i kapittel 2, deretter de nærmere vilkår og grenser for bruk av slike etterforskningsmetoder i kapittel 3. Oppgaven skifter så til en internasjonal vinkling. Dette innebærer at det i kapittel 4 for det første redegjøres for hva som ligger i retten til privatliv etter EMK art. 8 og muligheten til å foreta inngrep i denne retten, for deretter å vurdere hvordan de internrettslige regler for bruk av provokasjon og infiltrasjon samsvarer med dette.

Leseren vil kanskje forundre seg over en slik delt fremstilling av problematikken da det er en kjensgjerning at den europeiske menneskerettskonvensjon er en del av vår interne rett.⁷ Forfatteren er kjent med at EMK er en relevant kilde som til vanlig er en del av helhetsvurderingen av hvor vidtgående adgang til bruk av infiltrasjon og provokasjon er i etterforskningen. For å gjøre det mulig å sammenholde de krav som stilles etter EMK og den praksis som føres internt, er det imidlertid mer hensiktsmessig å behandle den tradisjonelle lære og EMK- retten separat.

2. Hva er infiltrasjon og provokasjon?

2.1 Infiltrasjon

Infiltrasjon er en etterforskningsmetode der politiet trer inn som en del av det kriminelle miljøet for å få fatt i informasjon om planlagte eller foretatte forbrytelser.

⁷ MrI. § 2

Andenæs beskriver infiltrasjon som de tilfeller der "[...] politiet, ved sine egne ansatte eller utenforstående medhjelpere, innarbeider seg i (infiltrerer) en organisasjon eller et kriminelt miljø for å få tak i opplysninger som det ikke ville fått ved vanlig etterforskning".⁸

Politets metodevalg holder infiltrasjon opp mot spaning der etterforskningen er av en mer passiv art; "dersom politiet for å få tak i informasjon utøver aktivitet i forhold til dem som holdes under oppsikt, kan spaningen gå over i infiltrasjon".⁹ Det skal imidlertid ikke all verdens aktivitet til for at metoden er å anse som infiltrerende. Det er "tilstrekkelig at infiltratøren passivt holder sin identitet skult ved for eksempel å opptre sivilt eller ta på seg bestemte klær som viser tilhørighet med miljøet".¹⁰ En vesentlig karakteristika for infiltrasjon er nettopp at infiltratøren opererer under falsk identitet.¹¹

En annen sentral del ved infiltrerende etterforskning er at "politiet aktivt oppsøker personen eller miljøet det ønskes opplysninger om".¹² Dette vil si at det er en planlagt aksjon der politiet er ute etter å avdekke en spesiell type kriminalitet, ikke der tjenestemannen tilfeldigvis kommer over en forbrytelse mens han opptre i sivilt. Formålet med å benytte infiltrasjon i etterforskningen kan være å få forbrytelsen til å opphøre, avverge den eller skaffe bevis for at en forbrytelse har skjedd.

Det kan også nevnes at metodeutvalget likestiller bruk av en "utenforstående tredjemann" med en polititjenestemann under falsk identitet.¹³

2.2 Provokasjon

I riksadvokatens rundskriv defineres provokasjon som de tilfeller der "politiet ved infiltrasjon eller bruk av personer påvirker straffbare handlinger som andre foretar, for å bedre sin kunnskap om eller kontroll med et hendelsesforløp".¹⁴ Metodeutvalget uttaler at "provokasjon kjennetegnes ved at politiet selv eller en som opptre på politiets vegne tar kontakt med en person og utnytter en villfarelse hos ham til å blande seg styrende inn i et hendelsesforløp som

⁸ Andenæs; Straffeprosess I, s. 286

⁹ NOU 2004:6 s. 80

¹⁰ NOU 2004:6 s. 81

¹¹ NOU 2004:6 s. 81

¹² NOU 2004:6 s. 81

¹³ NOU 2004:6 s. 81

¹⁴ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 Del III, avsnitt 1

fører til en straffbar handling eller til en mer straffverdig handling.”¹⁵ Et klassisk eksempel på dette er politiets inntreden som kunde ved salg av narkotika. I slike situasjoner vil politiet la ”en etterforsker opptre som kjøper eller medskyldig, og på den måten forsøke å fremprovosere en situasjon hvor politiet kan beslaglegge narkotikaen, avsløre impliserte i saken og hindre at stoffet blir spredt ut på markedet”.¹⁶ I sin rene form vil provokasjon innebære at ”politiet fremkaller (fremprovoserer) en straffbar handling for å få bevis mot gjerningsmannen”.¹⁷

Begrepet provokasjon er imidlertid noe misvisende da dette forbindes med ulovlige etterforskningsmetoder. Man har derfor vært tilbakeholden med å benytte denne betegnelsen når etterforskningen har vært å anse som lovlig. Slik lovlig provokasjon blir i stedet betegnet som ”etterforskning med provokasjonstilsnitt”.¹⁸ Det samme gir Andorsen uttrykk for i sin artikkel der han uttaler at begrepet har ”innebygget i seg forutsetningen om at politiet enten direkte har fremkalt en straffbar handling ved sine etterforskningskritt, eller iallfall objektivt bidratt til den, og at politiet av denne grunn har opptrådt klanderverdig”.¹⁹ I dansk rett skilles det mellom ”provokasjon” som er ulovlig og lovlige ”agent provocateur”.²⁰ Det vil være et tilsvarende skille også i norsk rett, men begrepsbruken er noe annerledes.

At politiet benytter slike etterforskningsmetoder vil ikke nødvendigvis være klanderverdig, men heller en nødvendighet for å oppklare organisert kriminalitet. Høyesterett har anerkjent bruk av ”etterforskning med provokasjonstilsnitt”. De nærmere vilkår for dette gjøres rede for i kapittel 3.

For å forstå hva som ligger i den provokative etterforskning, er det viktig å se denne i sammenheng med de infiltrerende metoder. Provokasjon kan vanskelig tenkes gjennomført uten at politiet først har infiltrert det kriminelle miljøet. Man må altså begynne å avgrense den provokative mot den infiltrerende etterforskning. Deretter må det skje en grensdragning mellom ulike former for provokasjon. I henhold til riksadvokatens rundskriv trekkes grensene opp etter formålet med etterforskningen; dette kan ”være å fremskaffe bevis til bruk i en straffeforfølgning (etterforskningsmiddel), forebygge eller avverge straffbare handlinger, eller

¹⁵ NOU 2004:6 s. 83

¹⁶ Aulend, Mæland, Røsandhaug; Politirett I s. 637

¹⁷ Andenæs; Straffeprosess I s. 287

¹⁸ Rt. 1984 s. 1076 og NOU 2004:6 s. 83

¹⁹ Andorsen; Provokativ politietterforskning s. 3

²⁰ Gammeltoft- Hansen; straffeprocessuelle tvangsindgreb s. 44-45

skaffe politiet kontroll over stjalne gjenstander (redningsaksjon)”.²¹ Dersom formålet med å sette i verk etterforskningen er å skaffe bevis for en allerede begått handling, anses dette som bevissikringsprovokasjon.²² Dette står i motsetning til tiltaleprovokasjon der det ”reises tiltale for den straffbare handling som det er benyttet provokasjon mot”, og avvergende provokasjon der etterforskningen ”utelukkende tjener for å stanse, avbryte, gjenopprette eller forebygge den straffbare handling”.²³ Dette skillet viser også metodeutvalget til, og må legges til grunn som avgjørende for vilkårene for å benytte provokasjon.²⁴ Vilråene for tiltaleprovokasjon vil være de strengeste, og vil derfor danne grunnlaget for redegjørelsen i avsnitt 3.2.

3. Vilrå for bruk av infiltrasjon og etterforskning med provokasjonstilsnitt

3.1 Infiltrasjon

3.1.1 Innledning

Infiltrasjon innbærer mindre aktivitet fra politiet enn de provokative metoder. Vilråene for å sette i verk et slikt etterforskningsskritt er dermed ikke like strenge som for etterforskning med provokasjonstilsnitt. Adgangen til bruk av infiltrasjon beror på om etterforskningen ligger innenfor de rammer legalitetsprinsippet oppstiller, om den er i overensstemmelse med de alminnelige krav som stilles til etterforskningen og om den er i tråd med lovgivningen for øvrig. Hvor grensene for infiltrasjon går i henhold til dette, drøftes i det følgende.

I forbindelse med politiets plikt til å holde seg innenfor lovgivningen for øvrig, reiser jeg konflikten mellom politiets behov for å skjule sin identitet under infiltrerende etterforskning og forbudet mot dokumentforfalskning. Deretter tar jeg for meg spørsmålet om politiets adgang til å begå straffbare handlinger, og til slutt hvorvidt det grunnlovsvernede forbudet mot ”hus- inkvisitioner” forhindrer politiet fra å bruke infiltrasjon for å skaffe seg adgang til det private hjem, jfr. Grl. § 102.

²¹ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 Del III, avsnitt 1

²² Dette var tilfellet i Rt. 1999 s. 1269

²³ Hopsnes; Provokasjon som politimetode s. 22

²⁴ NOU 2004:6 s. 84

3.1.2 Krav om lovhjemmel?

Det er et grunnprinsipp at myndighetene må ha hjemmel i lov for å foreta inngrep i borgernes rettssfære.²⁵ Det lovskrav som her oppstilles er et krav om formell lov. Dette av hensyn til borgernes rettssikkerhet; for å forsikre at man har mulighet til å forutse sin rettstilstand og for å forhindre at man blir utsatt for vilkårlighet. Om et slikt lovskrav oppstilles for bruk av infiltrasjon, er dermed avhengig av om dette anses som et inngrep ovenfor den som blir satt under etterforskning og dennes rettssfære.

Det finnes ingen lovgivning som direkte regulerer politiets adgang til å benytte infiltrasjon. Til tross for denne mangelen på lovgivning foreligger det en fast praksis hos politiet for bruk av slik etterforskning. Denne praksis har blitt godtatt av domstolene²⁶ og er bekreftet av metodeutvalget. Sistnevnte mener ”det internrettslige legalitetsprinsipp ikke setter skranker for infiltrasjon så lenge politiet begrenser sin virksomhet til det offentlige rom, og virksomheten ikke blir for langvarig eller massiv”.²⁷

Angående ulovfestede ekstraordinære etterforskningsmetoder er det i forarbeidene til lov om endring i straffeprosess- og straffeloven i tillegg uttalt at det unntaksvis kan ”tenkes at spaning eller et annet tiltak blir så intensiv, og at inngrepet i den personlige sfære blir så stort at legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov. Men det skal mye til”.²⁸

I utgangspunktet vil det altså ikke kreves hjemmel i lov for bruk av infiltrasjon, men det vil bero på en helhetsvurdering om etterforskningen likevel har vært så utstrakt at den medfører inngrep i borgerens rettssfære.

3.1.3 Infiltrasjon må være i overensstemmelse med de generelle vilkår for etterforskning

Metodeutvalget gir uttrykk for at ”infiltrasjon i utgangspunktet er en tradisjonell, lovlig og akseptert etterforskningsmetode”.²⁹ Hvor langt politiet kan gå i å infiltrere kriminelle miljøer

²⁵ Hopsnes og Solberg; Legalitetsprinsippet

²⁶ Rt. 2000 s. 1345, s. 1347

²⁷ NOU 2004:6 s. 82

²⁸ Ot.prp.nr.64 (1998-99) kap 3.2

²⁹ NOU 1995: 15 S. 81-82 og NOU 2004:6 s.82

og når dette kan skje, må imidlertid avgrenses ut fra ”de generelle vilkår som gjelder for alle polititjenestehandlinger”.³⁰

Dette innebærer blant annet at politiet må holde seg innenfor reglene om påtalemyndighetens utførelse av polititjenesten. Av politiloven følger det at det ikke skal tas i bruk ”sterkere midler uten at svakere midler må antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige”, jfr. politil. § 6 annet ledd. Dersom man vil oppnå det ønskede resultat ved mindre inngripende etterforskningsmetoder, er etterforskningsskrittet altså rettsstridig. Ved infiltrasjon betyr dette at muligheten for infiltrasjon er avskåret dersom lovbruddet vil kunne avverges, politiet vil kunne få hånd om den forbryterske gjenstand eller de vil kunne anskaffe de nødvendige bevis ved hjelp av vanlige etterforskningsmetoder.

