

De konstitusjonelle skrankene for bruk av infiltrasjon og bevisprovokasjon som etterforskningsmetoder

Kandidatnummer: 93

Antall ord: 14 437



JUS 399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet
UNIVERSITET I BERGEN
08.12.2021

Innholdsfortegnelse

1.0 Innledning.....	1
1.1 Presentasjon av problemstilling og tema.....	1
1.2 Etterforskning og etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon	1
1.3 Adgangen og vilkårene for å anvende infiltrasjon og bevisprovokasjon	3
1.4 Hensyn bak adgangen.....	5
1.5 Metoden og rettskildebildet på området.....	7
1.6 Den videre fremstillingen og avgrensning	8
2.0 Konstitusjonelle skranker for bruk av infiltrasjon og bevisprovokasjon	9
2.1 Innledende bemerkninger	9
2.2 Tolkning av konstitusjonelle bestemmelser	10
2.2.1 Tolkning av grunnlovsbestemmelser	10
2.2.2 Tolkning av Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen.....	11
2.3 Legalitetsprinsippet	12
2.3.1 Innledende betraktninger	12
2.3.2 «Inngrep»	13
2.3.3 Lovskravet	13
2.3.3.1 Det formelle lovskravet	14
2.3.3.2 Det materielle lovskravet.....	16
2.3.4 Når utgjør infiltrasjon og bevisprovokasjon et inngrep etter Grl. § 113?	18
2.3.5 Oppfyller dagens praksis legalitetsprinsippets lovskrav?	28
3.0 Bør virksomheten lovreguleres?.....	30
3.1 Bærende hensyn av betydning for spørsmålet om lovregulering	30
3.1.1 Sikre demokratisk legitimitet	30
3.1.2 Uforutsigbar rettsstilling øker faren for vilkårlig myndighetsutøvelse	30
3.1.3 Kriminaliseringshensynet.....	31

3.1.4 Fare for misbruk	32
3.1.5 Betenkelig at adgangen er ulovfestet når provokasjon i prinsippet er straffbar medvirkning	33
3.1.6 Metodene er «modne» for lovregulering.....	34
3.2 Argumenter mot en lovfesting.....	35
3.3 Oppsummering	36
4.0 Rettslige utfordringer ved bruk av infiltrasjon og bevisprovokasjon.....	38
4.1 Innledende betraktninger.....	38
4.2 Objektivitetsplikten ikke ivaretatt	38
4.3 Rekkevidden av vernet mot selvinkriminering	38
4.4 Metodene kan stride mot retten til personvern.....	39
5.0 Avsluttende bemerkninger	41
Kilderegister	42

1.0 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstilling og tema

Ifølge Grunnloven (Grl.) § 113 er det et ufravikelig krav at myndighetenes inngrep i individets rettigheter må ha grunnlag i lov. Politiets adgang til å bruke metoder og tiltak som omtales som ekstraordinære etterforskningsmetoder er ikke lovfestet i dag. I denne masteroppgaven skal jeg se nærmere på om politiets bruk av etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon er forenelig med lovskravet utledet av Grunnloven og Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK).

1.2 Etterforskning og etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon

En straffesak kan inndeles i flere stadier, henholdsvis etterforskningsstadiet, påtalestadiet, irettføringsstadiet og fullbyrdelsesstadiet.¹ Oppgaven vil kun omhandle etterforskningsstadiet og avgrenser mot polisiært kriminalitetsforebyggende arbeid.²

Etterforskning er en formålsstyrt virksomhet hvor målet er å samle inn relevant fakta for å kunne ta stilling til om vilkårene for straff er oppfylt.³ Reglene om etterforskning fremgår av straffeprosessloven (strpl). I strpl. § 225 første ledd første punktum fremgår det at etterforskning «iverksettes og utføres av politiet». Det er sikker rett at med «politiet» menes påtalemyndigheten i politiet.⁴ Etterforskning kan utføres når det «er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold [...]» jf. strpl. § 224 første ledd. Målsettingene med etterforskningen fremgår av strpl. § 226 første ledd bokstav a, b og f. Etterforskningen skal skaffe til veie nødvendige opplysninger «for å avgjøre spørsmålet om tiltale» jf. bokstav a. Etter bokstav b og f skal etterforskningen skaffe til veie nødvendige opplysninger for «å tjene som forberedelse for rettens behandling av spørsmålet om straffeskyld og eventuelt spørsmålet om fastsettelse av reaksjon» og for «å tjene som forberedelse for behandling i konfliktrådet».

¹ Øyen (2019) s. 28 – 29.

² Med polisiært kriminalitetsforebyggende arbeid siktes det her til kriminalitetsforebyggende tiltak som reguleres av politilovgivningen.

³ RA-1999-3 s. 2.

⁴ Øyen (2019) s. 151.

Politiet kan bruke ulike etterforskningsmetoder. Infiltrasjon og bevisprovokasjon omtales som ekstraordinære etterforskningsmetoder, og metodene ble først tatt i bruk på 70-tallet.⁵

Begrepet *ekstraordinære etterforskningsmetoder* er ikke brukt i noen lovtekst, men er anvendt i flere høyesterettsavgjørelser.⁶ Begrepet har tradisjonelt blitt forstått som at metodene er nye eller at de er mer inngripende enn andre metoder.⁷ Etersom metodene har vært i bruk siden 70-tallet må begrepet heller forstås slik at det omhandler metoder som foretas i det skjulte og uten at den mistenkte vet det.⁸

Ifølge riksadvokatens rundskriv RA-2018-2 foreligger *provokasjon* «når politiet gjennom direkte kontakt med enkeltpersoner eller på annen måte påvirker straffbare handlinger som andre foretar, for derigjennom å skaffe seg ytterligere informasjon om slik virksomhet».⁹

Provokasjon kan kun brukes på alvorlige straffesaker, som alvorlige narkotikasaker og alvorlig vinningskriminalitet. Metoden kan også brukes i etterforskningen av seksuelle overgrep mot barn og spredning av barnepornografi.¹⁰ Provokasjon skiller mellom tiltaleprovokasjon og bevisprovokasjon, og grensen mellom disse er ikke alltid klar.

Tiltaleprovokasjon foreligger «der politiet selv, eller noen som opptrer på politiets vegne, fremkaller eller utnytter en villfarelse hos en potensiell gjerningsperson til å påvirke et hendelsesforløp som fører til at en straffbar handling, eller at en mer straffverdig handling, blir begått».¹¹ *Bevisprovokasjon* brukes når man skal «avdekke impliserte i, eller sikre beviset for, en påbegynt eller avsluttet straffbar virksomhet».¹² Denne provokasjonen skiller seg fra tiltaleprovokasjon, ettersom ved bevisprovokasjon er den straffbare handlingen allerede begått, men man forleder personen til å fremskaffe bevis.¹³ Oppgaven vil omhandle bevisprovokasjon.

Infiltrasjon er når «politiet, ved sine egne ansatte eller utenforstående medhjelpere, innarbeider seg i (infiltrerer) en organisasjon eller et kriminelt miljø for å få opplysninger som det ikke ville få ved vanlig etterforskning».¹⁴ Infiltratøren skal ikke påvirke virksomheten eller hendelsesforløpet som er under oppsikt, og vedkommende skal forholde seg passivt til

⁵ Ot.prp. nr. 64 (1998-99) punkt 3.3 s. 17 og Ot.prp. nr. 35 (1978-79) kapittel 18 s. 179.

⁶ Rt. 1984 s. 1076 s. 1079 og Rt. 2000 s. 1345 s. 1347.

⁷ Ot.prp. nr. 64 (1998-99) punkt 3.3 s. 17.

⁸ Ot.prp. nr. 64 (1998-99) punkt 3.3 s. 17.

⁹ RA-2018-2 s. 2.

¹⁰ RA-2018-2 s. og 4.

¹¹ Auglend/Mæland (2016) s. 437.

¹² Auglend/Mæland (2016) s. 438.

¹³ Auglend/Mæland (2016) s. 438.

¹⁴ Andenæs (2000) s. 286.

den straffbare handlingen objektet gjør.¹⁵ Infiltrasjon kjennetegnes ved at personen eller miljøet som infiltreres er i villfarelse om hvem de snakker med og at politiet holder sin identitet skjult.¹⁶ Infiltrasjon forutsetter at politiet aktivt oppsøker personen eller miljøet. Det vil altså ikke anses for å være infiltrasjon hvis polititjenestemannen tilfeldigvis eller i en privat sammenheng får tak i opplysninger som er av interesse.¹⁷ Infiltrasjon begrenses oppad mot provokasjon og nedad mot spaning.¹⁸ Spaning vil ikke bli ytterligere behandlet i oppgaven.

Felles for etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon er at politiet utnytter en villfarelse hos den mistenkte.¹⁹ Etter min mening kan det også tas til orde for at når etterforskningsmetodene brukes, skjer det en form for påvirkning. Påvirkningen skjer imidlertid på forskjellige måter. Ved bevisprovokasjon skjer påvirkningen ved at politiet styrer handlingen for hvordan man skal forlede personen til å fremskaffe bevis. Et eksempel på dette kan være at politiet instruerer en pågrepet kurer om hva han skal si til kjøperen av narkotikaen i en telefonsamtale, slik at telefonsamtalen kan bli brukt som bevis mot kjøperen. Ved infiltrasjon skjer påvirkningen ved at infiltratøren er til stede og følger med. Hvis personen som infiltreres for eksempel foreslår å begå en straffbar handling, kan stillhet fra miljøet og infiltratøren, sammenholdt med at man er til stede, bli tolket som at man er støttende. Etter dette kan det altså legges til grunn at ved bevisprovokasjon skjer det en fysisk påvirkning, mens ved infiltrasjon skjer det en psykisk påvirkning.

1.3 Adgangen og vilkårene for å anvende infiltrasjon og bevisprovokasjon

Adgangen til å anvende etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon er ulovfestet, og er underlagt den alminnelige handlefriheten.²⁰ Den alminnelige handlefriheten i norsk rett går ut på at hvis rettsordenen ikke har innført begrensninger, kan individet utfolde seg fritt.²¹ Gjennom den alminnelige handlefriheten kan borgere fritt oppsøke og prate med andre i offentligheten, og overhøre deres samtaler. Den alminnelige handlefriheten som er beskrevet

¹⁵ Auglend/Mæland (2016) s. 436 og Hopsnes (2003) s. 78.

¹⁶ Hopsnes (2003) s. 78 og NOU 2004: 6 punkt 7.5.1.1 s. 80 og 81.

¹⁷ NOU 2004: 6 punkt 7.5.1.1 s. 81.

¹⁸ NOU 2004: 6 punkt 7.5.1.1 s. 81 og Auglend/Mæland (2016) s. 436.

¹⁹ NOU 2004: 6 punkt 7.5.2.1 s. 84.

²⁰ NOU 2004: 6 punkt 1.3.3.1 s. 17.

²¹ Knophs (2019) s. 112.

gjelder imidlertid for individet. Spørsmålet er om den samme handlefriheten også gjelder for staten og dens tjenestemenn, eller om disse har en begrenset handlefrihet. Uten å gå nærmere inn på spørsmålet, legges det til grunn at staten ikke kan påberope seg den samme alminnelige handlefriheten som individet, og det vises til Nilsen sin fremstilling.²² Den alminnelige handlefriheten for staten er, etter dette, begrenset til ikke-inngripende tiltak som ikke er forbudt ved lov.²³

Selv om adgangen til å bruke infiltrasjon og bevisprovokasjon er underlagt den alminnelige handlefriheten, har høyesterettspraksis og rundskriv fra riksadvokaten oppstilt vilkår som må være oppfylt for at metodene kan anvendes. Den grunnleggende rettsavgjørelsen der vilkårene for å anvende ekstraordinære etterforskningsmetoder ble utpenslet er Rt. 1984 s. 1076. I saken hadde politiet benyttet bevisprovokasjon ved å tre inn i mistenktes telefonkontakt med en narkotikaleverandør og avtalt levering. Spørsmålet i saken var om bevis som var innhentet ved bruk av bevisprovokasjonen måtte avskjæres, noe Høyesterett kom frem til at de ikke måtte. I dommen fremgår det at det grunnleggende vilkåret for å kunne anvende ekstraordinære etterforskningsmetoder er at «politiet [ikke] fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått».²⁴ Videre fremgår det at etterforskning med provokasjonstilsnitt bare kan brukes ved alvorlige lovovertridelser, og bare når vanlige etterforskningsmetoder må anses for å være utilstrekkelige (subsidiaritetskravet). Det sies også at det kan være grunn til å stille nærmere krav til utførelsesmåten, og til beslutningsprosessen og kontrollen som finner sted innenfor påtalemyndigheten.²⁵

Høyesterett har nylig, i HR-2020-2137-A, stadfestet at bevisprovokasjon som etterforskningsmetode kun kan anvendes i tilfeller hvor grunnvilkåret – slik det er beskrevet i Rt. 1984 s. 1076 – er oppfylt, og at metoden kun kan brukes ved mistanke om alvorlige straffbare handlinger og når andre tradisjonelle etterforskningsmetoder er utilstrekkelige.²⁶ I tillegg fremgår det av avgjørelsen at metodebruken må være proporsjonal og ikke være i strid med andre prosessuelle grunnprinsipper. Førstevoterende uttalte også at det kreves en «fullgod» saksbehandling både når vedtaket om å bruke metoden fattes og under gjennomføringen.²⁷ HR-2020-2137-A omhandlet hvorvidt bevis som politiet hadde innhentet

²² Nilsen (2021) punkt 5.5 s. 112 - 128 med videre henvisninger.

²³ Nilsen (2021) s. 114.

²⁴ Rt. 1984 s. 1076 s. 1080.

²⁵ Rt. 1984 s. 1076 s. 1080.

²⁶ HR-2020-2137-A avsnitt 34.