Dette henger sammen med neste vilkår som angir at ”de midler som anvendes, må være nødvendige og stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig”.³¹ Ut fra ordlyden legger dette opp til en forholdsmessighetsvurdering der formålet med den aktuelle etterforskning må veies opp mot de konsekvenser etterforskningen har for den enkelte. Dersom det er mistanke om svært alvorlig kriminalitet, vil det være adgang til å benytte sterkere virkemidler for å avverge dette. At mistenkte blir sterkt berørt av etterforskningen vil være en forsakelse verdt å ta dersom vedkommende for eksempel representerer en fare for andres liv og helse. Ved vurderingen av om formålet rettferdiggjør bruk av infiltrasjon og provokasjon, vil etterforskningens varighet og intensitet spille en betydelig rolle.

Det kan reises et spørsmål om forholdsmessighetskravet medfører et skjerpet mistankekrav ved igangsettelse av etterforskning. Selv om mye kan sies om dette punkt, vil det her ikke være rom for mer enn å peke på at forholdsmessighetskravet må antas ikke å medføre en sterkere mistankegrunnlag enn det gjeldende kravet til ”rimelig grunn”.³²

3.1.4 Infiltrasjon må være i overensstemmelse med lovgivningen for øvrig

3.1.4.1 Er infiltratørens bruk av falsk identitet i strid med forbudet mot dokumentforfalskning?

³⁰ NOU 2004: 6 s. 82

³¹ Politil. § 6 annet ledd

³² NOU 2004:6 s. 82

Spørsmålet her er hvorvidt politiet bryter med sin plikt til å holde seg innenfor lovgivningen dersom de benytter uriktig legitimasjon under infiltrasjonen, da det i strl. § 182 er lagt ned forbud mot dokumentforfalskning. Dette forbudet gjelder kun den som ”rettsstridig” benytter falsk dokument.

Et vilkår om rettsstridighet er en reservasjon mot de tilfeller som faller inn under ordlyden, men som lovgiver klart ikke har ment å ramme. Lovgiver har med dokumentforfalskningsforbudet ikke ment å ramme politiets bruk av uriktig identitet med kriminalitetsbekjempelse som mål. Dette støttes også av forarbeidene som fastslår at ”bruk av uriktig legitimasjon som et ledd i en etterforskning [...] ikke [vil] være rettsstridig, og kan følgelig i prinsippet skje”.³³ I forbindelse med den såkalte Mossad- saken ble det fremmet kritikk for utstedelse av falsk legitimasjon til en mossad agent, men justiskomiteen uttalte likevel at ”det er klart at overvåkningspolitiet i enkelte tilfeller må opptre fordekt, og at det i spesielle situasjoner kan være nødvendig for eksempel å utstede falske identitetspapirer som ledd i etterforskning”.³⁴ Politiet har altså klart nok adgang til å benytte seg av uriktige identifikasjonspapirer i sin etterforskning.

Bruk av uriktig legitimasjon kan imidlertid ikke skje i ubegrenset utstrekning. Riksadvokaten har i brev til statsadvokatene i Eidsivating gitt retningslinjer for når dette bør tillates.³⁵ Det er her oppstilt kvalitative begrensninger i form av sakens alvor, nødvendigheten av falsk identifikasjon m.m.

3.1.4.2 Infiltratørens adgang til å begå straffbare handlinger

Et sentralt spørsmål er om infiltratøren har adgang til å begå straffbare handlinger under infiltrasjonen. Det er klart at politiet ikke kan ha fri adgang til å begå forbrytelser i kriminalitetsbekjempelsens navn. Av metodeutvalget ble det lagt til grunn at ”politiet i forbindelse med infiltrasjon kunne begå visse straffbare handlinger for å opprettholde troverdigheten.”³⁶ Uten denne adgangen ville infiltrasjon vanskelig kunne gjennomføres med agentens skjulte identitet i behold. Av metodeutvalget ble adgangen hjemlet i at det i ethvert

³³ NOU 1997:15 s. 82

³⁴ Inn tatt i NOU 2004:6 s. 83

³⁵ Hovedpunkter fra riksadvokatens brev gjengitt i NOU 2004: 6 s. 83

³⁶ NOU 2004:6 s. 82

straffebud måtte innfortolkes ”en rettsstridsreservasjon, og etterforskning av straffbare handlinger kunne være en slik reservasjon som gjorde ellers straffbare handlinger lovlige”.³⁷

Hvor grensen for hva politiet kan foreta seg går, vil måtte avgjøres skjønnsmessig ut fra hva som kan rettfærdiggjøres av hensyn til kriminalitetsbekjempelse. Riksadvokaten har i en instruks utarbeidet retningslinjer for hvor langt politiet kan gå, men for å unngå at det kommer til mistenktes kunnskap slik at han kan avsløre infiltratøren, er disse hemmelige. Selv om man ikke vet hvor de konkrete grensene trukket opp av riksadvokaten går, er det lett å forestille seg at politiet for eksempel ikke vil ha adgang til å forårsake uopprettelige personskader. Derimot vil det å kjøpe og å oppbevare narkotika være en nødvendighet for infiltratørens troverdighet.

3.1.4.3 Er politiet berettiget adgang til det private hjem under infiltrasjonen?

Det er i Grunnloven nedlagt forbud mot ”hus- inkvisitioner[...]”, jfr. Grl. § 102. I tillegg er det i straffelovgivningen bestemt at dersom man ”uberettiget[...] sniker sig eller tross forbud trenger sig inn i hus[...] eller annet tillukket sted”, vil gjøre seg skyldig i en straffbar handling, jfr. strl. §355 første ledd. Det private hjem nyter altså et sterkt rettslig vern.

Dersom hjemmet kun var beskyttet i straffelovgivningen, kunne det være aktuelt å tillate politiets inntreden i det private hjem ut fra en tilsvarende rettsstridsvurdering som redegjort for i avsnitt 3.1.4.2 ovenfor. Denne rettsstridsreservasjonen retter seg imidlertid kun mot straffebud som etter ordlyden omfatter mer enn lovgiver har ment å ramme.³⁸ En slik rettsstridsreservasjon kan ikke innfortolkes når det har skjedd en krenkelse av en Grunnlovsvernet rettighet.

Grunnloven åpner imidlertid for ”hus- inkvisitioner[...] i kriminelle Tilfælde”, jfr. § 102. Ordlyden tyder på at inntreden i det private hjem kan foretas dersom det skjer som en reaksjon på kriminell virksomhet. Da dette er tilfelle ved bruk av infiltrasjon, vil politiet etter ordlyden i slike tilfeller gis adgang til inntreden. Dette vil imidlertid være å anse som et inngrep i borgerens rettssfære, og dermed kreve hjemmel i lov.³⁹ Et slikt inngrep med grunnlag i en ulovfestet adgang til bruk av infiltrasjon vil dermed ikke være tilstrekkelig. På

³⁷ NOU 2004: 6 s. 82

³⁸ Høgberg, Alf Petter; Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffefrie handlinger, Kap. 3, punkt 4

³⁹ Hopsnes og Solberg; Legalitetsprinsippet

bakgrunn av det sterke vern hjemmet nyter, vil politiet aldri kunne tvinge seg inn i det private hjem med mindre dette følger staffeprosesslovens kapittel 15. Politiet kan altså ikke ta seg inn i mistenktes hjem som et ledd i den infiltrerende etterforskning.

3.2. Provokasjon

3.2.1 Innledning

Grensedragningen for den lovlige provokative etterforskning er vanskeligere å trekke opp enn grensene for lovlig infiltrasjon, og krever en noe mer utfyllende redegjørelse. Som nevnt i avsnitt 2.3 finnes det ulike former for provokasjon ut fra hvilke formål som ligger bak etterforskningen. Vilkårene for når provokasjon kan utføres er ulike for de forskjellige metodene. Her vil jeg avgrense til tiltaleprovokasjon, som er av størst praktisk betydning, og som det også stilles strengest krav til.

Den grunnleggende dom for grensedragningen mellom ulovlig og lovlig provokasjon er inntatt i Rt. 1984 s. 1076. Her uttales det for det første at skrankene i mangel på lovregulering må bero "[...] på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie".⁴⁰ Denne rettssetning støttes av en rekke senere høyesterettsavgjørelser.⁴¹ Holdepunkter fra denne rettspraksis vil være relevant ved avgjørelsen av hvilke alminnelige rettsprinsipper som gjør seg gjeldende.

Politiet må blant annet hensynta borgernes rettssikkerhet og forutberegnelighet ved deres bruk av provokasjon. Hvilke rettsprinsipper som gjør seg gjeldende beror på en helhetlig vurdering av omstendighetene rundt etterforskningen og den kriminalitet som søkes motarbeidet. Veiledende for vurderingen er riksadvokatens retningslinjer.⁴² Disse baserer seg i hovedsak på tidligere retningslinjer og praksis, og fungerer grensesettende for politiet. Retningslinjene er derfor representative for rettstilstanden på området.

Nedenfor presenteres de skranker som det her gis uttrykk for, og som etter rettspraksis er avgjørende for grensedragningen for den lovlige provokasjon. For det første drøftes hvorvidt

⁴⁰ Rt. 1984 s. 1076, s. 1079

⁴¹ Se bl.a. Rt. 1993 s. 473, Rt. 1998 s. 407 og Rt. 2000 s. 1223

⁴² Riksadvokatens rundskriv nr 2/2000

hjemmel i lov i henhold til legalitetsprinsippet er påkrevet for å benytte provokasjon, deretter gjøres det rede for det såkalte grunnvilkåret. Videre tar jeg for meg mistankekravet, alvorlighetskravet, forholdsmessighetskravet og avslutningsvis de krav som stilles til beslutning og notoritet.

3.2.2 Krav om lovhjemmel?

Som nevnt i avsnitt 3.1.1. må myndighetene ha hjemmelen i lov for å foreta inngrep i borgernes rettssfære.⁴³ Da heller ikke etterforskning med provokasjonstilsnitt har sitt grunnlag i lov, er det i strid med legalitetsprinsippet å bruke dette i etterforskningen dersom det er å anse som et slikt inngrep.

I Rt. 1984 s. 1076 viser Høyesterett til uttalelsen i forarbeidene om utradisjonell etterforskning der det uttrykkes ”at det neppe på det nåværende tidspunkt er grunn til å lovregulere de etterforskningsmetoder det her er tale om”.⁴⁴ Høyesterett trekker ut fra dette en slutning om at ”grensen bør trekkes av domstolene i det enkelte tilfelle”.⁴⁵ Det uttales videre at det er ”klart at enkelte etterforskningskritt representerer et slikt inngrep overfor den det rettes mot, at det ut fra legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel”.⁴⁶

Slik etterforskning vil altså i visse tilfeller kunne være så inngripende at lovhjemmel er påkrevd. For eksempel er adgangen til kommunikasjonskontroll lovregulert da dette er etterforskning som medfører inngrep i borgerens rettssfære.⁴⁷ Når det gjelder provokative etterforskningsmetoder har imidlertid lovgiver ikke ønsket å gi politiet adgang til å gå så langt at etterforskningen innebærer inngrep i borgernes rettssfære. Dette fungerer altså som en skranke for politiet i sin bruk av provokasjon. Høyesterett har likevel godtatt en rekke av politiets etterforskningsmetoder uten hjemmel i lov. Dette vil si at de provokative metoder politiet benytter seg av som hovedregel ikke medfører inngrep i borgernes rettssfære. Dette har sammenheng med at ”legalitetsprinsippet i liten grad verner borgeren mot statens inngrep i den psykiske integritet”.⁴⁸

⁴³ Hopsnes og Solberg; Legalitetsprinsippet

⁴⁴ Rt. 1984 s. 1076, s. 1079 og Ot.prp.nr.35(1978-79) s. 179

⁴⁵ Rt. 1984 s. 1076, s. 1079

⁴⁶ Rt. 1984 s. 1076, s. 1079

⁴⁷ Strprl. § 216a

⁴⁸ Hopsnes; Provokasjon som politimetode s. 31

Om etterforskningen likevel representerer et inngrep i borgerens rettssfære, vil bero på en helhetsvurdering. Politiet hadde i 1984-dommen opprettet telefonkontakt med narkotikaleverandøren ved å utgi seg for å være hans kontakt, og fått i orden en avtale om overlevering av et narkotikaparti, noe som medførte pågripelse av både transportør og leverandør.⁴⁹ Hvis man ser for seg at politiet hadde vært mer pågående og under falske premisser hadde opprettet et personlig forhold til mistenkte, ville de lett ha beveget seg over i et område der legalitetsprinsippet ville begrenset etterforskningen.

3.2.3 Grunnvilkåret

Grunnvilkåret for etterforskning med provokasjonstilsnitt er at politiet ikke fremkaller ”en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått”.⁵⁰ Som utgangspunkt vil dermed etterforskningen bare ha vært ”berettiget når politiet måtte legge til grunn at den straffbare handling ville ha blitt begått også uavhengig av dets rolle i begivenhetsforløpet”.⁵¹

En naturlig forståelse av dette er at politiets intervensjon kan ha vært en forutsetning for forbrytelsens fullbyrdelse, men at den ikke kan ha vært årsaken til denne. Dette gir assosiasjoner til den såkalte årsakslære hvoretter spørsmålet ville være om forbrytelsen ville skjedd også om man tenker seg politiets inntreden borte.⁵² Dersom svaret er ja, ville grunnvilkåret være å anse som oppfylt. Et slikt strengt årsakskrav vil imidlertid være for sneversynt i denne sammenheng, noe som utdypes nedenfor.

Den selvvinnlysende grunn til å operere med et slikt grunnvilkår, er at politiet har en rolle som kriminalitetsbekjempende myndighet. Ved provokasjon vil de tilsynelatende i stedet være pådrivere til kriminalitet og stå i fare for å kriminalisere uskyldige.

For å avgjøre mistenktes positive interesse i å gjennomføre den kriminelle handling, tillegges det stor vekt om det er mistenkte eller politiet som har tatt initiativet til forbrytelsen.⁵³ I Piratdrosje- dommen hadde politiet stoppet en tilfeldig forbipasserende bil og spurt om skyss.

⁴⁹ Rt. 1984 s. 1076, s.1077

⁵⁰ Ble først slått fast i Rt. 1984 s. 1076. Fulgt opp i senere rettspraksis, senest i Rt. 2006 s. 120 og Rt. 2007 s. 286. Også fastslått i Ot.prp.nr 35 (1978-79) s. 179, NOU 1997:15 s. 83, NOU 2004:6 s. 83, Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. III.2.2

⁵¹ Rt. 1984 s. 1076, s. 1080

⁵² Andorsen: Provokativ politietterforskning s. 7

⁵³ Rt. 1984 s. 1076 og NOU 1997:15 s. 83

Etter at sjåføren svarte ja på henvendelsen, spurte de hvor mye det kostet uten at han selv hadde bedt om betaling. Retten kom til at kjøreturen var ”klart initiert av politiets medhjelpere” og at lovbruddet dermed ikke ville funnet sted uten politiets innblanding.⁵⁴ En slik grensedragnings støttes også av skrikdommen der det ble lagt vekt på ”at det var politiet som foranlediget” den kriminelle handling.⁵⁵

En videre klargjøring av hva som ligger i grunnvilkåret finner en i riksadvokatens rundskriv om narkotikabekjempelse. Her utdypes det at vilkåret innebærer at ”det må sannsynliggjøres utover rimelig tvil at selgeren er positivt interessert i å omsette stoffet, og at stoffet – dersom politiet hadde kjøpt til noenlunde samme tid ville blitt omsatt til andre”.⁵⁶

At riksadvokaten benytter terminologien ”til noenlunde samme tid” har sin bakgrunn i at Høyesterett har modifisert grunnprinsippet i forhold til det strenge årsakskrav. I visse tilfeller har infiltratørens innvirkning på forbrytelsen vært ”[...]for fjern[t] og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forhold fra hans side”.⁵⁷

I 1984-dommen gis det rom for at ”politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse”.⁵⁸ De siktede påsto her at etterforskningen hadde vært ulovlig da politiet hadde forsøkt å framskynde handelen. En slik endring kom retten til at var ubetydelig nettopp med grunnlag i rettssetningen ovenfor.

Kurieren som leverte varene mente han var blandet inn som følge av politiets ønske om at levering skulle skje et annet sted enn etter den opprinnelige plan. Retten fant imidlertid at gjennomføringen av overleveringen ”var et spørsmål som lå utenfor politiets innflytelse og kontroll”.⁵⁹ At politiet forårsaker en utsettelse av den kriminelle handling, er som regel ikke å anse som ulovlig provokasjon, men dersom det skjer en så betydelig forsinkelse at det fører til ”et brudd i årsaksrekkefølgen” vil politiet ha forårsaket forbrytelsen.⁶⁰ Et slikt skille byr

⁵⁴ Rt. 1993 s. 473, s. 475

⁵⁵ Rt. 1998 s. 407, s. 410

⁵⁶ Rt. 1984 s. 1076, s. 1082

⁵⁷ Rt. 1984 s. 1076, s. 1080

⁵⁸ Rt. 1984 s. 1076, s. 1080

⁵⁹ Rt. 1984 s. 1076, s. 1083. Lignende avgjørelser har også blitt avsagt senere, bl.a. en dom der høyesterett har kommet til at det var uten betydning at en mistenkte hadde blitt trukket inn som følge av at den første mottakeren av narkotikaen trakks seg på grunn av politiets innblanding, jfr. Rt. 2000 s. 1482.

⁶⁰ Andorsen; Provokativ politietterforskning avsn. 3.22

imidlertid på visse bevismessige problemer.⁶¹ En eventuell fremskyndelse forårsaket av politiet vil lettere være utslagsgivende for at vedkommende gjennomfører forbrytelsen.⁶²

Ut fra dette ser vi at det er vanskelig å trekke grensene for når politiet kan sies å ha forårsaket forbrytelsen og når de kun har endret omstendigheter rundt forbrytelsen. Det kan likevel generelt sies at en del endringer i den opprinnelige plan tillattes, så fremt det ikke er politiet som har tatt initiativ til forbrytelsen og man kan se for seg at forbrytelsen på en eller annen måte ville funnet sted også uten politiets inntreden i hendelsesforløpet.

3.2.4 Mistankekravet

Riksadvokaten krever at det foreligger ”sterk mistanke mot en eller flere personer” for at provokasjon skal kunne benyttes. Dette vil si at skjellig grunn til mistanke ikke er tilstrekkelig i disse tilfeller.⁶³

Det føles mer inngripende for den som utsettes for provokasjon dersom vedkommende er uskyldig og politiet ikke hadde tilstrekkelige holdepunkter for å tro at han var involvert i forbrytelsen. Dette henger sammen med forholdsmessighetskravet som stilles til ethvert etterforskningsmiddel.⁶⁴ Det er uvisst om det kan sies at dette kravet til sterk mistanke representerer gjeldende rett, da det for all annen etterforskning stilles et krav om rimelig mistanke. Dette vil imidlertid være av noe mindre betydning da det, som metodeutvalget peker på, vil by på problemer å bevise at den straffbare handling ville blitt begått uavhengig av politiets innblanding i saken, dersom det ikke foreligger sterk mistanke.⁶⁵

3.2.5 Alvorlig straffbart forhold

I tillegg til at mistanken må være av en viss styrke, kreves det at forbrytelsen mistanken retter seg mot, er av et visst alvor. Dette kommer til uttrykk i 1984-dommen som slår fast at provokative metoder kun ”aksepteres ved alvorlige lovovertrædelser”.⁶⁶

⁶¹ Se Andorsen; Provokativ politietterforskning avsn. 3.22 og NOU 2004:6 s. 86

⁶² Andorsen; Provokativ politietterforskning avsn. 3.22

⁶³ Riksadvokatens instruks gjengitt i NOU 1997:15 s. 83

⁶⁴ Politol. § 6(2)

⁶⁵ NOU 2004: 6 s. 86-87

⁶⁶ Rt. 1984 s. 1076, s. 1080

I Piratdrosje- dommen ble dette alvorlighetskravet bekreftet og Høyesterett uttalte at man ved bedømmelsen ikke bare bør ”se på strafferammen, men også ta hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet”.⁶⁷

Høyesterett fant ikke privatdrosjevirkosomhet å være tilstrekkelig alvorlig.

Riksadvokaten uttaler at dersom kriminaliteten bedømmes ”som et alvorlig samfunnsprobleme på grunn av omfang eller karakter, bør metoden kunne benyttes”.⁶⁸ Det er her snakk om slike forbrytelser som krenker sentrale moralske verdier i samfunnet, og som kan få store konsekvenser for uskyldige borgere. Om det er et slikt alvorlig samfunnsprobleme, vil bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.

Provokasjon i etterforskningen retter seg ofte mot narkotikaforbrytelser. Slike forbrytelser er belagt med høye strafferammer, og bekjempelse er av samfunnsmessig viktighet.

Alvorlighetskravet vil dermed ikke begrense adgangen til bruk av provokasjon her.

Tilsvarende gjelder for bekjempelse av barneporno og seksuelle overgrep mot barn, der riksadvokaten har åpnet for bruk av provokasjon.⁶⁹

På tilsvarende måte som privatdrosjevirkosomhet ikke kan anses som tilstrekkelig alvorlig, mener metodeutvalget at brudd på skjenkelovgivningen faller utenfor.⁷⁰ Bruk av provokasjon på alvorlig vinningskriminalitet ble imidlertid godtatt av Høyesterett under henvisning til ”alvoret og situasjonen”.⁷¹

3.2.6 Forholdsmessighet mellom etterforskningsmiddel og mål

Som nevnt i avsnitt 3.1.3, gjelder det et generelt forholdsmessighetskrav ved iverksettelse av etterforskning.⁷² Dette gjelder også for etterforskning med provokasjonstilsnitt.

⁶⁷ Rt. 1993 s. 473, s. 475

⁶⁸ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000

⁶⁹ Riksadvokatens rundskriv nr.2/2000

⁷⁰ NOU 2004:6 s. 87

⁷¹ Rt. 1998 s. 407. Dette støttes også i riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. III.2.3, der det presiseres at dette vil bero på ”omfang, organisering og verdi”.

⁷² Se ovenfor avsnitt 3.1

Sammen med dette henger det krav som kommer til uttrykk i rettspraksis og riksadvokatens rundskriv om at ordinære etterforskningsmetoder er ”utilstrekkelige”.⁷³ Politiet må i henhold til Høyesterett ha hatt ”et forsvarlig grunnlag til å anta at andre etterforskningskritt ikke ville lede til et tilfredsstillende resultat”.⁷⁴

Om forholdet mellom forholdsmessighetskravet og de spesifikke krav som stilles til provokasjon uttaler metodeutvalget at ”ved provokative metoder får forholdsmessighetsvurderingen mindre betydning ved siden av kriminalitetskravet og indikasjonskravet”.⁷⁵ Dette betyr ikke at det ikke gjelder for provokativ etterforskning, men at det blir noe utvannet av de mer spesifikke krav som gjelder for slik etterforskning.