²⁷ HR-2020-2137-A avsnitt 34.

gjennom å benytte seg av tiltaltes identiteter på nettet, uten at han visste det, var ulovlig ervervede bevis. Høyesteretts flertall kom frem til at bevisene ikke var ulovlig innhentet. Riksadvokaten har i rundskriv RA-2018-2 lagt til grunn de samme vilkårene for anvendelse av provokasjon.²⁸

Ifølge riksadvokatens rundskriv RA-2018-2 punkt 2.1 er vilkårene for å bruke infiltrasjon «vesentlig mindre strenge» enn for provokasjon, siden politiet ikke påvirker en straffbar handling gjennom deres handlemåte.²⁹ I punktet er det fremhevet at grunnvilkåret for å anvende infiltrasjon fremgår av strpl. § 224 første ledd, hvor det heter at man kan foreta etterforskning når det «er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold». Dernest pekes det på at når det gjelder tilleggsvilkårene er det ikke noe krav om at det straffbare forholdet må dreie seg om alvorlig kriminalitet, slik det kreves for å kunne anvende provokasjon. Riksadvokaten uttaler også i punkt 2.4 og 2.5 at det gjelder et forholdsmessighetskrav for å benytte seg av infiltrasjon og at metoden ikke må være i strid med andre prosessuelle grunnprinsipper.³⁰

Riksadvokatens rundskriv gir uttrykk for at vilkårene for å bruke provokasjon og infiltrasjon er noe ulike. Det kan imidlertid utledes av førstevoterendes uttalelse i HR-2020-2137-A at vilkårene som oppstilles i dommen vil gjelde for både infiltrasjon og bevisprovokasjon. Det ble uttalt at «[m]åten prova er framkomne på kan nok karakteriserast som ein hybrid mellom provprovokasjon og infiltrasjon, men for å forenkle omtaler eg dette i det fylgjande som provprovokasjon».³¹ Ettersom mange provokasjonstilfeller også vil utgjøre en form for infiltrasjon, er det naturlig å karakterisere metodene som hybridløsninger, noe som med styrke taler for at vilkårene for bruk av metodene bør være de samme. I det følgende legges det dermed til grunn at vilkårene for å anvende bevisprovokasjon som ble oppstilt i HR-2020-2137-A også gjelder for bruk av infiltrasjon.

1.4 Hensyn bak adgangen

I Norge tok politiet i bruk ekstraordinære etterforskningsmetoder fordi kriminaliteten utviklet seg på en del områder, og de tradisjonelle etterforskningsmetodene ikke lenger strakk til.³²

²⁸ RA-2018-2 s. 3-5.

²⁹ RA-2018-2 s. 6.

³⁰ RA-2018-2 s. 7.

³¹ HR-2020-2137-A avsnitt 24.

³² NOU 1997: 15 punkt 3.3.3.8 s. 41.

Riksadvokaten har i den anledning gitt uttrykk for at politiet i større grad måtte avdekke straffbare forhold selv, fordi det ikke ble gitt anmeldelser.³³ Det heter videre at dette spesielt gjaldt for narkotikakriminalitet og annen kriminalitet hvor det ikke var en fornærmet som hadde interesse i å få oppklart saken.³⁴ Videre fremgår det av rundskrivet at narkotikakriminaliteten ofte skjedde i profesjonelle miljøer, og var vanskelig å avdekke.³⁵ Det var for eksempel slik at kjøperne av de narkotiske stoffene ikke anmeldte selgerne fordi de selv hadde en interesse i å få stoffet. På grunn av dette tillot man blant annet bruk av etterforskningsmetodene infiltrasjon og provokasjon.³⁶

Denne begrunnelsen for bruk av metodene gjelder fremdeles. I NOU 1997: 15 ble det trukket frem at for kriminalitetstyper hvor det er vanskelig å oppklare lovbrudd ved bruk av tradisjonelle etterforskningsmetoder, vil ekstraordinære etterforskningsmetoder «i større grad kunne gjøre politiet i stand til på en bedre måte å avdekke og bekjempe slik alvorlig kriminalitet».³⁷ I Rt. 2000 s. 1345 uttalte Høyesterett at «[d]et har lenge vært lagt til grunn i rettspraksis at politiet må ha adgang til i en viss utstrekning å benytte utradisjonelle eller ekstraordinære etterforskningsmetoder i bekjempelsen av alvorlig og samfunnstruende kriminalitet, særlig hvor det ikke er noen privat fornærmet, og hvor man gjerne kommer til kort med de tradisjonelle metoder».³⁸ I saken hadde politiet beslaglagt domfeltes mobiltelefon og besvart to henvendelser. Spørsmålet var om informasjonen politiet fikk gjennom henvendelsene var å anse for å være ulovlig ervervede bevis, noe Høyesterett mente at det ikke var. Etter dette kan det slås fast at infiltrasjon og bevisprovokasjon er effektive måter for å bekjempe alvorlig kriminalitet, på områder der tradisjonelle etterforskningsmetoder ikke strekker til.

Et annet bærende hensyn som fremheves ved begrunnelsen av politiets adgang til å bruke ekstraordinære etterforskningsmetoder, er hensynet til tilliten til politiet. I politiloven (politil.) § 2 nr. 2 og 3 fremgår det at politiet skal «forebygge kriminalitet og andre krenkelser av den offentlige orden og sikkerhet» og «avdekke og stanse kriminell virksomhet og forfølge straffbare forhold i samsvar med regler gitt i eller i medhold av lov». Avledet av politiets «plikt» til å avdekke og forfølge lovbrudd, eksisterer det en forventning blant borgerne om at

³³ RA-1993-3 s. 1.

³⁴ Tilfeller der det ikke er en privat fornærmet kalles gjerne «offerløs kriminalitet», se Innst. O. nr. 105 (2003-2003) kapittel 10 s. 9.

³⁵ RA-1993-3 s. 1.

³⁶ For infiltrasjon se Ot.prp. nr. 35 kapittel 18 s. 179. For provokasjon se NOU 1997: 15 punkt 3.3.3.8 s. 41.

³⁷ NOU 1997: 15 punkt 3.3.3.8 s. 42.

³⁸ Rt. 2000 s. 1345 s. 1347.

politiet slår ned på kriminell virksomhet. I tilfeller hvor det begås alvorlig «offerløs kriminalitet» som ikke kommer til politiets kunnskap gjennom bruk av tradisjonelle etterforskningsmetoder, vil hensynet til borgernes tillit til politiet underbygge behovet for å bruke ekstraordinære etterforskningsmetoder på disse områdene. Infiltrasjon og bevisprovokasjon er dermed etterforskningsmetoder som ivaretar borgernes tillit til politiet.

Det kan også oppstilles mothensyn for hvorfor det ikke skal være adgang for politiet til å ta i bruk ekstraordinære etterforskningsmetoder. Disse mothensynene vil bli behandlet i punkt 4.0.

1.5 Metoden og rettskildebildet på området

Masteroppgaven er både rettsdogmatisk og rettspolitisk. Dagens rettstilstand vil bli beskrevet (de lege lata), og det vil bli foretatt en drøftelse om hvorvidt rettstilstanden bør endres (de lege ferenda). Gjennomgående i oppgaven vil det bli gjort egne betraktninger. Fremstillingen bygger på juridisk metode slik den er fremstilt av Nils Nygaard.³⁹

I mangel av lovregulering er politiets adgang til å bruke etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon som nevnt over regulert av høyesterettspraksis og rundskriv fra riksadvokaten. Høyesterettspraksis som omhandler temaet er derfor en rettskilde av stor relevans, og rettskilden har høy rettskildemessig vekt. Rundskriv fra riksadvokaten derimot, er ment som en intern instruks fra overordnet påtalemyndighet til underordnede tjenestepersoner, og er ikke bindende for domstolene.⁴⁰ Hvilken vekt rundskriv har vil også variere. Siden riksadvokaten i RA-2018-2 utpensler adgangen til å bruke infiltrasjon og bevisprovokasjon, kan det tale for at innholdet i rundskrivet må tillegges stor vekt. Det er imidlertid slik at når rundskriv kun er ment som en intern instruks, må det legges til grunn at RA-2018-2 har lik rettskildemessig vekt som juridisk teori.

Siden oppgaven skal belyse de konstitusjonelle skrankene for bruk av infiltrasjon og bevisprovokasjon som etterforskningsmetoder, vil Grunnloven og EMK som rettskilder være lex superior andre argumentasjonsressurser, herunder høyesterettsavgjørelser. Det følger av menneskerettsloven (mrl.) § 2 nr. 1 at EMK skal gjelde som norsk lov. Etter mrl. § 3 skal EMK ved motstrid gå foran nasjonal lovgivning. Ettersom tolkningen av EMK gjøres av Den

³⁹ Nygaard (2004).

⁴⁰ Rt. 1984 s. 1076 s. 1081.

europiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), vil EMD-praksis også ha høy rettskildemessig vekt.

Andre rettskilder som vil brukes i masteroppgaven er andre internasjonale konvensjoner, norske lovbestemmelser, forarbeider og teori.

1.6 Den videre fremstillingen og avgrensning

I punkt 2.0 gjøres det først rede for de konstitusjonelle skrankene for bruk av infiltrasjon og bevisprovokasjon som etterforskningsmetoder. Fremstillingen begrenses til Grl. § 113 og Grl. § 102, jf. EMK artikkel 8. I punkt 3.0 drøfter jeg spørsmålet om politiets adgang til å bruke de nevnte etterforskningsmetodene bør lovreguleres. I punkt 4.0 vil det knyttes noen bemerkninger til hvilke rettslige utfordringer som foreligger når etterforskningsmetodene brukes, før jeg i punkt 5.0 vil knytte noen avsluttende bemerkninger til oppgavens problemstilling.

2.0 Konstitusjonelle skranker for bruk av infiltrasjon og bevisprovokasjon

2.1 Innledende bemerkninger

Politiets adgang til å bruke ekstraordinære etterforskningsmetoder begrenses av Grunnloven og EMK. I Grl. § 92 heter det at «[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Bestemmelsen viser at staten har en dobbel gjennomføringsforpliktelse; menneskerettighetene etter den nevnte konstitusjonen og konvensjonen skal respekteres, og rettighetene skal sikres ved positive tiltak, for eksempel gjennom lovgivning.⁴¹ Den sistnevnte forpliktelsen kalles sikringsplikten.⁴² Hvis staten ikke respekterer menneskerettighetene etter konstitusjonen og konvensjonen, eller unnlater å gripe inn når de har en sikringsplikt, har de ikke oppfylt sin plikt etter Grl. § 92. Sikringsplikten fremgår også av EMK artikkel 1 der det heter at «De høye Kontraherende Parter skal sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjon». Begrunnelsen bak den doble gjennomføringsforpliktelsen er å ivareta formålet med EMK og Grunnloven, som er å forhindre vilkårlig myndighetsutøvelse.⁴³

I denne delen av oppgaven vil det redegjøres for hvilke rettigheter staten plikter å respektere når det gjelder bruk av etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon, og om staten, slik rettstilstanden er i dag, respekterer disse rettighetene jf. Grl. § 92 jf. EMK artikkel 1. I punkt 2.2 vil jeg se nærmere på hvilke prinsipper som ligger til grunn for tolkningen av grunnlovsbestemmelser og EMK. Videre vil jeg i punkt 2.3 redegjøre for legalitetsprinsippet etter Grl. § 113. Jeg vil i den forbindelse se nærmere på det materielle og det formelle lovskravet prinsippet oppstiller. I punkt 2.3.4 vil det bli foretatt en inngående drøftelse av når infiltrasjon og bevisprovokasjon utgjør et inngrep etter Grl. § 113, før jeg i punkt 2.3.5 vil redegjøre for om dagens praksis oppfyller legalitetsprinsippet lovskrav.

⁴¹ Aall (2018) s. 58.

⁴² Møse (2002) s. 92.

⁴³ Se Nilsen (2021) punkt 6.5.1 s. 198 med videre henvisninger.

2.2 Tolkning av konstitusjonelle bestemmelser

2.2.1 Tolkning av grunnlovsbestemmelser

Utgangspunktet for tolkning av grunnlovsbestemmelser er lovens ordlyd.⁴⁴ Dersom en ordlydstolkning etterlater tolkningstvil, må man se hen til hvilken løsning som «best samsvarer med en avveining av samtlige rettskildefaktorer og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne».⁴⁵ Ifølge Kierulf gir Høyesterett med dette uttrykk for at «dersom ordlyden isolert sett ikke gir rom for tolkningstvil, så er det ikke adgang til å fravike ordlydstolkningen på grunnlag av andre rettskildefaktorer, som for eksempel uttalelser i forarbeidene eller formålsbetraktninger [...]. Det er først når man har konstatert at ordlyden etterlater tolkningstvil at man kan «gå videre» og ta andre rettskildefaktorer i betraktning».⁴⁶

En rettskilde man kan bruke i tolkningen av grunnlovsbestemmelser er forarbeidene. Ifølge Dokument 16 (2011-2012) skal forarbeidene tillegges mindre vekt enn hva som gjelder ved tolkning av formell lov.⁴⁷ Begrunnelsen for en slik tilnærming er at forarbeidene til Grunnloven normalt har vært «nokså sparsomme og av eldre karakter», og at Grunnloven «skal fungere i ulike tidsperioder, slik at den konkrete avgrensningen av bestemmelsens innhold med nødvendighet må farges av nåtiden». Dette gjør at innholdet i grunnlovsbestemmelsene kan endre seg med samfunnsutviklingen.⁴⁸ Likevel uttaler Aall at nye forarbeidsuttalelser kan være viktige tolkningsbidrag, særlig hvis de er utførlige.⁴⁹ Han presiserer imidlertid i forlengelsen av dette at forarbeidene trolig vil tape betydning med tiden, etter hvert som forarbeidene «fortrenges av andre mer dynamiske rettskildefaktorer».

Når Grunnloven skal tolkes skal det gjøres formålsbetraktninger, og det skal ses hen til Høyesterettspraksis.⁵⁰ Å bruke egen rettspraksis vil være med på å sikre forutberegnelighet og likhet for loven.⁵¹ Som redegjort for i punkt 1.5 gjelder EMK som norsk lov, og EMK skal ved motstrid gå foran nasjonal lov. Dette betyr at når Grunnloven tolkes må det også ses hen til EMK og til EMD-praksis som tolker bestemmelsene i EMK.⁵² Norges Grunnlov kan ikke tolkes på en slik måte at den ikke oppfyller Norges folkerettslige forpliktelser.

⁴⁴ Se Aall (2018) s. 36.

⁴⁵ Rt. 2014 s. 1281 avsnitt 48.

⁴⁶ Kierulf (2018) note 256D punkt ii) andre og tredje avsnitt.

⁴⁷ Dokument 16 (2011-2012) punkt 15.2.1 s. 86 - 87.

⁴⁸ Dokument 16 (2011-2012) punkt 15.2.1 s. 86 - 87.

⁴⁹ Aall (2018) s. 37.

⁵⁰ Aall (2018) s. 38 og 44.

⁵¹ Aall (2018) s. 44.

⁵² Aall (2018) s. 46-48.

Grunnlovsbestemmelser kan imidlertid tolkes strengere enn internasjonale forpliktelser, ettersom internasjonale forpliktelser kun utgjør et minimumsvern.⁵³

I de tilfellene der norsk rett ikke regulerer tilfellet, eller der det foreligger en utilsiktet motstrid mellom en internrettslig regel og en folkerettslig norm, skal presumsjonsprinsippet benyttes i tolkningsprosessen.⁵⁴ Presumsjonsprinsippet går ut på at når det er tvil om hvordan en lovbestemmelse skal tolkes, skal man bruke det tolkningsalternativet som fører til at bestemmelsen ikke strider mot folkeretten.⁵⁵

2.2.2 Tolkning av Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Det er EMD som har det siste ordet ved tolkningen av EMK.⁵⁶ Ved tolkning av EMK skal tolkningsprinsippene nedfelt i artiklene 31 til 33 i Wien-konvensjonen om traktatretten legges til grunn.⁵⁷ I Artikkel 31 punkt 1 fremgår det at konvensjonsbestemmelsen skal tolkes «in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose». Ved tolkning av konvensjonsbestemmelser skal det, etter dette, tas utgangspunkt i forståelsen av ordlyden, sett i lys av konteksten og formålet. I Artikkel 32 fremgår det at forarbeider kun har en sekundær rolle ved konvensjonstolkningen. Dette er blant annet fordi multilaterale traktater i stor grad er preget av motstridende uttalelser om politiske målsettinger.⁵⁸

EMD har i sin rettspraksis lagt stor vekt på formålsbetraktninger og hensynet til effektivisering av konvensjonsvernet når de har tolket EMK.⁵⁹ Dette har resultert i at EMD har tolket konvensjonsbestemmelsene dynamisk, slik at de er i samsvar med tidens oppfatninger og krav.⁶⁰ I tolkningen av EMK skal det også tilstrebes å foreta konsekvens- og harmonibetraktninger. En bestemmelse bør ikke tolkes slik at den vil føre til en regel som motvirker en annen, eller slik at en annen regel blir overflødig.⁶¹ Også praksis fra konvensjonsstatene vil være av betydning når det gjelder den enkelte stats handlingsrom

⁵³ Dokument 16 (2011-2012) punkt 15.2.2 s. 87.

⁵⁴ Dokument 16 (2011-2012) punkt 15.2.2 s. 88 med videre henvisninger.

⁵⁵ Dokument 16 (2011-2012) punkt 15.2.2 s. 88.

⁵⁶ Aall (2018) s. 44.

⁵⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969 og *Golder v. The United Kingdom* [P] 1975, no. 4451/70 punkt 29.

⁵⁸ Aall (2018) s. 37.

⁵⁹ Aall (2018) s. 38 og 39.

⁶⁰ Aall (2018) s. 39.

⁶¹ Aall (2018) s. 40 og 41.

(skjønnsmargin) ved anvendelse av rettighetene.⁶² EMD bruker også egen EMD-praksis når de tolker EMK.⁶³

2.3 Legalitetsprinsippet

2.3.1 Innledende betraktninger

Legalitetsprinsippet har tradisjonelt blitt formulert som et krav om at ethvert inngrep offentlige myndigheter gjør i borgernes rettssfære må ha hjemmel i lov.⁶⁴ Tidligere var legalitetsprinsippet konstitusjonell sedvanerett,⁶⁵ men i dag er prinsippet kodifisert i Grl. § 113 hvor det fremgår at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Grunnlovfestingen av legalitetsprinsippet var ikke ment å endre rettstilstanden.⁶⁶

Legalitetsprinsippets krav om at inngrep i individets rettssfære krever «grunnlag i lov» setter skranker for statens mulighet til å bruke ulovfestede ekstraordinære etterforskningsmetoder som infiltrasjon og bevisprovokasjon, når metodene anses for å utgjøre et «inngrep».

Legalitetsprinsippets formål er å forebygge maktmisbruk og vilkårlighet fra forvaltningens side gjennom å sikre forutberegnelighet.⁶⁷ Videre fremmer prinsippet demokratisk legitimitet.⁶⁸ Maktfordelingsprinsippet bygger på at statsmakten fordeles mellom den utøvende, den dømmende og den lovgivende makt.⁶⁹ Tanken bak prinsippet er at «makt stanser makt», og formålet bak prinsippet er å hindre maktmisbruk.⁷⁰ Ifølge Grl. § 49 utøver folket «den lovgivende makt ved Stortinget». Bestemmelsen viser at Stortinget representerer befolkningen, og at Stortinget gir uttrykk for «folkeviljen».⁷¹ Lover som er vedtatt av Stortinget vil på bakgrunn av dette normalt ha stor demokratisk legitimitet. Foruten kravet om at inngripende myndighetsutøvelse må ha grunnlag i lov (lex scripta-kravet), oppstiller legalitetsprinsippet også kvalitative krav til lovgivningen (lex certa-kravet).⁷² Det stilles krav

⁶² Aall (2018) s. 43.

⁶³ Aall (2018) s. 44.

⁶⁴ Dokument 16 (2011-2012) punkt 41.3 s. 246.

⁶⁵ Dokument 16 (2011-2012) punkt 41.2 s. 246.

⁶⁶ Dokument 16 (2011-2012) punkt 41.5 s. 248.

⁶⁷ Hopses/Solberg (2005) s. 88 og Knophs (2019) s. 623.

⁶⁸ Nilsen (2021) s. 143. Med demokratisk legitimitet menes i denne sammenheng at statens myndighetsutøvelse har aksept og støtte i befolkningen, se Thorsen (2021).

⁶⁹ Andenæs/ Fliflet (2017) s. 93.

⁷⁰ Andenæs/ Fliflet (2017) s. 93.

⁷¹ Andenæs/ Fliflet (2017) s. 171.

⁷² Auglend (2016) s. 166 – 169 og tilsvarende Nilsen (2021) s. 142 – 145.

om tilstrekkelig klar og tydelig lovgivning.⁷³ Dette temaet vil bli behandlet nærmere i punkt 2.3.3.2.

I den videre drøftelsen vil vilkårene «inngrep» og «grunnlag i lov» i Grl. § 113 behandles nærmere. I min analyse vil jeg vise til sentrale høyesterettsavgjørelser og EMD-avgjørelser for å belyse vilkårenes innhold. Med vilkåret «myndighetene» i Grl. § 113 menes, i denne sammenheng, den offentlige forvaltningsvirksomhet, inkludert statsforvaltningen utøvd av regjeringen og Stortinget.⁷⁴ Vilkåret «overfor den enkelte» skal forstås slik at både fysiske og juridiske personer omfattes.⁷⁵

2.3.2 «Inngrep»

Enhver myndighetsutøvelse vil kunne anses som byrdefull uten at det nødvendigvis utgjør et «inngrep» etter Grl. § 113. Hverken Grl. § 113, dens forarbeider eller Grunnloven for øvrig gir anvisning på hva som ligger i vilkåret «inngrep». Etter en naturlig språklig forståelse kan «inngrep» forstås som urettmessig innblanding.⁷⁶ Dette innebærer at det foreligger et «inngrep» etter Grl. § 113 dersom myndighetene foretar en urettmessig innblanding i individets rettssfære. I norsk rettslitteratur fremgår det at med «inngrep» menes at noen «pålegges å gjøre, tåle eller unnlate noe, men da slik at det må dreie seg om et kvalifisert (inngripende) forhold som rammer den enkelte».⁷⁷ Vurderingen av om myndighetsutøvelsen utgjør et «inngrep» etter Grl. § 113 må vurderes i lys av tiltakets art, omfang og varighet.⁷⁸ Etter dette vil statens myndighetsutøvelse kunne karakteriseres som et «inngrep» etter Grl. § 113 når den griper inn i den enkeltes rettssfære ved at vedkommende må «gjøre, tåle eller unnlate noe», i en utstrekning som overskrider en gitt tålegrense.

2.3.3 Lovskravet

Vilkåret «grunnlag i lov» i Grl. § 113 angir hvilket hjemmelskrav som kreves når politiets bruk av etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon utgjør et inngrep. Legalitetsprinsippet etter Grl. § 113 oppstiller både et formelt og et materielt lovskrav.⁷⁹ Det formelle lovskravet omhandler hvilken rettskilde som kan påberopes som det primære

⁷³ Auglend (2016) s. 167.

⁷⁴ Nilsen (2021) s. 110.

⁷⁵ Andenæs/ Fliflet (2017) s. 275.

⁷⁶ På nettsiden til Det Norske Akademis ordbok (NAOB) under ordet «inngrep» fremgår det under punkt 4 at et «inngrep» kan være urettmessig innblanding, se link, <https://naob.no/ordbok/inngrep> (lest 01.12.2021).

⁷⁷ Auglend/Mæland (2016) s. 159.

⁷⁸ Hopsnes/Solberg (2005) s. 120 – 121.

⁷⁹ Denne sontringen er i teori også omtalt som legalitetsprinsippets formelle og materielle dimensjon, se Auglend (2016) s. 166 og 167 og tilsvarende Nilsen (2021) s. 142 – 148.

rettsgrunnlaget i en tolkningsprosess, som har som formål å avklare rettsregelens innhold. Prinsippets materielle lovskrav omhandler hvilke krav som stilles til rettskilden.⁸⁰

Formålet bak lovskravet fremgår av Rt. 2014 s. 1105, der det ble uttalt at:⁸¹

«Lovskravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. også Grunnloven § 98 første ledd som slår fast at '[a]lle er like for loven'. Lovkravet støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grunnloven § 75 [bokstav] a og den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos en folkevalgt nasjonalforsamling: Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for.»

Kjennelsen fremhever at formålet bak lovskravet er å fremme forutberegnelighet, motvirke vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, samtidig som lovskravet ivaretar den demokratiske legitimiteten som utspringer fra maktfordelingsprinsippet.

2.3.3.1 Det formelle lovskravet

Med formuleringen «grunnlag i lov» i Grl. § 113 siktes det i utgangspunktet kun til lover som er gitt av Stortinget i henhold til Grl. §§ 76 følgende eller øvrige rettsregler som kan utledes av formell lovgivning.⁸² Teoretikere, blant annet Nilsen, har imidlertid tatt til orde for at når politiet bruker inngripende myndighetsutøvelse, bør lovskravet være like strengt som på strafferettens område.⁸³ På strafferettens område oppstilles det et skjerpet lovskrav.⁸⁴ I Grl. § 96 heter det at «[i]ngen kan dømmes uten etter lov [...]», og av bestemmelsen fremgår det at det kreves formell lov for å dømme noen. Det skjerpede lovskravet på strafferettens område fremgår også av høyesterettspraksis. I HR-2016-1833-A konstaterte retten at politiet ikke hadde hjemmel til å låse opp mobiltelefonen til siktede gjennom bruk av tvang, der de holdt siktedes finger over «fingeravtrykkavleseren» på mobiltelefonen. Formålet var å åpne mobiltelefonen for å få tilgang til bevis. Påtalemyndigheten ble ikke hørt med at tvangsbruken falt inn under strpl. § 157 om kroppslig undersøkelse. Kjennelsen viser det strenge lovskravet

⁸⁰ Denne forståelsen kommer til uttrykk i Nilsen (2021) s. 140 – 148.

⁸¹ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26.

⁸² Dette ble uttalt i dokument 16 (2011-2012) punkt 41.2 s. 246 og 247 der legalitetsprinsippet som konstitusjonell sedvanerett beskrives. Ettersom lovfestingen ikke var ment å endre rettsstilstanden, se fotnote 66, må det legges til grunn at dette utpensler hva som ligger i vilkåret «grunnlag i lov» i Grl. § 113.

⁸³ Nilsen (2021) s. 141.

⁸⁴ Høyesterett uttalte blant annet i Rt. 2014 s. 238 avsnitt 15 at «Grunnloven § 96 har tradisjonelt ikke vært tolket særlig strengt [...]. I nyere høyesterettspraksis er det imidlertid foretatt en innstramning av kravet til presis beskrivelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen.»

som gjelder for bruk av tvangsinngrep under etterforskning. Uten å gå mer inn på temaet, legges det til grunn at det formelle lovskravet i norsk rett når det gjelder bruk av politiaer myndighetsutøvelse, er at det kreves grunnlag i formell lov eller i medhold av formell lov for å kunne anvende metodene.