3.2.7 Beslutning og notoritet

Av både rettspraksis og riksadvokatens retningslinjer vurderes etterforskning med provokasjonstilsnitt som såpass inngripende at det av rettssikkerhetsmessige hensyn, må stilles skjerpede prosessuelle krav for bruken av det. I 1984- dommen uttaler Høyesterett at det stilles ”krav til den beslutningsprosess og kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten”.⁷⁶ I en senere sak ble ”vesentlige rettssikkerhetshensyn[...] tilsidesatt ved at den del av etterforskningen som aksjonen representerer, ikke har kunnet etterprøves og ved at det ikke fra aksjonen ble sikret bevis i form av prov fra politivitner og rapporter som kunne brukes i en eventuell straffesak”.⁷⁷ Hensynet bak dette er å skape notoritet ved inngripende etterforskningsprosesser, slik at politiets fremgangsmåte lett kan tas opp til vurdering.

I riksadvokatens retningslinjer kommer dette notoritetshensynet til syne ved at det stilles krav om at beslutningen om å benytte provokasjon må ”treffes av politimesteren, eventuelt av vedkommendes faste stedfortreder” og at det i forkant av operasjonen må ”innhentes samtykke fra statsadvokaten” til dette.⁷⁸ Av samme hensyn bør etterforskning med provokasjonstilsnitt også gjennomføres i henhold til en på forhånd utarbeidet plan. Denne skal legges til grunn for statsadvokatens avgjørelse for om provokasjon skal tillates.⁷⁹

⁷³ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000

⁷⁴ Rt. 1984 s. 1076

⁷⁵ NOU 2004:6 s. 87

⁷⁶ Rt. 1984 s. 1076

⁷⁷ Rt. 1998 s. 407

⁷⁸ Riksadvokatens retningslinjer gjengitt i NOU 1997:15 s. 83

⁷⁹ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000

4. Oppstiller EMK art. 8 begrensninger for bruk av infiltrasjon og provokasjon?

4.1 Innledning

Dette kapittelet presenteres i samsvar med den struktur artikkel 8 bygger på. Det vil si at man må klarlegge om vi befinner oss innenfor privatlivets vern, om det foreligger et inngrep i vernet og om det er grunnlag for å foreta et slikt inngrep.

Inngangsspørsmålet, presentert i avsnitt 4.2, er altså om EMK art. 8 kommer til anvendelse der politiet har benyttet seg av infiltrasjon og provokasjon. Dersom borgernes privatliv ikke blir berørt, vil art. 8 ikke være til hinder for bruk av provokasjon og infiltrasjon.

At politiet beveger seg innenfor bestemmelsens virkeområde vil ikke nødvendigvis si at privatlivets vern er krenket. Dersom det ikke finnes å foreligge et inngrep i retten til privatliv, vil politiets opptreden gå klar av bestemmelsen. Derfor vil jeg i avsnitt 4.3 ta for meg om provokasjon og infiltrasjon vil være en ”interference” i retten til privatliv, jfr. EMK art. 8 annet ledd.⁸⁰

Også de etterforskningsteknikker som anses å representere inngrep i retten til privatliv, vil være konvensjonsmessige dersom de er i samsvar med artikkelens unntakshjemmel.⁸¹ I visse tilfeller veier andre hensyn tyngre enn retten til privatliv, slik at denne retten av samfunnsmessige årsaker må vike. Inngrep som oppfyller vilkårene oppstilt i artikkelens andre ledd, vil på denne bakgrunn være konvensjonsmessige, noe som drøftes i avsnitt 4.4. Målet er her å avdekke om de tilfeller inngrep i retten til privatliv skjer i form av provokasjon og infiltrasjon, oppfyller disse vilkår. Dette innebærer en vurdering av om de etterforskningmessige hensyn ut fra et samfunnsmessig perspektiv modifierer retten til privatliv.

⁸⁰ EMK art. 8(1) ”interference”

⁸¹ EMK art. 8(2)

4.2 Faller bruk av infiltrasjon og provokasjon innenfor virkeområdet til EMK art. 8 første ledd?

Artikkelens ordlyd gir beskyttelse for privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse; ”everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”, jfr. EMK art. 8 første ledd.

Betegnelsen ’privatliv’ er så altomfattende at det også dekker de øvrige kategorier oppramset i bestemmelsen; dersom et tilfelle rammes av disse betegnelser, vil det samtidig foreligge en krenkelse av vedkommendes privatliv. En naturlig forståelse av privatliv er alt som befinner seg innenfor en persons interessefelt med unntak av hans offentlige anliggender. Å fastslå nøyaktig hva som faller innenfor det vidtrekkende begrepet, er ikke forsøkt gjort av EMD, som nøyer seg med å stadfeste at bestemmelsen favner om svært meget.⁸²

Selv om det ikke vil være spesielt innsnevrende, kan det spesifiseres at begrepet ’privatliv’ omfatter store deler av en persons psykiske og fysiske integritet.⁸³ I henhold til Aall kan det beskrives ”som en sfære hvor individet kan motsette seg at andre, det være seg private eller offentlige myndigheter, griper inn uten samtykke”.⁸⁴

I Amann- dommen hevdet klageren at det var en krenkelse at politiet i etterkant av telefonavlytting hadde opprettet et informasjonskort om ham. EMD kom til at man var innenfor privatlivets sfære slik at beskyttelsen i art. 8 ble aktivert, og uttalte at tolkningen av begrepet ’privatliv’ ikke skulle være restriktiv.⁸⁵ Også i Rotaru-dommen kom EMD til at lagring av informasjon om klageren ble rammet av bestemmelsen. Her uttalte retten at ”respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings: furthermore, there is no reason of principle to justify excluding activities of a professional or business nature from the notion of ‘private life’ ”.⁸⁶ Det gis i begge disse dommene uttrykk for en vid fortolkning av ’privatliv’ slik at lite faller utenfor bestemmelsens virkeområde.

⁸² Aall; Rettsstat og Menneskerettigheter, s. 170.

⁸³ Aall; Rettsstat og Menneskerettigheter, s. 170.

⁸⁴ Aall; rettsstat og Menneskerettigheter, s. 170

⁸⁵ Amann mot Sveits avsn. 65

⁸⁶ Rotaru mot Romania avsn. 43

Angående forholdet mellom infiltrasjon og retten til privatliv uttaler metodevalget at agenten søker "[...] informasjon om en annen persons tanker og holdninger, og om hva han har gjort eller planlegger å gjøre. Infiltratøren blander seg inn i andre personers privatliv. Om infiltrasjonen faller inn under EMK art. 8, må likevel bero på en konkret vurdering av om innblandingen blir tilstrekkelig kvalifisert".⁸⁷ Infiltrasjon vil altså ikke alltid gå så langt at det kan sies å berøre privatlivets fred, og dermed være utenfor virkeområdet for art. 8 første ledd. Dette må bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.

Når det gjelder provokasjon nøyer utvalget seg med å konstatere at den berørtes "rett til å være i fred [vil] bli påvirket. Metoden griper således inn i integritetsvernet etter EMK art. 8(1)".⁸⁸ Provokasjon er en videreføring av infiltrasjon og forutsetter direkte kontakt mellom agent og mistenkte. Det vil derfor være mer inngripende enn infiltrasjon. Ved bruk av provokasjon skal det derfor mye til for at politiets metoder ikke berører mistenktes privatliv.

I Lüdi fant EMD at telefonavlytting falt innenfor art. 8, mens politiets bruk av infiltratør "did not, either alone or in combination with the telephone interception, affect private life within the meaning of Article 8".⁸⁹ Dette hadde sammenheng med at klageren selv hadde innlatt seg med alvorlig kriminalitet og at han derfor "was running the risk of encountering an undercover police officer whose task would in fact be to expose him".⁹⁰ Lest i sammenheng med denne begrunnelsen må det antas at retten mener at denne type etterforskning vil berøre vedkommendes privatliv, men at han i den aktuelle situasjon ikke var berettiget en like utstrakt beskyttelse av privatlivet slik at etterforskningen ikke representerte et inngrep i hans.

I tillegg til denne dommen viser metodeutvalget til Teixeira De Castro- dommen, der anførselen om at infiltrasjon og provokasjon var i strid med art. 8 ikke ble realitetsbehandlet. Det trekkes ut fra disse dommene en slutning om at praksis fra EMD generelt viser "at domstolen foretar meget konkrete vurderinger, og grensene på dette området[...] ikke [er] godt utpenslet".⁹¹

Det er ut fra dette ikke mulig å konkludere på om infiltrasjon og provokasjon i sin allmennhet faller innenfor bestemmelsens virkeområde. Slike etterforskningsmetoder vil, i sin mildeste

⁸⁷ NOU 2004:6 s. 81

⁸⁸ NOU 2004:6 s. 85

⁸⁹ Lüdi mot Sveits avsn. 40

⁹⁰ Lüdi mot Sveits avsn. 40

⁹¹ NOU 2004:6 s. 82

form, begrense seg til rene observasjoner av mistenktes opptreden eller kun være en passiv medvirkning til forbrytelsen. Dersom politiet for eksempel møter opp på et offentlig motorsykkelstevne ikledd utstyr som viser tilhørighet til motorsykkelmiljøet for å få fatt i informasjon om mistenkte, vil ikke etterforskningen ha beveget seg innenfor den private sfære. Dette til tross for at terskelen for å utløse privatlivets vern i henhold til EMD, er lav. Dersom man i samme situasjon ser for seg en mer aktiv interaksjon med mistenkte, vil man imidlertid lett befinne seg innenfor dette vernet, og situasjonen stiller seg klart nok annerledes dersom politiagentene gjennom direkte kontakt med mistenkte over lenger tid trer inn som en del av miljøet og oppretter personlig kontakt med enkelte av medlemmene.

Om det er snakk om slik kvalifisert infiltrasjon og provokasjon, må vurderes konkret i den enkelte sak. Den mest generelle slutning vil være at yttergrensene for hva som internrettslig tillates av provokasjon og infiltrasjon utvilsomt ligger innenfor privatlivets vern. Der slike metoder er mindre inngående, kan det imidlertid tenkes at politiet ikke har beveget seg innenfor mistenktes privatliv.

4.3 Er Norges praksis for bruk av infiltrasjon og provokasjon et inngrep i retten til privatliv?

Dersom man har stadfestet at de benyttede etterforskningsskritt har beveget seg innenfor privatlivets vern, er det neste spørsmålet om det har skjedd en ”interference by a public authority”, altså om den offentlige myndighet har stått for et inngrep i retten til privatliv.⁹²

Eventuelle inngrep fra politiets side, rammes av bestemmelsen da politiet er en del av den offentlige myndighet. Dette gjelder også dersom utførelsen av etterforskningen skjer gjennom private agenter da disse handler på vegne av myndighetene.

Spørsmålene om man har beveget seg innenfor privatlivets vern og om det foreligger et inngrep glir noe over i hverandre. EMD har ofte foretatt en sammenblanding av disse vurderingstemaene, slik vi så i bl.a. Lüdi- saken.⁹³ For infiltrerende og provokativ etterforskning, vil man når man befinner seg innenfor privatlivets vern, ofte samtidig konstatere inngrep i dette vernet. Dette støttes av forarbeidene der det uttaltes at ”[...]alle

⁹² EMK art. 8(2)

⁹³ Lüdi mot Sveits, se ovenfor avsnitt 4.2.

former for ekstraordinære etterforskningsmetoder [normalt vil] omfattes hvis det godet som krenkes, kan karakteriseres som «privatliv»⁹⁴.

I for eksempel Rotaru- dommen kom EMD til at oppbevaring og bruk av informasjon om klageren, og nektelse av å motbevise påstander, var innenfor artikkelens virkeområde. De kom da også til at disse forholdene utgjorde en “interference with the right to respect for private life secured in Article 8 § 1 of the Convention”⁹⁵.