Grunnlovens bestemmelser skal, som tidligere nevnt, tolkes i lys av internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av. Det er sikker rett at EMK gir uttrykk for et lovskrav. Som eksempel kan det vises til EMK artikkel 8 nr. 2 hvor det fremgår at «[d]et skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven [...]». Med dette oppstiller EMK artikkel 8 et formelt lovskrav. Formuleringen «i samsvar med loven» kan etter en ordlydstolkning forstås som at et inngrep må ha hjemmel i formell lov. Dette er imidlertid ikke tilfellet, ettersom også generelle prinsipper og ulovfestet nasjonal rett med videre kan oppfylle det formelle lovskravet.⁸⁵ Når EMK artikkel 8 oppstiller krav om at myndighetsutøvelsen må være «i samsvar med loven», siktes det til den enkelte stat sitt krav til normering av inngripende myndighetsutøvelse.⁸⁶ Ettersom vårt nasjonale legalitetsprinsipp oppstiller et krav om «grunnlag i lov», kan det dermed legges til grunn at vårt nasjonale formelle lovskrav er strengere enn det som kan utledes fra EMK. I denne sammenheng kan det også påpekes at det formelle lovskravet i norsk rett ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet og forutsigbarhet. Det formelle lovskravet etter EMK ivaretar imidlertid ikke hensynet til demokratisk legitimitet, siden lovskravet ikke krever formell lov. Lovskravet til EMK vil ivareta hensynet til forutberegnelighet kun hvis det materielle lovskravet er oppfylt.⁸⁷ Det materielle lovskravet vil bli behandlet i punkt 2.3.3.2.

Når det gjelder legalitetsprinsippets formelle lovskrav kan det, etter dette, slås fast at når infiltrasjon og bevisprovokasjon utgjør et inngrep, må vilkåret «grunnlag i lov» etter Grl. § 113 forstås som at det kreves formell lov eller i medhold av formell lov for å kunne bruke metodene.

⁸⁵ Aall (2018) s. 124.

⁸⁶ Nilsen (2021) s. 182 med videre henvisninger.

⁸⁷ Hopsnes/Solberg (2005) s. 88.

2.3.3.2 Det materielle lovskravet

Et formelt lovskrav gir kun mening dersom det samtidig oppstilles kvalitative krav til tolkingen og etableringen av normer på legalitetsprinsippets område.⁸⁸ Det bringer oss over til legalitetsprinsippets andre dimensjon, nemlig de materielle kravene til lovgivningen.

I HR-2018-1907-A uttalte Høyesterett at «[d]e kvalitative krav til lovhjemmelen innebærer at loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater».⁸⁹ På forvaltningsrettens område har Høyesterett gitt uttrykk for at det materielle lovskravet er relativisert. I Rt. 1995 s. 530 (Råfisk) uttalte førstevoterende at «kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes».⁹⁰ Et relativt legalitetsprinsipp innebærer at det oppstilles ulike kvalitative krav til lovhjemmelen avhengig av hvilket rettsområde man befinner seg på, og at lovskravet skjerpes proporsjonalt med inngrepets karakter ut fra en glideskala.

Bruk av polisiære tiltak, også som etterforskningsmetoder, har karakter av å være forvaltningsmyndighetsutøvelse ettersom de er bestemmende for rettigheter og plikter for enkeltindivider.⁹¹ Videre vil flere av forvaltningslovens regler om saksbehandling gjøre seg gjeldende for bruken av polisiære tiltak.⁹² Etter dette er det naturlig å karakterisere bruk av polisiære tiltak som utøvelse av forvaltningsmyndighet. Å operere med et relativt legalitetsprinsipp på forvaltningsrettens område er naturlig, siden det er vesentlige forskjeller mellom det å få et tilleggskrav i forbindelse med utøvelse av en rettighet som har forankring i en konsesjon, kontra det å bli utsatt for politiets polisiære inngripende tiltak under etterforskning. Spørsmålet i det følgende er om det også innenfor politiets polisiære virksomhet kan legges til grunn et relativisert legalitetsprinsipp. Med «polisiær virksomhet» menes «aktiviteter som utføres av profesjonelle organisasjoner med politimyndighet».⁹³ Uten å gå nærmere inn på spørsmålet legger jeg til grunn, slik Nilsen gjør, at når det gjelder polisiær myndighetsutøvelse må det legges til grunn et tilsvarende krav om klar og presis lovgivning som på strafferettens område.⁹⁴

⁸⁸ Nilsen (2021) s. 144 og 145.

⁸⁹ HR-2018-1907-A avsnitt 51.

⁹⁰ Rt. 1995 s. 530 s. 537.

⁹¹ Se definisjonen av enkeltvedtak, jf. fvl. § 2 første ledd b. Med begrepet «polisiære tiltak» menes her generelle forbyggende tiltak, skjulte og/eller hemmelige metoder, normeringshandlinger som krever at individet må gjøre, tåle eller unnlate noe, faktiske handlinger rettet direkte mot individet og frihetsberøvelser, se Nilsen (2021) s. 327 figur 16.

⁹² Blant annet vil forvaltningslovens kapittel VI og VIII kunne anvendes. Man vil blant annet ha klageretten etter fvl. § 28.

⁹³ Nilsen (2021) s. 41 med videre henvisning til Auglend (2016) s. 21.

⁹⁴ Nilsen (2021) s. 160 og 161.

EMD-praksis har også utpenslet hva som ligger i det materielle lovskravet. I *The Sunday Times v. The United Kingdom* uttalte EMD følgende om lovskravet:⁹⁵

«Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail».

Saken handlet om hvorvidt et publiseringsforbud var et inngrep i ytringsfriheten etter EMK artikkel 10 nr. 1, og avgjørelsen gir en generell uttalelse om EMKs lovskrav. Av avgjørelsen fremgår det at lovskravet kan være oppfylt hvis hjemmelen er tilstrekkelig presis og tilgjengelig, slik at borgerne kan innrette seg etter den. I *Malone v. The United Kingdom* ble lovskravet presisert, idet retten la til grunn at kravet om forutberegnelighet senkes noe på etterforskningsstadiet:⁹⁶

«...the requirements of the Convention, notably in regard to foreseeability, cannot be exactly the same in the special context of interception of communications for the purposes of police investigations as they are where the object of the relevant law is to place restrictions on the conduct of individuals».

I avgjørelsen mistenkte politiet at klageren drev med «dishonest handling of stolen goods»,⁹⁷ og spørsmålet i saken var om telefonavlytting av klagerens telefon var i strid med EMK artikkel 8. EMD uttalte at begrunnelsen for standpunktet over var at:⁹⁸

«...the requirement of foreseeability cannot mean that an individual should be enabled to foresee when the authorities are likely to intercept his communication so that he can adapt his conduct accordingly».

Til tross for dette, fremhevet retten i samme avsnitt at selv om kravet til forutberegnelighet ikke er like strengt på etterforskningsstadiet, stilles det krav om en tilstrekkelig presis hjemmel. Det heter at:

⁹⁵ *Sunday Times v. The United Kingdom* [P] 1979, no. 6538/74 punkt 49.

⁹⁶ *Malone v. The United Kingdom* [P] 1984, no. 8691/79 punkt 67.

⁹⁷ *Malone v. The United Kingdom* [P] 1984, no. 8691/79 punkt 13.

⁹⁸ *Malone v. The United Kingdom* [P] 1984, no. 8691/79 punkt 67.

«Nevertheless, the law must be 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 for private life and correspondence».

Avgjørelsen må, etter min mening, forstås slik at det stilles et krav om at hjemmelen politiet bruker på etterforskningsstadiet må være så tilgjengelig og presis at borgerne kan få klare indikasjoner om når, og i hvilken utstrekning, politiet kan gripe inn i noens privatliv, jf. EMK artikkel 8, men at den ikke må være så presis at kriminelle kan unngå politiets etterforskningsmetoder fordi de vet for mye om de ulike metodene.

Etter dette kan det slås fast at når det gjelder det materielle lovskravet etter Grl. § 113 for polisier myndighetsutøvelse, stilles det krav om en tilgjengelig lovhjemmel, som er like klar og presis som på strafferettens område, men ikke så presis at kriminelle kan unngå politiets etterforskningsmetoder. For tilfellene der politiet bruker infiltrasjon og bevisprovokasjon, vil det bety at hjemmelen politiet bruker må være tilgjengelig og så klar og presis at mistenkte tydelig vet hva som skal til for at politiet kan foreta handlinger som griper inn i vedkommendes rettsfære, men at den ikke må være så presis at etterforskningsmetodene vil bli ineffektive.

2.3.4 Når utgjør infiltrasjon og bevisprovokasjon et inngrep etter Grl. § 113?

Når det gjelder infiltrasjon og bevisprovokasjon er dette etterforskningsmetoder som har en grense mot retten til privatliv. Retten til privatliv er en vernet rettsfære, og hvis politiet krenker denne rettigheten vil det anses for å være et inngrep. For å svare på når infiltrasjon og bevisprovokasjon vil utgjøre et inngrep etter Grl. § 113, må det derfor tas stilling til når politiets bruk av etterforskningsmetodene krenker retten til privatliv. I det følgende vil jeg først trekke frem norske høyesterettsavgjørelser som omhandler bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder. Deretter vil jeg redegjøre for hva som ligger i retten til privatliv, og drøfte når infiltrasjon og bevisprovokasjon vil utgjøre et inngrep i denne retten.

Spørsmålet om hvorvidt bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder utgjør et «inngrep» har vært til behandling i Høyesterett. Den grunnleggende dommen er som nevnt over Rt. 1984

s. 1076, hvor Høyesterett la til grunn at bevisprovokasjonen som ble brukt i saken ikke var å anse for å være et inngrep. Høyesterett uttalte følgende:⁹⁹

«Som nevnt, har de domfelte gjort gjeldende at bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder krever lovhjemmel. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for en slik oppfatning. [...] I og for seg er det klart at enkelte etterforskningskritt representerer et slikt inngrep overfor den det rettes mot, at det ut fra legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel. Men jeg kan ikke se at bruk av slike ekstraordinære etterforskningsmetoder som det er tale om i vår sak, er av en slik art».

I HR-2020-2137-A, som også omhandlet bevisprovokasjon, tok Høyesterett stilling til om prinsippet som ble lagt til grunn i Rt.1984 s. 1076 om at det «ikkje var krav om lovheimel for [bevisprovokasjonen]» fremdeles gjorde seg gjeldende «i lys av auka vektlegging av legalitetsprinsippet og samfunnsutviklinga elles».¹⁰⁰ Flertallet kom frem til at det «ikkje [var] grunn til å fråveke setninga frå Rt-1984-1076 om at det ikkje er krav om lovheimel for slike utradisjonelle etterforskningsmetodar som har blitt nytta i saka her».¹⁰¹ Flertallet tok ikke stilling til om bevisprovokasjonen var et «inngrep» etter Grl. § 113. Mindretallet i HR-2020-2137-A derimot drøftet om bevisprovokasjonen utgjorde et «inngrep» etter Grl. § 113. Det ble konkludert bekreftende og uttalt at inngrepet «krev lovgrunnlag».¹⁰² Mindretallet pekte også på hvorfor Rt. 1984 s. 1076 ikke kunne tillegges avgjørende vekt i saken. Det ble uttalt at i 2020-saken var det politiet som tok initiativet, kommunikasjonsmetodene hadde endret seg slik at man måtte se på «politiets identitetsovertakingar med sikte på innhenting av prov med andre augo enn før» og at lovskravet på området hadde blitt forsterket de siste årene.¹⁰³

Flertallets begrunnelse i HR-2020-2137-A for hvorfor det ikke ble krevet lovhjemmel for at politiet skulle kunne bruke bevisprovokasjonen kan kritiseres. Rettens flertall la blant annet vekt på at dersom Stortinget mente at etterforskningsmetoden som ble brukt i saken ikke hadde tilstrekkelig lovhjemmel var «det nærliggjande at Stortinget ville ha gjeve uttrykk for det» da Grunnloven § 113 ble vedtatt i 2014.¹⁰⁴ Denne begrunnelsen gir i seg selv grunnlag for undring. Hadde Høyesterett en berettiget forventning om at Stortinget skulle gjennomgå all forvaltningspraksis der inngripende myndighetsutøvelse var basert på ulovfestet rett, for deretter å positivt angi hvilke, som i lys av Grunnlovsreformen, burde lovreguleres? Det er

⁹⁹ Rt. 1984 s. 1076 s. 1079.

¹⁰⁰ HR-2020-2137-A avsnitt 39.

¹⁰¹ HR-2020-2137-A avsnitt 42.

¹⁰² HR-2020-2137-A avsnitt 116.

¹⁰³ HR-2020-2137-A avsnitt 110 til 114.

¹⁰⁴ HR-2020-2137-A avsnitt 40.

mye som tyder på at rettens flertall under realitetsbehandlingen av saken har oversett domstolens rolle som konstitusjonsdomstol.¹⁰⁵ I tillegg til dette er det paradoksalt at selv om flertallet konkluderte med at det ikke var krav om lovhjemmel for å bruke etterforskningsmetoden, fant de likevel grunn til å påpeke at «[i] lys av vedtakinga av Grunnlova § 113 og det rettspolitiske idealet føresegna er berar av, meiner eg tida kan vera mogen for ei nærare lovregulering av utradisjonelle etterforskningsmetodar [...]».¹⁰⁶ Rettens flertall kan også kritiseres for at de ikke tok stilling til om bevisprovokasjonen utgjorde et «inngrep» etter Grl. § 113. På bakgrunn av de overnevnte momentene, mener jeg at flertallets behandling av spørsmålet er kritikkverdig.

Som nevnt over grenser bruk av infiltrasjon og bevisprovokasjon til retten til privatliv. Ettersom et inngrep i retten til privatliv vil anses for å være et «inngrep» etter Grl. § 113, må det tas stilling til når bruk av infiltrasjon og bevisprovokasjon vil utgjøre et inngrep i retten til privatliv.

Retten til privatliv er grunnlovfestet i Grl. § 102 der det fremgår at «[e]nhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon». I Rt. 2015 s. 93 la førstevoterende til grunn at «§102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene»,¹⁰⁷ og denne forståelsen har blitt fulgt opp i senere rettsavgjørelser.¹⁰⁸ Grl. § 102 skal altså ikke forstås strengere enn de folkerettslige konvensjonene Norge er bundet av. Ettersom EMK artikkel 8 hjemler retten til privatliv, må det ses hen til konvensjonsbestemmelsen og tolkningen av denne, for å avklare hva som ligger i retten til privatliv etter Grl. § 102.

I EMK artikkel 8 nr. 1 første ledd heter det at «[e]nhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse». Selv om konvensjonsbestemmelsen verner om fire ulike rettigheter har ikke EMD skilt disse rettighetene fra hverandre i særlig stor grad.¹⁰⁹ Det er også antatt at vilkåret «privatliv» er vidt nok til at det konsumerer de andre rettighetene.¹¹⁰ I det følgende vil derfor kun vilkåret «privatliv» bli behandlet.

Ordlyden av «privatliv» tilsier at det handler om personlige forhold, og at offentlige forhold faller utenfor. I teorien er det tatt til ordet for at med «privatliv» menes «en sfære hvor individet kan motsette seg at andre, det være seg private eller offentlige myndigheter, griper

¹⁰⁵ Temaet vil ikke bli nærmere behandlet i denne sammenheng. Om Høyesteretts rolle som konstitusjonsdomstol, se Bårdsen (2015).

¹⁰⁶ HR-2020-2137-A avsnitt 43.

¹⁰⁷ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

¹⁰⁸ Se blant annet HR-2017-2015-A avsnitt 46.

¹⁰⁹ NOU 2004: 6 punkt 4.3.5.2 s. 36.

¹¹⁰ Aall (2018) s. 214.

inn uten samtykke».¹¹¹ Det er ikke mulig å gi en uttømmende definisjon av hva som omfattes av vilkåret «privatliv», men det er klart at vilkåret omfatter en persons fysiske og psykiske identitet.¹¹² Det er også sikker rett at vilkåret skal forstås bredt.¹¹³ Ut over dette må det foretas en konkret vurdering av når man er innenfor den vernede sonen «privatliv».

Ettersom høyesterett hverken i Rt. 1984 s. 1076 eller i HR-2020-2137-A tok stilling til om bruk av de ekstraordinære etterforskningsmetodene utgjorde et inngrep i Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8, må det ses hen til EMD-praksis for å ta stilling til når bruk av etterforskningsmetodene utgjør et inngrep i retten til privatliv. EMD har behandlet spørsmålet om når infiltrasjon utgjør en krenkelse av retten til privatliv etter EMK artikkel 8 i blant annet avgjørelsene *Lüdi v. Switzerland* og *Rajcoomar v. The United Kingdom*. I begge avgjørelsene mente EMD at infiltrasjonen ikke utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 8. Det må tas stilling til om avgjørelsene på et generelt grunnlag gir uttrykk for hvorvidt infiltrasjon som etterforskningsmetode ikke utgjør en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8.

I *Lüdi-saken* mistenkte politiet at Lüdi drev med narkotikakriminalitet, og de bestemte at en politiagent skulle infiltrere miljøet han befant seg i og utgi seg for å være en potensiell kjøper av kokain. I avgjørelsen tok infiltratøren initiativ til å møte Lüdi 5 ganger.¹¹⁴ EMD kom frem til at politiagentens infiltrasjon ikke utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 8, til tross for at det var politiet som tok initiativ til å treffe Lüdi. Domstolen la vekt på at Lüdi «was running the risk of encountering an undercover police officer», og at han visste at han drev med kriminell virksomhet.¹¹⁵ Det ble også foretatt en konkret vurdering «in the present case».¹¹⁶ At det ble foretatt en konkret vurdering i saken taler for at utfallet av avgjørelsen ikke gjelder for enhver form for infiltrasjon.

I tillegg er det holdepunkter for å si at EMDs begrunnelse i saken er problematisk. Å vektlegge hva den mistenkte tenkte om hva han risikerte som følge av sin kriminelle virksomhet bør ikke tillegges betydning når det skal drøftes om det foreligger en krenkelse av rettighetene i EMK.¹¹⁷ Hvis dette blir et moment i vurderingen av hvorvidt det foreligger en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8, vil det resultere i at den mistenkte ikke har et rettslig vern i tilfeller hvor myndighetene bruker tvangsmidler, ettersom de fleste kriminelle

¹¹¹ Aall (2018) s. 215.

¹¹² Kjølbros (2020) s. 859.

¹¹³ Kjølbros (2020) s. 859.

¹¹⁴ *Lüdi v. Switzerland* [J] 1993, no. 12433/86 punkt 12.

¹¹⁵ *Lüdi v. Switzerland* [J] 1993, no. 12433/86 punkt 40.

¹¹⁶ *Lüdi v. Switzerland* [J] 1993, no. 12433/86 punkt 40.

¹¹⁷ Nilsen (2021) s. 333.

vet hva de risikerer. Dette vil igjen resultere i at myndighetene kan bruke ekstraordinære etterforskningsmetoder mot hvem som helst, hvor som helst og så lenge de vil, uten at bruk av metodene vil anses for å være en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8.

Å vektlegge et subjektivt moment i vurderingen av om det foreligger en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8 vil også kunne resultere i at man ikke ivaretar EMKs overordnede mål, som er å forhindre vilkårlig myndighetsutøvelse.¹¹⁸ Hvis vi tenker oss at politiet i *Lüdi-saken* tok feil i sin mistanke da det de oppfattet som ulovlig befatning med narkotika viste seg å være lovlig bruktbilsalg, hadde politiets infiltrasjon da utgjort en krenkelse av EMK artikkel 8? I det nevnte eksempelet ville ikke Lüdi ha tenkt at han drev med kriminell virksomhet eller at det var en risiko for at han ville møte en undercover-agent. I eksempelet kunne det muligens ha blitt konstatert at infiltrasjonen utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 8, ettersom Lüdi ville hatt et rettslig vern etter konvensjonsbestemmelsen fordi det subjektive elementet manglet. At retten vektlegger subjektive momenter når mistenkte begår kriminelle handlinger, men ikke når mistenkte begår lovlige handlinger, vil føre til vilkårlig myndighetsutøvelse og at mistenkte har ulikt vern etter EMK artikkel 8, basert på hvilke handlinger mistenkte gjør. Man endrer fokus fra å se om handlingen isolert sett utgjør et inngrep i mistenktes rettssfære, til om det foreligger omstendigheter ved personen som tilsier at personen ikke bør være omfattet av vernet. Dette er problematisk, ettersom hvorvidt man har et vern etter EMK bør baseres på en objektiv vurdering, hvor subjektive momenter ikke trekkes inn. Når EMDs tilnærming i *Lüdi-saken* kan resultere i at EMKs formål om å forebygge vilkårlig myndighetsutøvelse ikke ivaretas og at kriminelle ikke har et vern etter Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8, underbygger det slutningen over om at avgjørelsen ikke kan tolkes slik at enhver form for infiltrasjon ikke vil anses for å være en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8.

Rajcoomar v. The United Kingdom omhandlet bruk av informanter og undercover-agenter. I saken var politiet «passive» og klageren tok bevisst initiativ til å begå den straffbare handlingen. I avgjørelsen var klageren fengslet, og i fengselet ble han introdusert til en annen innsatt som arbeidet som informant for politiet. I fengselet forsøkte informanten å overtale klageren til å «become involved in the supply of heroin».¹¹⁹ Begge ble etter hvert løslatt, og informanten introduserte klageren for tre andre politibetjenter som jobbet undercover. Etter hvert tok klageren kontakt med den ene politibetjenter, og tilbød seg å selge heroin til han.

¹¹⁸ Se Nilsen (2021) s. 198 med videre henvisninger.

¹¹⁹ *Rajcoomar v. The United Kingdom* [A] 2004, no. 59457/00 side 2.

Salget foregikk på et hotellrom som politiet hadde installert med overvåkingsutstyr. Da salget var gjennomført ble klageren pågrepet. EMD avviste saken, men de konstaterte at etterforskningsmetoden ikke utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 8.¹²⁰ Det ble vektlagt at klageren «was seeking to engage in some form of criminal activity to raise money after his release from prison, and that he willingly made contact with the various undercover agents with that aim in mind».¹²¹ Retten synes med dette å ha vektlagt i sin avgjørelse at den siktede, på lik linje som i *Lüdi-saken*, visste at han drev med kriminell virksomhet, og dermed «was running the risk of encountering an undercover police officer».

Det kan også knyttes noen kritiske bemerkninger til *Rajcoomar-saken*. I avgjørelsen vektla ikke EMD at det ble brukt etterforskningsmetoder i fengselet da de konstaterte at det ikke forelå krenkelse. Som nevnt over begynte politiet med etterforskningsmetodene da klageren var fengslet. I fengselet forsøkte informanten å overtale klageren til å involvere seg i salg av heroin, og han tilbød seg å introdusere klageren til kriminelle som på utsiden ville kjøpe dopet.¹²² I avgjørelsen uttalte EMD at «it appears that it was [informanten] and the undercover police officers who first raised the idea of organising a drug deal».¹²³ Likevel vektla EMD de subjektive momentene nevnt i avsnittet over. Etter min mening var det en klar sammenheng mellom provokasjonen – som hadde karakter av tiltaleprovokasjon – som fant sted i fengselet, og klagerens oppførsel etter løslatelsen. Klageren ble kjent med informanten i fengselet. Hvis dette møtet ikke hadde skjedd, hadde klageren trolig ikke oppsøkt kontaktpersonen på utsiden. Det er problematisk at EMD så bort fra at det var politiet som først reiste ideen om at klageren skulle begå narkotikakriminalitet, og at de ikke så sammenhengen mellom provokasjonen som ble brukt under fengslingen og klagers oppførsel etter løslatelsen. På grunn av dette, og fordi EMD foretok en konkret vurdering i saken, må det legges til grunn at heller ikke denne avgjørelsen kan tolkes slik at enhver form for infiltrasjon ikke vil anses for å være en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8.

I vurderingen av når infiltrasjon og bevisprovokasjon utgjør et inngrep i relasjon til Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8, er det naturlig å se hen til EMD-avgjørelser som omhandler andre lignende inngripende eller presumtivist mindre inngripende etterforskningsmetoder. EMD-avgjørelsene som skal behandles i det følgende omhandler tilfeller der det drøftes konkret om politiets bruk av etterforskningsmetoder utgjorde en krenkelse av retten til privatliv etter

¹²⁰ *Rajcoomar v. The United Kingdom* [A] 2004, no. 59457/00 side 15.

¹²¹ *Rajcoomar v. The United Kingdom* [A] 2004, no. 59457/00 side 15.

¹²² *Rajcoomar v. The United Kingdom* [A] 2004, no. 59457/00 side 2.

¹²³ *Rajcoomar v. The United Kingdom* [A] 2004, no. 59457/00 side 15.

EMK artikkel 8, tilfeller der det drøftes om statens myndighetsutøvelse utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 8 og tilfeller der det ble brukt skjulte etterforskningsmetoder. Av avgjørelsene kan det derfor utledes vurderingsmomenter som kan brukes for å ta stilling til når infiltrasjon og bevisprovokasjon utgjør en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8.

For å avgjøre når de nevnte etterforskningsmetodene utgjør en krenkelse av EMK Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8, viser EMD-avgjørelser at sontringen om hvorvidt etterforskningsmetodene utføres i noens private sfære eller i det offentlige rom er av sentral betydning i vurderingen. I avgjørelser om overvåkning har EMD vektlagt at den skjulte etterforskningsmetoden skjedde i den mistenktes hjem når de har konstatert krenkelse. I blant annet *Khan v. The United Kingdom* mistenkte politiet B for å drive med narkotikavirksomhet, og de installerte derfor overvåkningsutstyr i hans hjem. Klageren, Khan, besøkte B og sa at han «had been a party to the importation of drugs».¹²⁴ Khan ble arrestert, og i saken var det uomtvistet at overvåkingen i Bs private hjem var en krenkelse av EMK artikkel 8 nr. 1.¹²⁵ EMD mente også det forelå et brudd på EMK artikkel 8 nr. 2 fordi overvåkingen ikke var «in accordance with the law».¹²⁶ Det var fordi «there existed no statutory system to regulate the use of covert listening devices».¹²⁷ I *P.G. and J.H. v. The United Kingdom* var det uomtvistet at overvåkingen som ble gjort i mistenktes leilighet var en krenkelse av EMK artikkel 8.¹²⁸ I saken mistenkte politiet at mistenkte skulle begå et ran, og de installerte derfor «a covert listening device» i leiligheten hans.¹²⁹

EMD-praksis viser imidlertid at også tilfeller der overvåkingen og bruk av etterforskningsmetoder foregår utenfor noens private hjem kan utgjøre en krenkelse av EMK artikkel 8. I *P.G. and J.H.-saken* trakk EMD frem at interaksjon med andre «in a public context» kan falle inn under vilkåret «privatliv».¹³⁰ I *Niemietz v. Germany* anså EMD at arbeidsplassen til klageren var omfattet av både «hjem» og «privatliv». Det ble uttalt at «to interpret the words «private life» and «home» as including certain professional or business activities or premises would be consonant with the essential object and purpose of Article 8 (art. 8), namely to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities [...]».¹³¹ I saken mistenkte politiet at klageren hadde begått økonomisk kriminalitet, og de

¹²⁴ *Khan v. The United Kingdom* [J] 2000, no. 35394/97 punkt 9 og 10.

¹²⁵ *Khan v. The United Kingdom* [J] 2000, no. 35394/97 punkt 25.

¹²⁶ *Khan v. The United Kingdom* [J] 2000, no. 35394/97 punkt 28.

¹²⁷ *Khan v. The United Kingdom* [J] 2000, no. 35394/97 punkt 27.

¹²⁸ *P.G. and J.H. v. The United Kingdom* [J] 2001, no. 44787/98 punkt 37 og 38.

¹²⁹ *P.G. and J.H. v. The United Kingdom* [J] 2001, no. 44787/98 punkt 9 og 12.

¹³⁰ *P.G. and J.H. v. The United Kingdom* [J] 2001, no. 44787/98 punkt 56.

¹³¹ *Niemietz v. Germany* [J] 1992, no. 13710/88 punkt 31.

ransaket kontoret hans i 1 time og 15 minutter for å finne bevis.¹³² EMD kom frem til at ransakingen var en krenkelse av EMK artikkel 8 nr. 1.¹³³ Avgjørelsen viser at etterforskningsmetoder som skjer på arbeidsplassen kan utgjøre en krenkelse av retten til privatliv etter Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8.