Som nevnt i forrige avsnitt ble det brukt som moment mot at krenkelse av retten til privatliv hadde skjedd at mistenkte måtte være klar over risikoen for at “undercover”- politi ville forsøke å avsløre ham når han hadde innlatt seg med den kriminelle virksomheten.⁹⁶ Dette vil være et viktig moment ved vurderingen av om det har skjedd et inngrep. Dersom mistenkte ikke har noen grunn til å tro at han blir utsatt for slike ekstraordinære etterforskningsskritt, vil dette lettere medføre inngrep i hans vern om privatliv.

I både Malone⁹⁷ og Klass⁹⁸ ble det funnet at kommunikasjonskontroll var å anse som et inngrep i retten til privatliv. Rom- og telefonavlytting vil rette seg direkte mot den enkelte og føles svært krenkende for vedkommende. Infiltrasjon og provokasjon vil ikke på samme måte være ubetinget krenkende. Sentrale momenter ved vurderingen av om infiltrasjon og provokasjon er like inngripende, vil bero på en konkret vurdering hvor sentrale momenter er tiltakets varighet, intensitet og virkning.⁹⁹

Slik provokasjon og infiltrasjon benyttes i etterforskningen som beskrevet ovenfor, vil en aktiv, bevisst handling fra politiets side ligge bakenfor. Etterforskningen rettes direkte mot en enkeltperson, og vedkommende føres bevisst bak lyset. Ved infiltrasjon risikerer den mistenkte å betro seg til personer under falsk identitet, han vil opptre annerledes enn han ellers ville gjort mot vedkommende og vil også ofte gi vedkommende adgang til steder han ellers ikke ville hatt adgang til. Er det et privat hjem infiltratøren gis adgang til, vil det være klart at det er et inngrep i hans rett til privatliv, da hjemmet er uttrykkelig beskyttet i

⁹⁴ Ot.prp.nr.64(1998-99)

⁹⁵ Rotaru mot Romania avsn. 46

⁹⁶ Lüdi mot Sveits, se ovenfor avsnitt 4.2

⁹⁷ Malone mot Storbritannia

⁹⁸ Klass mot Tyskland

⁹⁹ Se for eksempel Malone mot Storbritannia og Klass mot Tyskland

bestemmelsen og Grunnloven.¹⁰⁰ Slik infiltrasjon og provokasjon vil det imidlertid ikke være adgang til heller etter norsk rett.¹⁰¹

Om det ikke er adgang til hjemmet som tilsnikes, vil det likevel lett være en integritetskrenkelse å tilsnike seg adgang til et bestemt sted og informasjon fra mistenkte, såfremt man befinner seg innenfor det vern art. 8 oppstiller. Det er likevel ingen automatikk i at infiltrasjon og provokasjon anses som inngrep i retten til privatliv. Dette må avgjøres etter en tilsvarende helhetsvurdering som nevnt i avsnitt 4.2, men det vil ha formodningen for seg at et inngrep har skjedd når man først befinner seg innenfor bestemmelsens virkeområde.

Det kan likevel tenkes at man er innenfor artikkelens virkeområde uten at det foreligger en ”interference”. Dersom for eksempel en politiagent i sivil oppsøker mistenkte mens han tilbringer tid med sin familie, vil man ha trådt innenfor hans private sfære. Om det har skjedd et inngrep, vil imidlertid bero på karakteren av politiets tilnærming. Hvis politiagenten for eksempel avslører mistenktes kriminelle virksomhet ovenfor en uviten familie, vil det måtte sies å foreligge en integritetskrenkelse og anses som et inngrep i hans rett til privatliv.

Dersom provokasjon eller infiltrasjon settes i verk uten at det foreligger sterk mistanke og uten at grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper er ivaretatt, vil det lettere anses som et inngrep.¹⁰² Dersom for eksempel hensynet til forutberegnelighet og notoritet ikke er tilstrekkelig ivaretatt i etterforskningen, vil mindre inngripende tiltak lettere være å anse som inngrep.

Av lovgiver har det vært vurdert om provokasjon og infiltrasjon må anses som inngrep i borgerens rettssfære, slik at det i henhold til legalitetsprinsippet er nødvendig med hjemmel i lov for å gjennomføre slike tiltak.¹⁰³ Dette er besvart avkrefteende og justisdepartementet kom til ”at det neppe på det nåværende tidspunkt er grunn til å lovregulere de etterforskningsmetoder det her er snakk om”.¹⁰⁴ Lovgiver ga både i 1997 og i 2004 uttrykk for at dette synet ikke hadde endret seg.¹⁰⁵ Denne oppfatning trekker i retning av at infiltrasjon og provokasjon, i den utstrekning det tillates internrettslig, heller ikke er å anse som inngrep i

¹⁰⁰ NOU 2004:6 s. 86

¹⁰¹ Se avsn. 3.1.2.3

¹⁰² Hopsnes; Provokasjon som etterforskningsmetode s. 32

¹⁰³ Om legalitetsprinsippet; Hopsnes, Solberg; Legalitetsprinsippet

¹⁰⁴ Ot.prp.nr. 35 (1978-79) s. 179

¹⁰⁵ NOU 2004:6 s. 82, NOU 1997:15 s. 81-82. Dette finner man også klar støtte for i rettspraksis, jfr. Rt. 1984 s. 1076

privatlivets vern etter EMK art. 8. Dersom det ikke er inngripende nok til å være innenfor borgerens rettsfære, vil det være naturlig å anta at det heller ikke kan anses som et inngrep i vedkommendes privatliv.

Terskelen for inngrep i borgerens rettssfære og terskelen for inngrep i privatlivet kan imidlertid ikke sies å være samsvarende. Som nevnt i avsnitt 3.2.2 er psykiske integritetskrenkelser i liten grad vernet av legalitetsprinsippet.¹⁰⁶ Her gir vernet etter EMK art. 8 en sterkere beskyttelse, og det er ikke utelukket at det kan foreligge et inngrep i borgerens rett til privatliv uten at legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov for at etterforskningskrittet kan settes i verk. Den grad av infiltrasjon og provokasjon som tillates i Norge vil derfor kunne være et inngrep i retten til privatliv. Høyesterett har imidlertid aldri hatt oppe til vurdering om slik etterforskning vil kunne være i strid med retten til privatliv, og Norge har aldri av EMD blitt dømt for brudd på art. 8 første ledd som følge av slike etterforskningsmetoder.

Det kan likevel generelt sies at de infiltrerende og provokative etterforskningsmetoder, ofte vil være å anse som inngrep i retten til privatliv dersom man har beveget seg innefor mistenktes private sfære. Dette vil ikke nødvendigvis si at politiet har handlet i strid med vernet etter art. 8. Nedenfor tar jeg for meg vilkårene for inngrep.

4.4 Unntak fra forbudet om å gjøre inngrep i retten til privatliv etter art. 8 annet ledd

4.4.1 Innledning

Retten til privatliv er ikke en av EMKs ubetingede rettigheter. Det er åpnet for at myndighetene, på visse vilkår, kan gripe inn i retten. Dette ut fra et syn om at den enkeltes privatliv ved behov må vike for overordnede samfunnsmessige hensyn. Målet vil i dette kapitlet være å avdekke om vilkårene for et slikt inngrep er oppfylt ved norske myndigheters bruk av infiltrasjon og etterforskning med provokasjonstilsnitt der dette representerer inngrep i retten til privatliv.

Først vil jeg utrede hva som ligger i artikkelens hjemmelskrav, for så å se hvorvidt dette oppfylles i norsk rett. Dernest ser jeg på de to neste vilkårene oppstilt i artikkelen;

¹⁰⁶ Hopsnes; Provokasjon som politimetode s. 31

formålskravet og nødvendighetskravet, og foretar en vurdering av om politiets bruk av infiltrasjon og provokasjon er i tråd med disse. Disse vilkårene må alle tolkes i lys av EMD-praksis og deres standpunkt om at unntaksbestemmelsen "since it provides for an exception to a right guaranteed by the Convention, is to be narrowly interpreted".¹⁰⁷ Man skal være forsiktig med en for utstrakt bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder, som tillates "only so far as strictly necessary for safeguarding the democratic institutions".¹⁰⁸

4.4.2 Hjemmelskravet

Det første, og mest grunnleggende kravet for inngrep i enhver EMK- rettighet, er hjemmelsvilkåret. Dersom inngrepet ikke er hjemlet, vil en krenkelse av den aktuelle retten anses å ha skjedd ut fra en betraktning om borgernes forutberegnelighet. Dette kravet kommer til uttrykk i art. 8 annet ledd som slår fast at inngrep må være "in accordance with the law".¹⁰⁹

Ut fra en romersk- germansk rettstradisjon (civil law) ville dette vært tolket som et krav om formell lovgivning.¹¹⁰ Dette er det samme lovskrav som følger av det internrettslige legalitetsprinsipp. En slik tolkning ville ført til en avskjæring av bruken av infiltrerende og provokative etterforskningsmetoder som representerer inngrep i retten til privatliv, da disse ikke er hjemlet i formell lov.

Det er imidlertid slått fast i en rekke dommer at Høyesterett skal benytte den samme tolkningsstil som legges til grunn i EMD.¹¹¹ Denne tolkningstradisjonen skiller seg fra det norske legalitetsprinsippet; i EMD- praksis gis det uttrykk for at "the word 'law' in the expression 'prescribed by law' covers not only statute but also unwritten law".¹¹² Dette følges opp av metodeutvalget som slår fast at "formuleringen 'in accordance with the law' omfatter, i samsvar med den engelske common law tradisjonen, også hjemler som har sitt fundament i sedvane, rettspraksis og endog administrativ praksis".¹¹³ Dette må derfor legges til grunn ved den interne tolkningen av lovskravet. Det er altså ikke utelukket å benytte provokasjon og infiltrasjon til tross for at dette ikke er regulert i lovgivningen.

¹⁰⁷ Klass mot Tyskland avsn. 42

¹⁰⁸ Klass mot Tyskland avsn. 42

¹⁰⁹ EMK art. 8 annet ledd

¹¹⁰ Jørgen Aall; Rettsstat og Menneskerettigheter s. 98

¹¹¹ Elgesem; Tolkning av EMK – Menneskerettsdomstolens metode s. 205

¹¹² Sunday Times mot Storbritannia avsnitt 47 som gjaldt lovkravet i art. 10, men det er i Silver m/fl mot Storbritannia slått fast at det samme gjelder for lovkravet i art. 8.

¹¹³ NOU 2004:6 s. 37

Grunnlaget for infiltrerende og provokativ etterforskning finner vi i rettspraksis, politiets praksis og riksadvokatens retningslinjer. Avgjørende for om praksisen godtas er kvaliteten av denne og hvorvidt den ivaretar de rettssikkerhetsgarantier påkrevd av EMD.

I blant annet Sunday Times- dommen har disse kvalitetskravene blitt utdypet. Det gis her for det første uttrykk for et krav om at ”the law must be adequately accessible”.¹¹⁴ Det er altså et krav til normens tilgjengelighet slik at det, av hensyn til borgernes forutberegnelighet, er mulig for disse å gjøre seg kjent med den. Forutberegnelighetshensynet er også bakgrunnen for klarhetskravet fremmet i samme dom; ”a norm cannot be regarded as a law unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct”.¹¹⁵ Det er imidlertid presisert videre i dommen at den enkelte ikke med full sikkerhet må kunne forutse konsekvensene av sine handlinger, bare ”to a degree that is reasonable in the circumstances”.¹¹⁶ Det må gis rom for en viss utvikling i takt med tiden slik at det er åpent for en noe fleksibel tolkning.