Når det skal tas stilling til om overvåkning som skjer utenfor en persons hjem kan gripe inn i retten til privatliv, fremmet EMD i *Uzun v. Germany* flere momenter som gjør seg gjeldende i vurderingen. EMD trakk blant annet frem at når personer bevisst involverer seg i aktiviteter som “may be recorded or reported in a public manner” kan ikke personenes forventning til personvern være en avgjørende faktor når man skal vurdere om det foreligger en krenkelse av EMK artikkel 8.¹³⁴ Av avgjørelsen fremgår det at andre viktige momenter er «whether there has been complication of data on a particular individual, whether there has been processing or use of personal data or whether there has been publication of the material concerned in a manner or degree beyond normal foreseeable».¹³⁵ I saken mistenkte myndighetene at klageren skulle begå kriminelle handlinger, og de utstyrte bilen til hans medhjelper med en GPS-sender. EMD kom frem til at sporingen var en krenkelse av EMK artikkel 8 nr. 1.¹³⁶

Et annet moment i vurderingen av om overvåkning som skjer utenfor en persons hjem omfattes av retten til privatliv, er om informasjonen fra overvåkningen lagres. Dette fremgår blant annet av *P.G. and J.H.-saken*, hvor EMD uttalte at når man skal vurdere om det foreligger et brudd på EMK artikkel 8, i tilfellene der noens private liv blir «effected outside a person’s home or private premises», må man blant annet se om informasjonen fra overvåkningen lagres.¹³⁷ I samme avsnitt ble det fremhevet at «[p]rivate-life considerations may arise, however, once any systematic or permanent record comes into existence of such material from the public domain». I *Uzun-saken* ble det også vektlagt at myndighetene lagret informasjonen fra GPS-overvåkningen da de kom frem til at sporingen var en krenkelse av EMK artikkel 8 nr. 1.¹³⁸

P.G. and J.H.-saken, *Niemietz-saken* og *Uzun-saken* viser at mistenkte har et vern mot innblanding fra staten i sin privates sfære også når man er i det offentlige rom. Av avgjørelsene kan det utledes at det kan foreligge brudd på EMK artikkel 8, og dermed Grl. §

¹³² *Niemietz v. Germany* [J] 1992, no. 13710/88 punkt 11.

¹³³ *Niemietz v. Germany* [J] 1992, no. 13710/88 punkt 33.

¹³⁴ *Uzun v. Germany* [J] 2010, no. 35623/05 punkt 44.

¹³⁵ *Uzun v. Germany* [J] 2010, no. 35623/05 punkt 45.

¹³⁶ *Uzun v. Germany* [J] 2010, no. 35623/05 punkt 52.

¹³⁷ *P.G. and J.H. v. The United Kingdom* [J] 2001, no. 44787/98 punkt 57.

¹³⁸ *Uzun v. Germany* [J] 2010, no. 35623/05 punkt 51 and 52.

102, når politiet bruker etterforskningsmetoder i mistenktes hjem, på mistenktes arbeidsplass og på offentlig plass. Likevel er det klart at man har et sterkere vern når den skjulte etterforskningsmetoden retter seg mot borgerens private hjem,¹³⁹ og at det skal mer til før skjulte etterforskningsmetoder som utføres på offentlige steder kan anses for å utgjøre en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8. Da vil det blant annet være av betydning hvorvidt informasjonen fra overvåkningen lagres.

Videre fremgår det av *Čonka v. Belgium* at myndighetsutøvelsen må overstige et visst minimum av intensitet for at det skal omfattes av EMK artikkel 8.¹⁴⁰ Avgjørelsen handlet om utviste asylsøkere, men har overføringsverdi til oppgaven ettersom den omhandler EMK artikkel 8. Hvilken intensitet som kreves av myndighetsutøvelsen kan ikke konstateres generelt, ettersom EMD foretar en konkret vurdering i hver sak. I *Lüdi v. Switzerland* mente EMD at 5 møter mellom Lüdi og infiltratøren ikke var å anse for å være en krenkelse av EMK artikkel 8.¹⁴¹ Her ble det, som nevnt over, vektlagt at klageren visste at han drev med kriminell virksomhet og at det var en risiko for at han ville møte en undercover politiagent.¹⁴² I *Uzun v. Germany* varte GPS-overvåkningen i 3 måneder, og det ble konstatert krenkelse av EMK artikkel 8 nr. 1.¹⁴³ I saken vektla EMD at politiet bedrev systematisk lagring av dataene, og at politiet brukte dataen de samlet inn til å «draw up a pattern of the applicant's movements, to make further investigations and to collect additional evidence at the places the applicant had travelled to, which was later used at the criminal trial against the applicant[...]».¹⁴⁴ Avgjørelsene viser at det ikke kan bestemmes konkret når omfanget av myndighetsutøvelsen vil overstige minimumet av intensitet for at det skal konstateres krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8, men at det må foretas en konkret vurdering i hver sak.

I tilfellene der bruk av infiltrasjon og bevisprovokasjon ikke har grunnlag i lov, vil det uansett, etter min mening, fremstå som lite formålstjenlig å fastsette en konkret grense for når bruk av metodene må anses å overstige minimumsgraden av intensitet. Hvis en slik grense settes, er det fare for at det utøves vilkårlig myndighetsutøvelse. For å forhindre vilkårlig myndighetsutøvelse, stilles det krav om at myndighetsutøvelsen må fremme et legitimt formål

¹³⁹ NOU 2004: 6 punkt 4.3.5.2 s. 36.

¹⁴⁰ *Čonka v Belgium* [J] 2002, no. 51564/99 og Kjølbros (2020) s. 859.

¹⁴¹ *Lüdi v. Switzerland* [J] 1993, no. 12433/86 punkt 12 og 40.

¹⁴² *Lüdi v. Switzerland* [J] 1993, no. 12433/86 punkt 40.

¹⁴³ *Uzun v. Germany* [J] 2010, no. 35623/05 punkt 51 og 52.

¹⁴⁴ *Uzun v. Germany* [J] 2010, no. 35623/05 punkt 51.

og at tiltaket må være nødvendig og forholdsmessig.¹⁴⁵ Når politiet bruker infiltrasjon og bevisprovokasjon, vil de i begynnelsen av operasjonen ikke ha kunnskap om tiltakets intensitet i tid. Hvis det settes en konkret grense for når minimumsgraden av intensitet er oversteget, må politiet avbryte tiltaket når de står i fare for å overskride grensen. I slike tilfeller vil bruken av tiltaket fremstå som vilkårlig, fordi tiltaket ikke var egnet til å realisere formålet.

I vurderingen av når politiets metodebruk utgjør en krenkelse av retten til privatliv, har EMD også lagt vekt på hvor stor grad av mistanke myndighetene hadde mot den mistenkte. Dette ble blant annet trukket frem i *Teixeira de Castro v. Portugal*. Domstolen kom frem til at bruken av infiltratører var i strid med EMK artikkel 6 nr. 1, og de vektla blant annet at myndighetene hadde liten mistanke om at klageren bedrev narkotikakriminalitet da de iverksatte infiltrasjonen, og at de ikke opptrådte passivt da de «instigated the offence».¹⁴⁶ Avgjørelsen har overføringsverdi til vurderingen av om det foreligger krenkelse av EMK artikkel 8, fordi den omhandler bruk av undercover-agenter, altså en skjult etterforskningsmetode.

Basert på den nevnte EMD-praksisen er det på et generelt grunnlag vanskelig å oppstille kriterier som gir en klar anvisning om når bruken av infiltrasjon og bevisprovokasjon vil utgjøre en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8. På et gitt tidspunkt vil både infiltrasjon og bevisprovokasjon utgjøre et inngrep, avhengig av tiltakets intensitet og utstrekning. Hvorvidt metodebruken vil utgjøre en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8 må avgjøres etter en glideskalavurdering, hvor det må foretas en konkret vurdering basert på vurderingskriteriene som det er gjort rede for ovenfor. Basert på avgjørelsene over kan det likevel legges til grunn at der infiltrasjonen og bevisprovokasjonen foregår på offentlig sted, stilles det høyere krav til intensiteten og varigheten av metodene for at de skal anses å utgjøre en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8, enn der metodene brukes i noens private hjem.

I drøftelsen av når infiltrasjon og bevisprovokasjon vil utgjøre et inngrep etter Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8 er det også interessant å sammenligne etterforskningsmetodene med GPS-overvåkning. Infiltrasjon og bevisprovokasjon er etterforskningsmetoder som er mer inngripende enn GPS-sporing. I *Uzun v. Germany* kom EMD som nevnt frem til at GPS-overvåkningen utgjorde et brudd på EMK artikkel 8 nr. 1. Hvis man sammenligner infiltrasjon

¹⁴⁵ Aall (2018) s. 150 - 152.

¹⁴⁶ *Teixeira de Castro v. Portugal* [J] 1998, no. 25829/94 punkt 38 og 39.

og bevisprovokasjon med GPS-sporing, er det store forskjeller mellom etterforskningsmetodene. GPS-sporing er et mindre inngripende tiltak enn infiltrasjon og bevisprovokasjon, fordi man kun registrerer hvor den mistenkte befinner seg til enhver tid. Ved infiltrasjon og bevisprovokasjon oppsøkes den mistenkte, og gjennom sitt nærvær erverver politiet også informasjon av mer privat karakter. Videre er det slik at ved infiltrasjon og bevisprovokasjon påvirker politiet også den mistenkte.¹⁴⁷ Hvis man bruker en «fra det mer til det mindre»-betraktning kan det argumenteres for at infiltrasjon og bevisprovokasjon som etterforskningsmetoder må anses for å være en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8 hvis informasjonen som innhentes lagres. Likevel, siden EMK i flere tilfeller ikke har konstatert krenkelse når infiltrasjon har blitt brukt, og fordi det må gjøres en konkret vurdering i hver sak basert på vurderingsmomentene over, kan dette synet ikke legges til grunn.

Selv om det ikke kan konstateres generelt når etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon vil utgjøre en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8, er det, basert på rettspraksisen overfor, noen tilfeller som klart vil og ikke vil utgjøre en krenkelse. Tilfeller som ikke vil utgjøre en krenkelse er situasjoner der den mistenkte selv tar initiativ til å begå den straffbare handlingen, og der politiet forholder seg passive mens etterforskningsmetoden pågår. Når det derimot gjelder tilfeller som klart vil utgjøre en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8, vil det være tilfeller der infiltrasjonen eller bevisprovokasjonen skjer i mistenktes private hjem, metoden er intensiv og varig og informasjonen lagres. I tilfellene der infiltrasjonen og bevisprovokasjonen utgjør en krenkelse av Grl. § 102 jf. EMK artikkel 8, vil metodene også anses for å være et «inngrep» etter Grl. § 113.

2.3.5 Oppfyller dagens praksis legalitetsprinsippets lovskrav?

Når det gjelder hvorvidt legalitetsprinsippets materielle lovskrav etter Grl. § 113 er oppfylt, er det forsvarlig å hevde at kravet trolig ville vært oppfylt hvis vilkårene for å anvende etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon hadde vært inntatt i formell lov eller i forskrift hjemlet i lov. Uten å ta nærmere stilling til spørsmålet legges det til grunn at Høyesterett sin utpensling av vilkårene for å bruke metodene, sammenholdt med riksadvokatens regulering i rundskriv i RA-2018-2, er tilstrekkelig klare, presise og tilgjengelige til å oppfylle legalitetsprinsippets materielle lovskrav jf. Grl. § 113.

¹⁴⁷ Om påvirkning, se punkt 1.2.

Legalitetsprinsippets formelle lovskrav etter Grl. § 113 oppstiller som nevnt i punkt 2.3.3.1 et krav om grunnlag i formell lov eller i medhold av formell lov når politiet skal bruke infiltrasjon og bevisprovokasjon, og metodene anses for å være et inngrep. Jeg er enig med Høyesteretts mindretall i HR-2020-2137-A som tar til ordet for at når det er snakk om å «gripe inn overfor den tiltalte» med formål å innhente bevis, oppstiller Grl. § 113 krav om «heimel i lov», og at slik lovhjemmel ikke finnes.¹⁴⁸ Ettersom politiets adgang til å bruke infiltrasjon og bevisprovokasjon når metodene utgjør et inngrep ikke er regulert i formell lov eller i medhold av formell lov, er det formelle lovskravet jf. Grl. § 113 ikke oppfylt. Statens sikringsplikt etter Grl. § 92 jf. EMK artikkel 1 er dermed heller ikke overholdt.

¹⁴⁸ HR-2020-2137-A avsnitt 98 følgende.

3.0 Bør virksomheten lovreguleres?

3.1 Bærende hensyn av betydning for spørsmålet om lovregulering

Med utgangspunkt i både rettens flertall i HR-2020-2137-A sin uttrykkelige henstilling om at metodebruken bør lovreguleres, og mindretallets påpekning om at metoden i dag savner grunnlag i lov, skal jeg i den videre drøftelsen kort drøfte hvorvidt politiets adgang til å bruke infiltrasjon og bevisprovokasjon bør reguleres ved formell lov, også for de tilfellene der metodene ikke utgjør et inngrep. Argumenter for og mot lovfesting vil trekkes frem, ettersom begge sider må hensyntas ved en lovregulering.

3.1.1 Sikre demokratisk legitimitet

Foruten å sikre forutberegnelighet for borgerne, skal legalitetsprinsippets krav om «grunnlag i lov» også bidra til å sikre at inngripende myndighetsutøvelse har demokratisk legitimitet.¹⁴⁹ Som nevnt i punkt 2.3.1 vil lover gitt av Stortinget være et uttrykk for folkeviljen, og dermed sikre demokratisk legitimitet. Når adgangen til å bruke infiltrasjon og bevisprovokasjon er ulovfestet betyr det at dagens rettstilstand ikke er gitt en forankring i folkeviljen. Hensynet til den demokratiske legitimiteten er dermed ikke ivaretatt. Demokratisk legitimitet er særlig viktig for inngripende handlinger som staten foretar, noe som gjør det svært problematisk at adgangen til å bruke inngripende etterforskningsmetoder som infiltrasjon og bevisprovokasjon ikke er lovfestet. Om dette uttalte mindretallet i HR-2020-2137-A at «[d]et er eit openbert behov for å sikre demokratisk legitimitet til slike etterforskningsmetodar som denne saka gjeld».¹⁵⁰

3.1.2 Uforutsigbar rettsstilling øker faren for vilkårlig myndighetsutøvelse

Som nevnt avslutningsvis i punkt 2.3.4 vil infiltrasjon og bevisprovokasjon i noen tilfeller klart anses for å være et inngrep, og noen tilfeller vil klart falle utenfor. For alle de andre tilfellene vil det bero på tiltakets intensitet og varighet hvor på glideskalaen man er, og om tiltaket utgjør et inngrep slik at lovhjemmel kreves. Dagens rettstilstand har resultert i at man har en uavklart rettsstilling, der man må foreta konkrete vurderinger i hver sak. Uten klare rammer for politiets adgang til å bruke de nevnte etterforskningsmetodene er dagens

¹⁴⁹ Nilsen (2021) s. 143.

¹⁵⁰ HR-2020-2137-A avsnitt 117.

rettsstilling for mistenkte uforutsigbar, og metodene kan resultere i vilkårlig myndighetsutøvelse. Dette taler med styrke for at metoder og virksomheter der det er en glideskalavurdering ut fra intensitet om noe sklir over i å anses for å være et inngrep, bør lovreguleres.

3.1.3 Kriminaliseringshensynet

Det kan tas til orde for at det ikke er fare for at politiet skaper kriminalitet når infiltrasjon og bevisprovokasjon brukes, ettersom et grunnvilkår for å anvende etterforskningsmetodene er at politiet ikke fremprovoserer en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått.¹⁵¹ Selv om dette grunnvilkåret eksisterer, er det likevel en fare for at politiet skaper kriminalitet når etterforskningsmetodene brukes. Dette gjelder særlig ved tilfeller av tiltaleprovokasjon. Dette er fordi politiet bruker provokasjonen på et tidspunkt i hendelsesforløpet der den mistenkte fremdeles har mulighet til å ikke gjennomføre den straffbare handlingen, noe som ikke er tilfellet ved bevisprovokasjon. Tidlig i et hendelsesforløp kan det også være vanskelig for politiet å skille mellom det som er indikasjoner og forberedelser på straffbare handlinger, og det som er dagligdags adferd.¹⁵² Faren for at politiet skaper kriminalitet foreligger imidlertid også ved bevisprovokasjon. Dette er fordi det kan oppstå situasjoner når metoden anvendes, der politiet ikke kan unngå å skape ny kriminalitet. Kriminaliseringshensynet gjør seg også gjeldende for infiltrasjon, ettersom politiet gjennom infiltrasjonen passivt kan påvirke den mistenkte til å begå straffbare handlinger.¹⁵³

Hopsnes har også trukket frem at provokasjon fra politiets side kan lede personer som ikke har begått kriminelle handlinger inn i kriminelle miljøer. Han peker på at dette både kan skyldes at hvis personer vanker i et miljø hvor det begås kriminell virksomhet kan man bli stemplet som kriminell, og at hvis man først fengsles, vil et fengselsopphold i mange tilfeller føre til at den som er fengslet «innsosialiseres» i en rolle som kriminell. Dette vil igjen øke risikoen for at den mistenkte begår flere lovbrudd.¹⁵⁴ Når det er en fare for at politiet kan lede personer inn i kriminelle miljøer når provokasjon brukes, er det en fare for at politiet skaper kriminalitet. Kriminaliseringshensynet taler klart for lovfesting.

¹⁵¹ HR-2020-2137-A avsnitt 34 jf. avsnitt 24.

¹⁵² Auglend/Mæland (2016) s. 428.

¹⁵³ Om påvirkning, se punkt 1.2.

¹⁵⁴ Hopsnes (2003) s. 71.

3.1.4 Fare for misbruk

Når infiltrasjon og politiprovokasjon anvendes er det en fare for at etterforskningsmetodene misbrukes. Fliflet har uttalt at dagens manglende lovfesting av bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder åpner for bruk av skjønn «som lett kan føre på avveie», og at en lovfesting vil bidra til at metodene ikke blir misbrukt eller brukt vilkårlig.¹⁵⁵ Hopsnes har trukket frem at når mistenkte etter ytre påvirkning fra politiet kan begå straffbare handlinger, utgjør provokasjon som metode et «betydelig misbrukspotensial».¹⁵⁶ Hopsnes uttaler at provokasjon kan misbrukes på flere måter. Politiet kan misbruke provokasjon ved å fremprovosere straffbare handlinger for å kriminalisere bestemte personer. Hvis dette skjer, kan statens maktapparat misbrukes på en slik måte at politiske og personlige fiender kan fjernes.¹⁵⁷ Hopsnes trekker også frem at provokasjon også kan misbrukes ved at politiet anvender metoden på en slik måte at de skaper kriminalitet, eller at de påvirker en mistenkt til å begå en mer alvorlig kriminell handling enn det vedkommende i utgangspunktet tenkte.¹⁵⁸

I litteraturen har det blitt trukket frem at misbrukshensynet vil være begrenset så lenge «det gjennomføres en effektiv kontroll med politiet og hederligheten i politiet er god».¹⁵⁹ Det er imidlertid ikke alltid mulig å gjennomføre en slik kontroll av virksomheten. Ved infiltrasjon er det for eksempel slik at den enkelte polititjenestepersonen er avskåret fra direkte kontroll fra sin nærmeste leder mens infiltrasjonen pågår. Polititjenestepersonen kan dermed selv misbruke metoden, fordi den overordnede ikke kan føre kontroll. At det ikke alltid er mulig å gjennomføre en slik kontroll ble også trukket frem i evalueringen av Jensen-saken, der det blant annet ble uttalt at siden Jensen ikke fulgte informantregelverket var det ikke «mulig å kontrollere virksomheten hans».¹⁶⁰ I Jensen-saken ble den tidligere politimannen Eirik Jensen dømt for medvirkning til narkotikasmugling og grov korrupsjon. Som As informantbehandler hadde Jensen mottatt fordeler fra A, ved å gi A informasjon som tilrettela for narkotikavirksomheten hans. Retten mente også at Jensen hadde unnlatt å gripe inn mot A, når han hadde en plikt til det.¹⁶¹

¹⁵⁵ Fliflet (2017) s. 308.

¹⁵⁶ Hopsnes (2003) s. 71.

¹⁵⁷ Hopsnes (2003) s. 71.

¹⁵⁸ Hopsnes (2003) s. 71 og 118.

¹⁵⁹ Se Hopsnes (2003) s. 72 med videre henvisninger.

¹⁶⁰ Borgerud m.fl. (2021) s. 12.

¹⁶¹ TOSLO-2015-153804-5 punkt 9.4.1, 10.3 og 10.4 jf. LB-2017-170785-4

Jensen-saken omhandlet imidlertid bruk av informanter. En informant er en person man får opplysninger eller informasjon fra.¹⁶² På strafferettens område benytter politiet seg av informanter ved at informantene gir opplysninger om andres kriminelle aktiviteter.¹⁶³ Informanter brukes særlig i etterforskning av «offerløse forbrytelser» som narkotikasaker, der fornærmede og vitner ikke vil stå frem.¹⁶⁴ Ved bruk av informanter vet ikke personen som informanten møter at vedkommende jobber for politiet, og at intensjonen er å samle informasjon som kan føre til straffansvar. Bruk av informanter kan dermed også anses for å være en form for skjult etterforskning, og metoden har likhetstrekk med infiltrasjon og bevisprovokasjon. Jensen-saken illustrerer at når det brukes ekstraordinære etterforskningsmetoder, er det ikke alltid mulig å kontrollere virksomheten, noe som kan resultere i at metoden misbrukes. At det ikke kan utføres tilstrekkelig kontroll når etterforskningsmetodene brukes, slik at det blir en fare for misbruk, taler klart for lovgivning.

Det må bemerkes at faren for misbruk i større grad vil gjøre seg gjeldende ved tiltaleprovokasjon enn ved bevisprovokasjon. Dette er fordi ved bevisprovokasjon er den straffbare handlingen allerede begått, og mistenktes interesse vil være mindre verneverdig.¹⁶⁵ Det er imidlertid slik at når bevisprovokasjon brukes er det en fare for at metoden brukes på uskyldige personer. Det samme gjelder for infiltrasjon. Misbrukshensynet vil dermed også gjøre seg gjeldende for infiltrasjon og bevisprovokasjon.

3.1.5 Betenkelig at adgangen er ulovfestet når provokasjon i prinsippet er straffbar medvirkning

I NOU 2004: 6 ble det trukket frem av utvalgets flertall at når det gjelder provokasjon «er det betenkelig at de sentrale vilkår for å benytte en metode som innebærer at politiet i prinsippet utfører straffbar medvirkning, er ulovfestet».¹⁶⁶ Når politiet bruker provokasjon er det nemlig slik at politiet vil medvirke psykisk til den straffbare handlingen.¹⁶⁷ Utvalgets flertall fremhevet videre at «[l]ovligheten av en så prinsipielt betenkelig metode bør ikke baseres på at politiet i kraft av strafferettens rettsstridsreservasjon kan begå straffbare handlinger. Lex-superior-prinsippet tilsier således at metoden bør være hjemlet i formell lov».¹⁶⁸ Uttalelsene

¹⁶² Nilstun (2018).

¹⁶³ Holmberg (2014) s. 174.

¹⁶⁴ Holmberg (2014) s. 174.

¹⁶⁵ Hopsnes (2003) s. 72.

¹⁶⁶ NOU 2004: 6 punkt 10.7.5.1 s. 198.

¹⁶⁷ NOU 2004: 6 punkt 7.5.2.2 s. 85.

¹⁶⁸ NOU 2004: 6 punkt 10.7.5.1 s. 198.

må forstås slik at siden det av straffeloven fremkommer at slik medvirkning er ulovlig, tilsier lex superior-prinsippet at myndighetene bør vise til en lov av tilsvarende trinnhøyde, hvor det fremgår av handlingen likevel er tillatt. Når lovligheten av bruk av provokasjon fremgår av strafferettens rettsstridsreservasjon, er jeg enig med utvalget om at dette er svært betenkelig. Dette taler for at adgangen til å bruke metoden bør være underlagt formell lov.

3.1.6 Metodene er «modne» for lovregulering

Hvorvidt adgangen til å anvende etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon bør lovreguleres har vært utredet flere ganger, og Høyesterett har i flere avgjørelser kommet med uttalelser som kan forstås som en direkte anmodning om at metodene bør lovreguleres. I Rt. 1984 s. 1076 fremgikk det at lovgiver hadde «avstått fra å gi regler om når bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder kan aksepteres». ¹⁶⁹ Fliflet har uttalt at dette var en klar oppfordring til lovgiver om at noe måtte gjøres. ¹⁷⁰ Også i HR-2020-2137-A uttalte førstvoterende at «[i] lys av vedtakinga av Grunnlova § 113 og det rettspolitiske idealet føresegna er berar av, meiner eg tida kan vera mogen for ei nærare lovregulering av utradisjonelle etterforskningsmetodar [...]». ¹⁷¹

I NOU 2004: 6 (Politimetodeutvalget) punkt 1.3.3.1 ble det trukket frem at rekkevidden av den alminnelige handlefriheten som hjemmel for å bruke infiltrasjon og provokasjon, og forholdet til lovskravet, kunne være problematisk. ¹⁷² I samme punkt trakk flertallet i utvalget frem blant annet at «flere av de politimetoder som i dag anvendes uten lovhjemmel, faller inn under den vernede sfære etter EMK artikkel 8 (1), og således krever hjemmel i lov.» Flertallet konkluderte derfor med at hjemmelsgrunnlaget for bruk av infiltrasjon og provokasjon burde fremgå av formell lov, og at adgangen burde lovfestes. I punktet ble det også trukket frem at en lovfesting ville være i samsvar med «trenden i Europa». I NOU 2016: 24 (Straffeprosessutvalget) ble dette fulgt opp, og utvalget sluttet seg til Politimetodeutvalgets forslag om at adgangen burde lovfestes. ¹⁷³ Straffeprosessutvalget la også vekt på at en lovregulering kunne «åpne for effektivisering av metodene ved at ellers ulovlig virksomhet tillates» og at «[d]en menneskerettslige – og til dels nasjonale – utviklingen i retning av et

¹⁶⁹ Rt. 1984 s. 1076 s. 1079.

¹⁷⁰ Fliflet (2017) s. 307.

¹⁷¹ HR-2020-2137-A avsnitt 43.

¹⁷² NOU 2004: 6 punkt 1.3.3.1 s. 17.

¹⁷³ NOU 2016: 24 punkt 14.10.2 s. 343.

skjerpet lovskrav også på straffeprosessens område tilsier at disse metodene lovfestes, om enn ikke i detalj». ¹⁷⁴ Disse argumentene taler klart for at adgangen bør lovfestes.