I Malone-dommen drøftes hvorvidt det kan stilles like strenge krav til hjemmelens tilgjengelighet og klarhet i etterforskningssaker der politiets framgangsmåte må holdes hemmelig for mistenkte. Det var her snakk om kommunikasjonskontroll, men også ved infiltrasjon og provokasjon er det nødvendig å holde mistenkte i uvitenhet om etterforskningen. Retten uttaler at ”[...] the requirement of foreseeability 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”.¹¹⁷ Dette tyder på at retten reduserer tilgjengelighets- og forutberegnelighetskravet noe for ekstraordinære etterforskningsskritt. Ved infiltrasjon og provokasjon kan det ikke kreves at mistenkte skal kunne forutse når det vil være aktuelt for politiet å benytte seg av slike etterforskningsskritt. Han vil da kunne avsløre politiagenten og tilpasse sin opptreden deretter slik at etterforskningen mister sin hensikt. Det stilles likevel et krav til 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 interference with the right to respect of private life [...]”.¹¹⁸ Selv

¹¹⁴ Sunday Times mot Storbritannia avsnitt 49

¹¹⁵ Sunday Times mot Storbritannia avsnitt 49

¹¹⁶ Sunday Times mot Storbritannia avsnitt 49

¹¹⁷ Malone mot Storbritannia avsnitt 67

¹¹⁸ Malone mot Storbritannia avsnitt 67

om det ikke kan kreves at vilkårene for når politiet kan ta i bruk slike etterforskningsmidler må fremgå i detalj, må det altså likevel kunne kreves at klare rammer for skjønnen kommer til uttrykk i hjemmelen.¹¹⁹ På dette grunnlag fant EMD her at hjemmelen ikke tilfredsstilte klarhetskravet; de etterforskningsmetoder som var benyttet hadde sitt grunnlag praksis som i stor grad tilkjente politiet myndighet til skjønnsmessig å avgjøre når avlytting kunne skje.

Ved etterforskningsmetoder det er nødvendig å hemmeligholde for den straffeforfulgte, stilles det av hensyn til dennes rettssikkerhet, strenge krav til kontroll av politiets fremgangsmåte. I Huvig-dommen ble hjemmelen for telefonavlytting vurdert, men funnet for upresis og også å være underlagt for liten kontroll.¹²⁰ ”Selv om fransk praksis imøtekom flere av kravene, var det ikke tilstrekkelig når loven ikke garanterte visse beskyttelsesmekanismer”.¹²¹

Spørsmålet her er etter dette om hjemmelen er tilstrekkelig tilgjengelig og presis til at mistenkte har mulighet til å kunne forutse at han risikerer å bli utsatt for infiltrasjon og provokasjon ved å involvere seg i den aktuelle kriminelle virksomhet, og om det foreligger tilstrekkelig kontroll med politiets praksis.

Adgangen til infiltrasjon og provokasjon avgjøres etter ”slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie”.¹²² Grensene har blitt trukket i rettspraksis ut fra lovgivers utredninger, politiets praksis, og riksadvokatens rundskriv angående bruk av slike etterforskningsmetoder. Sistnevnte er ikke rettslig bindende, men gir et godt bilde av gjeldende rett på området.¹²³

Selv om det ikke kan antas å være en allmenn kunnskap blant kriminelle om innholdet i riksadvokatens retningslinjer, må det antas at de er klar over at politiet jevnlig benytter seg av infiltrerende og provokative midler. Det er allmenn tilgang til utredninger fra politiets metodeutvalg om hvor langt politiet kan gå i slik etterforskning, samt rettspraksis som stadfester politiets adgang til bruk av slike metoder. Graden av tilgjengelighet dette representerer for den gjengse forbryter kan det imidlertid stilles spørsmålsteget ved. Det vil være usannsynlig at denne setter seg inn i retningslinjer og rettspraksis for politiets bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder som det kreves en viss juridisk kunnskap for å finne

¹¹⁹ Møse; Forholdet mellom visse sider ved de hemmelige tjenester og menneskerettighetskonvensjonene pkt. II 3

¹²⁰ Huvig mot Frankrike

¹²¹ Ot.prp.nr. 63(1998-99)

¹²² Rt. 1984 s. 1076

¹²³ Hopsnes; Provokasjon som politimetode s. 33

fram til. Det må likevel sies å være tilstrekkelig tilgjengelighet i praksisen i seg selv da dette oppleves benyttet til stadighet. Da mistenkte i tillegg har anledning til å foreta nærmere undersøkelser i de foreliggende kilder, må tilgjengelighetskravet sies å være oppfylt.

Det reiser seg deretter et spørsmål om hjemmelens klarhet. Praksis for bruk av infiltrasjon og provokasjon angir ikke konkrete tilfeller for når slike etterforskningskritt kan benyttes. Spesielt bruken av infiltrasjon i etterforskningen avgjøres skjønnsmessig, ut fra et generelt forholdsmessighetskrav.¹²⁴ Det har videre vært ansett nødvendig å hemmeligholde deler av politiets kompetanse på området. Spesielt gjelder dette for politiets adgang til å begå straffbare handlinger under sin infiltrerende virksomhet.¹²⁵ Dersom de kriminelle miljøer er klar over hvor langt politiet kan gå, vil de enkelt kunne avsløre politiets agenter.

Det kommer på den annen side klart frem hvem som kan settes under en slik etterforskning, og at dette bare kan skje ved kriminalitet av et visst alvor. Når man innlater seg med alvorlig kriminell virksomhet, er man også klar over hvor stor interesse politiet har i å oppklare saken og at de har en praksis for å benytte seg av infiltrasjon og provokasjon for å oppnå dette. Man må da også være klar over at det er en risiko for at man i en eller annen form vil bli utsatt for slike etterforskningskritt. Hensynet til klarhet og forutberegnelighet er dermed tilstrekkelig ivaretatt i slike tilfeller.

At det foreligger tilstrekkelig kontroll med dette, må være rimelig klart da domstolene inngående vurderer politiets bruk av virkemidlene i den enkelte sak. Dette støttes også av forarbeidene som uttaler at ”personvern- og rettssikkerhetshensyn ivaretas[...] gjennom domstolskontroll, med kontradiktorisk saksbehandling”.¹²⁶

Det er imidlertid grenser for hvor langt hjemmelen strekker seg. I henhold til metodeutvalget vil det kunne oppstå hjemmelsproblem i forhold til EMK art. 8 første ledd dersom ”infiltrasjonen inngår som et ledd i en vedvarende og intens observasjon”.¹²⁷ Den norske praksis gir altså ikke hjemmel for de mest inngående infiltrerende og provokative tilfeller.

¹²⁴ Se avsnitt 3.1

¹²⁵ NOU 1997:15 s. 83

¹²⁶ Ot.prp.nr. 64 (1998-99) kap. 4.2

¹²⁷ NOU 2004:6 s. 82

På dette grunnlag må det sies å foreligge konvensjonsmessig hjemmel for å foreta inngrep i retten til privatliv i form av provokasjon og infiltrasjon, så fremt disse ikke går lenger enn det som er forholdsmessig.

4.4.3 Relevant formål

Det neste vilkåret for inngrep i retten til privatliv er at det har grunnlag i et relevant formål. Det følger uttrykkelig av konvensjonen at ”the restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed”.¹²⁸ Dersom politiets formål med den provokative eller infiltrerende etterforskning, faller utenfor en av de i konvensjonen angitte formål, vil den være et inngrep i retten til privatliv.

Art. 8 slår fast at inngrepet enten må være begrunnet “in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”, jfr. EMK art. 8 annet ledd

Dette er vidtrekkende formålsangivelser som ikke innebærer noen streng begrensning for når inngrep kan skje.¹²⁹ Kriminalitetsbekjempelse er det formål som oftest blir påberopt for EMD, og som oftest vinner frem.¹³⁰ Som nevnt i avsnitt 2.3 kan utradisjonelle etterforskningsmetoder ha forskjellige formål. Det kan være satt i verk for å få hånd om en spesiell gjenstand, for å avverge en kriminell handling eller for å skaffe bevis for en annen forbrytelse. Hovedformålet vil være kriminalitetsbekjempelse, men kan også sies å være hensynet til nasjonal sikkerhet og beskyttelse av andres rettigheter. Uavhengig av hvilke formål man viser til, er det på det rene at slike etterforskningsmetoder er i tråd med konvensjonsmessige formål.

¹²⁸ EMK. Art. 18.

¹²⁹ Ovey/White; The European Convention on Human Rights s. 226

¹³⁰ Ovey/White; The European Convention on Human Rights s. 228

4.4.4 Nødvendighetskravet

Inngrep i retten til privatliv må videre være ”necessary in a democratic society”.¹³¹

En naturlig forståelse av nødvendighetsvilkåret, er at det må være absolutt påkrevd å gjennomføre inngrepet for å nå det legitime formål staten søker oppnådd. I den grunnleggende dommen Silver, og senere EMD- praksis, har imidlertid nødvendighetsvurderingen blitt tolket mindre strengt enn som så.¹³² I Silver- var spørsmålet om inngrep i retten til privatliv i form av brevkontroll var konvensjonsmessig etter art. 8 annet ledd. Det ble uttalt at nødvendigheten av inngrepet skal ligge et sted mellom det som er ”indispensable” og det som kun er ”admissible, ordinary, reasonable or desirable”.¹³³ Det er altså ikke tilstrekkelig at inngrepet er ønskelig, men det kan ikke kreves at det må anses uomgjengelig. Det presiseres videre at det må foreligge et ”pressing social need” for at et inngrepet skal anses å være nødvendig.¹³⁴

Når det vises til en nødvendighetsvurdering, og det ikke kan kreves at inngrepet er uomgjengelig, vil nødvendigheten måtte ses i forhold til det mål man har for øyet. Dette innebærer en avveining mellom de formål som begrunner inngrepet og de virkninger inngrepet har på den enkelte; altså en forholdsmessighetsvurdering. Dette kommer også til uttrykk i Silver- dommen som uttaler at inngrepet må være ”proportionate to the legitimate aim pursued”.¹³⁵ Her gir dette seg utslag i at ”borgernes forventninger om å kunne leve sine privatliv uten å bli overvåket, registrert eller analysert må veies mot samfunnets behov for å kunne bruke avanserte etterforskningsmetoder for å bekjempe alvorlig kriminalitet”.¹³⁶

I Segerstedt og Wiberg-dommen hadde myndighetene oppbevart og tilbakeholdt informasjon om terrorismistenkte. Retten uttaler her at den til tross for at den ”recognises that intelligence services may legitimately exist in a democratic society, it reiterates that powers of secret

¹³¹ EMK art. 8 annet ledd

¹³² Silver-, Olsson- og Handysidedommen

¹³³ Silver mot Storbritannia, avsn. 97. Se også Ovey/White; The European Convention on Human Rights s. 232

¹³⁴ Silver mot Storbritannia avsn. 97

¹³⁵ Silver mot Storbritannia, avsn. 97. Se også Ovey/White; The European Convention on Human Rights s. 232

¹³⁶ Ot.prp.nr.64 (1998-99) kap. 4.2

surveillance of citizens are tolerable under the Convention only in so far as strictly necessary for safeguarding the democratic institutions”.¹³⁷

Dette tyder på at det skal legges til grunn en streng nødvendighetsvurdering ved bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder, slik at det vil være en høy terskel for når bruk av infiltrasjon og provokasjon kan skje når dette medfører et inngrep i retten til privatliv. Hvorvidt slike inngrep kan tillates, må avgjøres ut fra de konkrete omstendigheter, og det vil spille en stor rolle om andre, mindre inngripende etterforskningsmetoder kunne vært brukt for å oppnå samme formål. Om et inngrep er forholdsmessig vil være avhengig av utstrekningen etterforskningen har skjedd i, hvor stor virkning det har for den enkelte og ulike omstendigheter som gjør at det kan føles spesielt krenkende. Metodeutvalget uttaler at tiltakets varighet, intensitet og mistankegrunnlag er av stor vekt ved vurderingen av om infiltrasjon har vært i strid med art. 8.¹³⁸ Dette må holdes opp mot politiets grunner til å benytte seg av utradisjonelle etterforskningsmetoder; hvor alvorlig kriminalitet det er snakk om å forhindre, hvor sterkt hensynet til allmennheten tilsier at den aktuelle kriminaliteten må forhindres og hvor krenkende det vil føles for den som blir satt under etterforskning. Dersom for eksempel en 'under cover' agent gjennom lengre tid har opparbeidet seg et tillitsforhold hos mistenkte for å motta opplysninger om bilbrukstyverier, vil krenkelsen av vedkommendes privatliv vanskelig kunne forsvares etter en slik forholdsmessighetsbetraktning. Dersom de samme metoder derimot hadde blitt brukt mot sentrale medlemmer i en barnepornoliga, ville forholdet stilt seg annerledes.

4.4.4.1 Statens skjønnsmargin

Et annet viktig moment som kommer til uttrykk i Silver- dommen er at staten i visse tilfeller tilkjennes en ”margin of appreciation” ved avgjørelsen av hva som anses nødvendig.¹³⁹ I dette ligger det at nødvendighetsvurderingen settes under en begrenset kontroll, slik at det hovedsakelig ligger til de nasjonale myndigheter å avgjøre hva som anses nødvendig. I Handyside-dommen er dette begrunnet i at de nasjonale myndigheter er i en bedre stilling enn den internasjonale dommer til å avgjøre hva som er nødvendig for å oppnå det aktuelle formålet.¹⁴⁰

¹³⁷ Segerstedt- Wiberg m.fl. mot Sverige avsnitt 87

¹³⁸ NOU 2004: 6 s. 82

¹³⁹ Silver mot Storbritannia, avsnitt 97

¹⁴⁰ Handyside mot Storbritannia avsnitt 48

Hvor stor skjønnsmarginen er, varierer med rettighetens og inngrepets karakter. EMD uttrykker at dersom en "particularly important facet of an individual's existence or identity is in issue under Article 8, the Court will be less likely to accept that the State should be afforded a broad discretion".¹⁴¹ Motsetningsvis vil inngrep begrunnet i statens vurdering av moralske spørsmål, være underlagt en mindre prøving fra rettens side da det ikke foreligger noen uniform europeisk oppfatning av moral.¹⁴²

I tillegg slås det i Leander-dommen fast at statens skjønnsmargin er vid når rikets sikkerhet står på spill. Retten aksepterte her at "the State should enjoy a wide margin of appreciation, both in assessing the existence of a pressing social need and in choosing the means for achieving the legitimate aim of protecting national security".¹⁴³ I Segerstedt og Wiberg-dommen hadde politiet oppbevart informasjon om svenske borgere uten å la dem få innsyn i dokumentene da de aktuelle sto under mistanke om å være "connected with terrorism, espionage or any other relevant crime".¹⁴⁴ Retten uttalte at myndighetene tilkjennes en viss "margin of appreciation, the scope of which will depend not only on the nature of the legitimate aim pursued but also on the particular nature of the interference involved".¹⁴⁵ Denne sakens natur tilsa at staten skulle ha en vid skjønnsmargin da målet var å bekjempe alvorlig kriminalitet.

Dersom det på denne måten finnes å være en vid skjønnsmargin for staten vil prøvingsintensiteten av hvorvidt det foreligger "adequate and effective guarantees against abuse" være noe strengere.¹⁴⁶ Retten vil overprøve om det foreligger slike "tilfredsstillende og effektive garantier mot misbruk"¹⁴⁷ i enhver sak, men skjerpe kontrollen av dette der statens skjønnsmargin er vid.

¹⁴¹ Ovey, White; The European Convention on Human Rights s.234

¹⁴² Handyside mot Storbritannia avsnitt 48

¹⁴³ Leander mot Sverige og Ovey/White; The European Convention on Human Rights s.237

¹⁴⁴ Segerstedt, Wiberg m.fl. mot Sverige avsn. 81

¹⁴⁵ Segerstedt, Wiberg m.fl. mot Sverige avsn. 88

¹⁴⁶ Klass mot Tyskland

¹⁴⁷ Møse; Forholdet mellom visse sider ved de hemmelige tjenester og menneskerettighetskonvensjonene pkt. II 3

4.4.4.2 Skjønnsmarginens utstrekning ved infiltrasjon og provokasjon og den derav tilpassede forholdsmessighetsvurdering

Det videre spørsmålet vil etter dette være hvor stor skjønnsmargin staten har ved bruk av infiltrasjon og provokasjon, og hvorvidt den internrettslige adgang til bruk av slike ut fra denne skjønnsmarginen vil utgjøre et uforholdsmessig inngrep i EMKs forstand.

Infiltrasjon og provokasjon benyttes i størst grad for å forhindre alvorlig, organisert kriminalitet, slik som for eksempel spredning av narkotika, barneporno og terroristvirksomhet. Dette er forhold der essensielle samfunnsverdier står på spill. Slik kriminalitet representerer en fare for liv og fysisk og psykisk helse, og det bør tilkjennes staten en viss frihet til å velge hvordan problemene best kan løses. Dette tyder på at skjønnsmarginen her, på tilvarende måte som i Segerstedt- dommen, er vid. Det vil videre være svært varierende hvordan myndighetene i de ulike europeiske land anser det mest hensiktsmessig å bekjempe kriminalitet. Dersom man fører en feilslått politikk for å bekjempe kriminalitet, vil det i tillegg få store interne konsekvenser. Hvis de nasjonale myndigheter for eksempel ønsket å få bukt med alvorlig økonomisk kriminalitet som de erfaringsmessig ikke har klart å løse på annen måte, ville det være lite hensiktsmessig at dommerne i Strasbourg skulle sett en stopper for bruk av infiltrasjon og provokasjon for å løse problemet. Dette tilsier at staten må ha en betydelig frihet til å velge hvordan kriminalitet innenfor egne landegrenser skal bekjempes.

Inngrep av slik karakter vil på den annen side gå direkte på den mistenktes person, og kan oppleves som svært krenkende. Dette tilsier at staten ikke kan nyte full frihet til å avgjøre når et inngrep er forholdsmessig, og at det må skje en kontroll med statens bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder.

Lovgivers vurdering av statens skjønnsmargin ved beslutning om ekstraordinære etterforskningsmetoder, er at staten ved vurderingen av hva som er proporsjonalt er gitt ”en viss skjønnsmargin”.¹⁴⁸ Det vil altså ikke tilligge myndighetene fullstendig frihet ved vurderingen av om det aktuelle tiltak er forholdsmessig. Dersom det er snakk om en langvarig og intensiv innblanding fra politiets side som har føltet svært krenkende for mistenkte, vil retten gå inn og vurdere om formålet er godt nok til å veie opp for ulempen etterforskningen

¹⁴⁸Ot.prp.nr.64 (1998-99) kap. 4.2

medfører. Hvis politiets agent for eksempel har gått inn som en del av et terrorismistenkt trossamfunn og opprettet personlig og religiøs kontakt med medlemmene av gruppen, vil det kunne føles svært krenkende når det senere viser seg at vedkommende opererte under falske premisser. EMD vil da foreta en mer inngående kontroll av myndighetenes grunnlag for å foreta aksjonen. Dersom staten objektivt sett har sterke interesser i å bekjempe den aktuelle virksomhet, vil EMD likevel ofte stå tilbake for å dømme myndighetenes metoder i etterforskningen. Dersom staten for eksempel har konkrete holdepunkter for å mene at medlemmer i trossamfunnet vil sette i verk en terroraksjon, kan det vanskelig tenkes at EMD dømmer en infiltrerende etterforskning som konvensjonsstridig til tross for at etterforskningen har berørt mistenkte i sterk grad.

Som redegjort for i punkt 2 og 3 er det en snevrere adgang til bedrive etterforskning med provokasjonstilsnitt enn til å benytte infiltrasjon i etterforskningen. Det kreves blant annet sterk mistanke¹⁴⁹, at provokasjonen retter seg mot et alvorlig straffbart forhold¹⁵⁰ og at vanlig etterforskning har vært uanvendelig, for at provokativ etterforskning skal kunne settes i verk.¹⁵¹ På bakgrunn av dette skal det derfor mye til før den provokative etterforskning slik den praktiseres etter norsk rett, er såpass uforholdsmessig at EMD vil velge å sette den nasjonale vurdering til side.

Provokativ etterforskning brukes imidlertid i de aller fleste tilfeller i kombinasjon med infiltrasjon. Det er som oftest først slik etterforskningen vil gjøre et innhugg i mistenktes rett til privatliv.¹⁵² Ved infiltrasjon vil man ofte ha beveget seg innenfor mistenktes privatliv, da personlig kontakt mellom politiet og mistenkte er en forutsetning. Da infiltrerende virksomhet ikke har en kriminaliserende effekt ovenfor mistenkte slik som provokasjon lett vil ha, stilles det ikke like strenge vilkår for bruk av infiltrasjon. I lys av at infiltrasjon lettere fører til inngrep i mistenktes rett til privatliv, fremstår dette som noe paradoksalt. Det er kun et vanlig mistankekrav og det stilles ingen krav til hvor alvorlig forbrytersk virksomhet som søkes avverget. Dette tyder på at man kan risikere å bevege seg innenfor mistenktes private sfære på sviktende mistankegrunnlag for å avsløre kriminalitet av mindre samfunnsmessig betydning. Politiet benytter seg for eksempel av intensive infiltrerende metoder for å bekjempe piratkopiering av filmer. Dette ville etter all sannsynlighet ikke vært akseptert i

¹⁴⁹Riksadvokatens rundskriv nr. 2/ 2000, punkt 2 og 7

¹⁵⁰ Rt. 1984 s. 1076, s. 1080

¹⁵¹ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/ 2000, punkt 2 og 7

¹⁵² Se kap. 4.3

EMD til tross for at staten på kriminalitetsbekjempelsens område, er tilkjent vid skjønnsmargin.

Som det fremgår av kapittel 3 er imidlertid all etterforskning underlagt en generell forholdsmessighetskontroll.¹⁵³ Dette gjelder også for bruk av infiltrasjon og provokasjon, slik at det stilles et krav om at det står i forhold til sakens alvor å ta i bruk slike metoder. Før man gjør et innhugg i mistenktes privatliv må det ut fra dette skje en rettferdiggjøring i form av kriminalitetsbekjempende hensyn. Politiet vil for eksempel kunne gå betydelig lenger i sin bruk av infiltrasjon og provokasjon i etterforskningen dersom det er snakk om å avdekke omfattende narkotikavirksomhet i motsetning til å avsløre brudd på regler om skjenkebevilgning. En slik forholdsmessighetskontroll vil ligge nær det forholdsmessighetskrav som stilles i EMK. Spesielt gjelder dette når staten, slik som her, er tilkjent en betydelig skjønnsmargin. Ved redegjørelsen av konvensjonens forholdsmessighetskrav legges det til grunn ”at de vurderinger som her skal foretas etter EMK, er de samme som etter det norske forholdsmessighetsprinsippet[...]”.¹⁵⁴

Det kan likevel spørres om det i visse tilfeller kan tenkes at man vil foreta en avvikende internrettslig forholdsmessighetsvurdering i forhold til den vurdering EMD ville nedlagt. Internrettslig vil betydelige innhugg i mistenktes privatliv i visse tilfeller finnes å være forholdsmessig ut fra et perspektiv om inngrepets samfunnsnytte. Det kan eksempelvis tenkes at politiet over lenger tid gir seg ut for å være en del av en smuglerliga og opparbeider seg et tillitsforhold hos enkelte av medlemmene for så å hente ut informasjon om deres forbryterske virksomhet, eller for å tre inn i smuglervirksomheten med tanke på en etterfølgende pågripelse. Dette vil kunne oppleves som svært krenkende for en som har stolt på agenten og under falske premisser avgitt personlig informasjon. Det vil da kreves gode grunner for at inngrepet skal kunne anses forholdsmessig etter EMK. Etter norsk rett vil det ikke legges like stor vekt på at etterforskningen føles krenkende for mistenkte, men anlegges en mer objektiv vurdering. Nytteverdien i et etterforskningsperspektiv måles opp mot hvor drastiske tiltak politiet tyr til. Dersom smuglerligaen har vært et betydelig problem og har hatt store samfunnsmessige konsekvenser, vil staten trolig legge mindre vekt på om etterforskningen sterkt berører mistenktes privatliv enn hva EMD ville gjort.

¹⁵³ Politil. § 6 annet ledd

¹⁵⁴ Ot.prp.nr. 64 (1998-99) kap. 4.2

Politiets metodeutvalg uttaler i tråd med dette at det kan tenkes tilfeller der slik etterforskning rammes av EMK. Det uttales her at ”sentrale momenter vil være varigheten og intensiteten av politiets innblanding”.¹⁵⁵ Jo mer langvarig og jo tettere politiagenten kommer innpå mistenke, jo mer skal det til for å rettferdiggjøre inngrepet. Infiltrasjon, om enn ikke provokasjon, kan tenkes benyttet mot en uskyldig tredjeperson for å få tak i informasjon om andres kriminelle virksomhet. Dette vil ut fra et etterforskningsmessig hensiktsmessighetshensyn kunne rettferdiggjøres, og dermed kunne gå klar av den internrettslige forholdsmessighetsvurderingen, men krenkelsen av vedkommendes privatliv vil ut fra et EMK- synspunkt vanskelig kunne forsvares. Metodeutvalget beskriver dette spørsmålet som ”mer tvilsomt”.¹⁵⁶

Metodeutvalget gir uttrykk for at infiltrasjon kan anses å være i strid med EMK art. 8 annet ledd dersom det er satt i verk på sviktende mistankegrunnlag.¹⁵⁷ Politiets bruk av provokasjon vil ikke by på samme problem da det må foreligge sterk mistanke for å sette dette i verk, mens det for infiltrasjon ikke kreves mer enn alminnelig rimelig mistanke. Det vil imidlertid være tvilsomt om det vil kunne konstateres krenkelse av EMK art. 8 annet ledd på bakgrunn av at politiet ikke hadde mer enn rimelig grunn til å tro at vedkommende er skyldig i den aktuelle forbrytelse. Dette kan vanskelig kalles sviktende mistankegrunnlag. Likevel vil det kunne være et moment i vurderingen at politiet ikke hadde sterk grunn til å tro at vedkommende var skyldig dersom infiltrasjonen representerer et betydelig inngrep. Dersom mistenkte senere viser seg ikke å være skyldig, vil det oppleves spesielt krenkende for vedkommende at politiet har satt i verk slike tiltak uten å ha gode holdepunkter for å tro at han var skyldig. Trolig vil dette tillegges større vekt i forholdsmessighetsvurderingen i EMD enn ved de nasjonale domstoler.

Som vist ovenfor setter det internrettslige forholdsmessighetsprinsipp som hovedregel grenser på lik linje med EMK. Likevel vil forholdsmessighetsvurderingen etter EMK i visse tilfeller ha et noe annerledes perspektiv enn den som følger av vårt internrettslige system. EMD holder etterforskningstiltaket direkte opp mot krenkelsen av vedkommende person, mens de nasjonale domstoler ikke vil ha et like stort fokus på konsekvensene av politiets metoder for den enkelte. Her vil det avgjørende være hvor langt politiet har gått i sin handling målt opp mot den samfunnsmessige nytteverdien av inngrepet, ikke hvor sterkt inngrepet føles for den

¹⁵⁵ NOU 2004:6 s. 82

¹⁵⁶ NOU 2004:6 s. 82

¹⁵⁷ NOU 2004:6 s. 82

enkelte. Om forskjellene er så store at EMD vil velge å sette statens vurdering til side er, med tanke på statens vide skjønnsmargin, derimot tvilsomt.

5. Konklusjon

Det er mange momenter som kommer inn i vurderingen av om de infiltrerende og provokative metoder politiet benytter i etterforskningen, representerer en krenkelse av retten til privatliv. Slike etterforskningsmetoder vil i sin mildeste form gå klar av EMK artikkel 8 da man ikke alltid beveger seg innenfor privatlivets grenser, eller etterforskningsskrittet ikke kan sies å være et inngrep i denne retten.

Selv om det ikke finnes eksempler i rettspraksis på at politiets bruk av infiltrerende og provokative virkemidler medfører inngrep i borgerens rett til privatliv, er det ikke vanskelig å forestille seg at en slik type etterforskning kan være så intens og nærgående at det vil være å anse som et inngrep i denne retten. Avgjørende vil da være om staten ut fra unntaksvilkårene i EMK art. 8 annet ledd har adgang til å foreta slike inngrep i form av infiltrasjon og provokasjon. Dette spørsmålet kan vanskelig besvares generelt.

Om hjemmelskravet kan det i sin allmennhet sies at dersom politiet holder seg innenfor de grenser som er trukket opp i praksis, vil hjemmelen være tilstrekkelig tilgjengelig og presis til at mistenkte kan innrette seg etter den rådende rettsstilstand. Når metoden har kriminalitetsbekjempelse for øyet, slik det forholder seg ved bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder, vil videre formålskravet utvilsomt være oppfylt.

Det avgjørende vil derfor i de fleste tilfeller være om inngrepet er å anse som forholdsmessig. Det internrettslige forholdsmessighetskrav som stilles til etterforskningen, vil i stor grad være sammenfallende med det krav til forholdsmessighet som oppstilles av konvensjonen. I begge tilfeller er etterforskningsmetodens intensitet og varighet avgjørende for om man har å gjøre med et forholdsmessig inngrep å gjøre. Det vil likevel kunne være visse forskjeller i den internrettslige synsvinkel og menneskerettsdomstolens synsvinkel. Retten ser i større grad forholdsmessigheten ut fra et mål om å forhindre integritetskrenkelser, mens det for staten vil være lettere å tillegge den samfunnsmessige nytteverdien av bruk av infiltrerende og provokative metoder størst vekt. Ut fra statens perspektiv til et inngrep i borgerens privatliv altså lettere rettferdiggjøres.

Da det kan spores en slik ulikhet i forholdsmessighetsvurderingen, er det av stor betydning at staten er tilkjent en betydelig skjønnsmargin for å bekjempe kriminalitet innenfor egne landegrensar. Denne skjønnsmarginen medfører en høy terskel for tilsidesettelse av den nasjonale vurdering. Det skal derfor store avvik i forholdsmessighetsvurderingen til før EMD vil konstatere krenkelse på bakgrunn av den. I tillegg vil terskelen for å sette den internrettslige vurdering til side på bakgrunn av ulik vektning av de aktuelle hensyn, heves noe som følge av at hensynet til etterprøving og notoritet er godt ivaretatt i det nasjonale rettssystem. Etter all sannsynlighet vil den nasjonale praksis for bruk av infiltrasjon og provokasjon ikke representere en krenkelse av borgernes rett til privatliv etter EMK art. 8. Selv om det skulle forekomme avvikende forholdsmessighetsvurderinger, er det tvilsomt, hensett til statens skjønnsmargin, at EMD vil velge å slå ned på dette. Det vil likevel i teorien kunne skje.

Før det gjennom EMD- praksis eventuelt sendes signaler om at den interne praksis representerer en skjevhet i balansegangen mellom den enkeltes rett til privatliv og de overordnede samfunnsmessige hensyn, er det ikke nødvendig å foreta endringer i den eksisterende rettstilstand. Likevel, dersom det skjer en kodifisering av adgangen til å benytte slike ekstraordinære metoder, vil oppfyllelsen av forpliktelsene tydeliggjøres. Selv om den foreliggende hjemmel oppfyller EMK- kravene, vil overensstemmelsen komme bedre frem ved en lovfesting av adgangen til å benytte slike etterforskningsmetoder. Også hensynet til klarhet og forutberegnelighet vil i større grad ivaretas. Forfatteren ser ingen grunn til å la spørsmålet forbli ulovfestet, under forutsetning av at visse detaljer rundt gjennomføringen av infiltrasjon og provokasjon av etterforskningsmessige hensyn, utelates.

6. Bibliografi

Forarbeider/ Lovgivers utredninger

Odelstingsproposisjoner

- Ot.prp.nr.64 (1998-99)
”Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v.”
- Ot.prp.nr. 35 (1978-79)
”Rettergangsmåten i straffesaker”

Norges offentlige utredninger

- NOU 2004:6
”Mellom effektivitet og personvern”
- NOU 1997:15
”Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet – Delinnstilling II”

Rettspraksis

De nasjonale domstoler

- Rt. 2007 s. 286
- Rt. 2006 s. 120
- Rt. 2000 s. 1223
- Rt. 2000 s. 1345
- Rt. 2000 s. 1482

- Rt. 1999 s. 1269
- Rt. 1998 s. 407
- Rt. 1993 s. 473
- Rt. 1984 s. 1076

Den Europeiske Menneskerettsdomstol

- Lüdi mot Sveits 12433/86, 1992
- Amann mot Sveits, klagenr. 27798/95, 2000
- Leander mot Sverige 9248/81, 1987
- Malone mot Storbritannia 8691/79, 1984
- Sunday Times mot Storbritannia, 1979
- Segerstedt- Wiberg m.fl. mot Sverige 62332/00, 2006
- Silver mot Storbritannia 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 1983
- Huvig mot Frankrike 11105/84 1990
- Klass mot Tyskland 5029/71, 1978
- Rotaru mot Romania 28341/95, 2000
- Teixeira De Castro mot Portugal 25829/94, 1998

Riksadvokaten

- Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000, Tor- Aksel Busch og Tor-Geir Myhrer, 26. april 2000
- Riksadvokaten 8 punkter av 1980, gjengitt i NOU 1995: 15 s. 83
- Riksadvokatens brev til statsadvokatene i Eidsivating, 8. juli 1994

Juridisk litteratur

Bøker

- Ovey Clare Robin C.A.
 Jacobs and White;
 The European Convention On Human Rights
 Fourth Edition 2006
 Oxford University Press
- Jørgen Aall

Rettsstat og menneskerettigheter

2004

Fagbokforlaget

- Auglend, Ragnar L. Mæland, Henry John Røsandhaug, Knut
Politirett
2. Utgave 2004
Gyldendal Norsk Forlag Akademisk
- Johs Andenæs
Norsk straffeprosess, bind I
3. utgave 2000
- Hans Gammeltoft- Hansen
Straffeprocessuelle tvangsindgreb
Juristforbundet, København
1981

Artikler

- Roald Hopsnes og Raymond Solberg;
"Legalitetsprinsippet",
Jussens Venner 2005 nr. 2 s. 77
- Elden, John Christian
"Ytring om personvern, avlytting og politistat"
Tidsskrift for strafferett 2005 s. 97
- Roald Hopsnes
"Provokasjon som politimetode"
Jussens Venner - 2003 nr. 2 s. 18
- Elgesem, Frode
"Tolkning av EMK – menneskerettsdomstolens metode"
Lov og Rett nr. 4- 5, 2003 s. 203.
- Andorsen, Kjell V.
"Provokative etterforskningsmetoder",
Jussens Venner 2001 nr.1 s. 1
Universitetsforlaget
- Høgberg, Alf Petter

Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffefrie handlinger

Tidsskrift for rettsvitenskap 2000 s. 525

- Erik Møse

Forholdet mellom visse sider ved de hemmelige tjenester og menneskerettighetskonvensjonene

Lund-rapporen, dokument nr. 15 (1995-1996), vedlegg I.