3.2 Argumenter mot en lovfesting

En av de største innvendingene mot å lovfeste adgangen til å anvende provokasjon har vært at det vil være lovteknisk vanskelig å lage en lovhjemmel. ¹⁷⁵ Riksadvokat Dorenfeldt uttalte i 1978 at det ville være «meget vanskelig å formulere» en bestemmelse om hvor grensen går for hva som er tillatt provokasjon. ¹⁷⁶ Dette argumentet ble imidlertid brukt som argument på slutten av 70-tallet, da metoden var ny. ¹⁷⁷ På den tiden visste man heller ikke hvilke problemstillinger som ville oppstå i forbindelse med bruk av etterforskningsmetoden, noe som også gjorde det vanskelig å lage en lovhjemmel. ¹⁷⁸ Det må legges til grunn at den samme innvendingen gjelder for infiltrasjon, ettersom dette også er en ekstraordinær etterforskningsmetode som ikke er lovregulert. Argumentet om at det vil være teknisk vanskelig å lage en lovhjemmel gjør seg imidlertid ikke lenger gjeldende. I høyesterettspraksis og i rundskriv fra riksadvokaten har det blitt utpenslet klare retningslinjer og vilkår for å kunne anvende metodene. ¹⁷⁹ Dette kan enkelt overføres til en lovbestemmelse. I tillegg har etterforskningsmetodene blitt brukt i mange år, og politiet og rettsstaten har opparbeidet seg kunnskap om de problematiske sidene ved etterforskningsmetodene som det kan tas høyde for i lovfesting.

Et annet motargument som har blitt trukket frem når det gjelder bruk av provokasjon, er at en lovfesting av metoden kan gjøre at metoden blir lite anvendelig. Dette ble blant annet trukket frem i NOU 2004: 6 punkt 10.7.5.1, og det ble vist til erfaringene som ble gjort i Danmark da adgangen til å bruke metoden ble lovfestet. ¹⁸⁰ I punktet ble det uttalt at metoden ble lite anvendelig fordi «vilkårene gjorde det vesentlig vanskeligere å unngå at bakgrunnsinformasjon kommer ut og kilden røpes», det ble oppstilt et forbud mot å bruke sivile provokatører og det ble oppstilt et krav om «særlig bestyrket mistanke». Det ble også trukket frem at «[n]år mistanken er så sterk, vil politiet normalt være kommet så langt i etterforskningen at det vil være liten grunn å bruke provokasjon». Disse forholdene gjør det

¹⁷⁴ NOU 2016: 24 punkt 14.10.2 s. 343 og punkt 3.3.4 s. 107.

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 35 (1978-79) s. 179 og Johansen (2013) s. 231.

¹⁷⁶ Dorenfeldt (1978) s. 302.

¹⁷⁷ Ot.prp. nr. 35 (1978-79) s. 179.

¹⁷⁸ Johansen (2013) s. 231.

¹⁷⁹ Se HR-2020-2137-A og RA-2018-2.

¹⁸⁰ NOU 2004: 6 punkt 10.7.5.1 s. 198.

nærliggende å tro at det ikke var lovfesting som gjorde at metoden ble lite anvendelig, men selve innholdet i de ulike vilkårene.¹⁸¹ Dette underbygges av at erfaring fra Nederland viser at lovfesting av provokasjon ikke har gjort metoden mindre anvendelig.¹⁸² Det kan også stilles spørsmål ved om reduksjonen av bruk av provokasjon i Danmark var legitim, ved at reduksjonen skjedde fordi den ulovfestede praksisen som forelå forut for lovfesting var for vid og omfattende til å anses som legitim.

Det har også blitt trukket frem at en lovfesting av provokasjon kan redusere fleksibiliteten metoden i dag har.¹⁸³ Dette kan imidlertid unngås ved at lovhjemmelen blir utformet på en slik måte at den ivaretar metodens fleksibilitet, og sikrer at metoden blir anvendelig. Lovhjemmelen må være utformet slik at den oppfyller lovskravet, men ikke så detaljert at mistenkte kan tilpasse seg reglene og komme seg unna regelverket. I NOU 2004: 6 trekkes det frem at det ikke vil være aktuelt å lovregulere metoden i en slik detalj at det vil «kunne danne grunnlag for uheldige kontrollrutiner blant personer som begår straffbare handlinger».¹⁸⁴ I tillegg er det slik at Stortinget ikke skal drive med detaljregulering, og at staten har flere måter å normere på.¹⁸⁵ Normeringer kan gjøres gjennom blant annet lov og forskrift, og orienteringer om hvordan disse skal tolkes kan bli gitt i rundskriv.¹⁸⁶ Rundskriv kan være unntatt offentligheten.¹⁸⁷ Dette gjør at Stortinget kan vedta en lovhjemmel hvor vilkårene for å anvende provokasjon fremgår, samtidig som de kan utarbeide interne normeringer med mer detaljerte instruksjoner som er unntatt offentligheten. Dette vil gjøre at lovskravet og den demokratiske legitimiteten blir ivaretatt, og samtidig forhindre at etterforskningsmetodene mister sin fleksibilitet og blir lite anvendelige. Det samme vil gjelde for infiltrasjon. Når det gjelder infiltrasjon må det også påpekes at i Finland, Nederland og England er metoden lovfestet.¹⁸⁸

3.3 Oppsummering

I ovennevnte drøftelse har jeg pekt på en rekke bærende hensyn som, i tillegg til legalitetsprinsippet, med styrke taler for at adgangen til å bruke infiltrasjon og

¹⁸¹ Johansen (2013) s. 231.

¹⁸² NOU 2004: 6 punkt 10.7.5.1 s. 198.

¹⁸³ Ot. Prp. nr. 64 (1998-1999) s. 123.

¹⁸⁴ NOU 2004: 6 punkt 10.7.5.1 s. 198.

¹⁸⁵ Nilsen (2021) s. 132.

¹⁸⁶ Knophs (2019) s. 6 og https://www.regjeringen.no/no/dokument/lover_regler/rundskriv/id1762/ (lest 25.11.2021). Linken viser til siden på regjeringen.no som omhandler rundskriv.

¹⁸⁷ Se offentleglova § 24.

¹⁸⁸ NOU 2004:6 punkt 10.7.4 s. 197.

bevisprovokasjon bør lovfestes. Motargumentene om at en lovregulering er «teknisk» vanskelig og står i fare for å undergrave metodebruken fordi metodene blir lite fleksible og anvendelige, er etter min vurdering ikke lengre holdbare. Jeg mener etter dette at politiets adgang til å bruke etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon bør lovfestes.

4.0 Rettslige utfordringer ved bruk av infiltrasjon og bevisprovokasjon

4.1 Innledende betraktninger

Uavhengig av spørsmålet om lovfesting av adgangen til å bruke infiltrasjon og bevisprovokasjon, vil bruken av metodene reise noen særlige rettslige utfordringer som vanskelig kan adresseres og ivaretas i en lovgivningsprosess. Siden disse utfordringene vil foreligge selv om adgangen lovfestes, er det hensiktsmessig å kort presentere utfordringene avslutningsvis.

4.2 Objektivitetsplikten ikke ivaretatt

Når etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon brukes er det en fare for at påtalemyndighetens objektivitetsplikt ikke blir ivaretatt. Påtalemyndighetens objektivitetsplikt fremgår av strpl. §§ 55a og 226. Ifølge strpl. § 55a fjerde ledd skal påtalemyndighetens tjenestemenn «opptre objektivt i hele sin virksomhet, herunder på etterforskningsstadiet [...]». Videre fremgår det av strpl. § 226 tredje ledd at «[e]r en bestemt person mistenkt, skal etterforskningen søke å klarlegge både det som taler mot han og det som taler til fordel for han». Ifølge Øyen må objektivitetsplikten forstås ut fra målsettingen om at ingen unødig skal utsettes for mistanke. Målet for en etterforskning er å avdekke sannheten, ikke å avdekke en forbrytelse og knytte et straffansvar til en bestemt person.¹⁸⁹

Når politiet har bestemt seg for å bruke etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon, har de allerede en mistanke mot en person. Ofte har politiet klare holdepunkter for mistanken, og formålet med infiltrasjonen eller bevisprovokasjonen er enten å avdekke kriminalitet eller å innhente bevis. Det er dermed en fare for at objektivitetsplikten ikke blir ivaretatt når metodene brukes.

4.3 Rekkevidden av vernet mot selvinkriminering

En annen relevant rettslig problemstilling er hvorvidt mistenktes selvinkrimineringsvern er ivaretatt når etterforskningsmetodene brukes. Vernet mot selvinkriminering fremgår blant annet av Grl. § 95, Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)

¹⁸⁹ Øyen (2019) s. 153.

artikkel 14 nr. 3 bokstav g og strpl. §§ 90 og 232. I Grl. § 95 heter det at «[e]nhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig. [...]». Vernet mot selvinkriminering er også innfortolket i retten til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1. Dette fremgikk blant annet av *John Murray v. The United Kingdom* hvor det ble trukket frem at vernet mot selvinkriminering er en generelt anerkjent internasjonal standard og at vernet «lie the heart of the notion of a fair procedure under Article 6». ¹⁹⁰ EMD-praksis har lagt til grunn at vernet mot selvinkriminering går ut på at enhver som er anklaget for en forbrytelse har rett til å forholde seg taus, og til å ikke inkriminere seg selv. ¹⁹¹ Vernet mot selvinkriminering er absolutt, og hensynet bak regelen er at man skal verne om borgerens frie vilje. ¹⁹² Vernet mot selvinkriminering gjelder som utgangspunkt for den rettslige behandlingen, men feil som ble begått i «pre-trial proceedings» inngår i vurderingen av om vernet er brutt. ¹⁹³ Uten å gå nærmere inn på spørsmålet, legges det i det følgende til grunn at vernet mot selvinkriminering gjelder på ethvert stadium av straffeforfølgningen.

Når infiltrasjon og bevisprovokasjon brukes, lurer man den mistenkte. Den mistenkte vet ikke at han bli utsatt for skjult etterforskning, og vedkommende får ikke tatt et eget valg om hvorvidt han vil forholde seg taus eller ikke. Når metodene anvendes er det dermed en fare for at vernet mot selvinkriminering blir brutt.

4.4 Metodene kan stride mot retten til personvern

Når etterforskningsmetodene infiltrasjon og bevisprovokasjon brukes, kan de gripe inn i mistenktes rett til personvern. Retten til personvern går ut på at staten ikke skal blande seg inn i og følge med på alminnelige personers daglige virke. ¹⁹⁴ Personvern handler også om at man har en rett til privatliv, og rett til å bestemme over egne personopplysninger. ¹⁹⁵ Når infiltrasjon og bevisprovokasjon brukes, blander staten seg inn i mistenktes daglige virke, og det er en fare for at politiet griper inn i mistenktes privatliv. I tillegg er det slik at mistenkte

¹⁹⁰ *John Murray v. The United Kingdom* [GC] 1996, no. 18731/91 punkt 45. I saken hadde mistenkte forholdt seg taus under avhør og i hovedforhandlingen, og domstolen vektla dette i bevisvurderingen da de fant han skyldig i overtredelsen av straffebudet. Et av spørsmålene i saken var om det å vektlegge tausheten i bevisvurderingen var et brudd på EMK artikkel 6, noe EMD konstaterte at det ikke var.

¹⁹¹ Kjølbros (2020) s. 707.

¹⁹² Kjølbros (2020) s. 707 og *Allan v. The United Kingdom* [J] 2002, no. 48539/99 punkt 50.

¹⁹³ *Ibrahim and others v. The United Kingdom* [GC] 2016, no. 50541/08 punkt 251, 253-254 og 274 og Kjelby (2019) s. 145.

¹⁹⁴ Hopsnes (2003) s. 108.

¹⁹⁵ Fremgår av en side på nettsiden til datatilsynet.no som omhandler personvern, se link <https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/hva-er-personvern/> (lest 15.11.2021).

ikke får bestemme over personopplysningene som politiet samler inn når etterforskningsmetodene brukes. Det er dermed en fare for at bruk av infiltrasjon og bevisprovokasjon vil stride mot mistenktes rett til personvern, noe som er en stor rettslig utfordring med etterforskningsmetodene.

5.0 Avsluttende bemerkninger

I masteroppgaven har det blitt redegjort for de konstitusjonelle skrankene for bruk av infiltrasjon og bevisprovokasjon som etterforskningsmetoder. Jeg har i den forbindelse konkludert med at dagens rettstilstand ikke oppfyller lovskravet i Grl. § 113 jf. EMK artikkel 8, og at staten dermed ikke har oppfylt sin doble gjennomføringsforpliktelse etter Grl. § 92 jf. EMK artikkel 1. Det har også blitt redegjort for hvorvidt adgangen til å bruke infiltrasjon og bevisprovokasjon bør lovfestes, og jeg har fremhevet noen sentrale rettslige hensyn som understøtter behovet for lovregulering av metodebruken. Ytterligere har jeg pekt på noen rettslige utfordringer som vil kreve oppmerksomhet uavhengig av om metodebruken lovfestes. Avslutningsvis stiller jeg meg bak det Høyesterett påpekte i HR-2020-2137-A om at tiden er «mogen for ei nærare lovregulering av utradisjonelle etterforskningsmetodar [...]».¹⁹⁶

¹⁹⁶ HR-2020-2137-A avsnitt 43.

Kilderegister

Norske lover

Lov 17. mai 1814 Kongerike Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.).

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Forvaltningsloven – fvl.)

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

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

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

Lov 19. mai 2006 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova – offl.).

Internasjonale konvensjoner

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 04 November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen - EMK).

Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969. (Wien-konvensjonen om traktatretten).

International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966 (entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171. (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)).

Norske lovforarbeid

Ot.prp. nr. 35 (1978-79)

Ot.prp. nr. 35 (1978-79) Om lov om rettergangsmåter i straffesaker (straffesakloven).

NOU 1997: 15

NOU 1997: 15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet. Delutredning II.

Ot.prp. nr. 64 (1998-99)

Ot.prp. nr. 64 (1998-99) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v).

Innst. O. nr. 105 (2002-2003)

Innst. O. nr. 105. (2002-2003) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon).

NOU 2004: 6

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

Dokument 16 (2011-2012)

Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

NOU 2016: 24

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

Rettsavgjørelser

TOSLO-2015-153804-5 jf. LB-2017-170785-4

Rt. 1984 s. 1076 A

Rt. 1995 s. 530 A (Råfisk)

Rt. 2000 s. 1345 A

Rt. 2014 s. 238 A

Rt. 2014 s. 1105 A

Rt. 2014 s. 1281

Rt. 2015 s. 93 A

HR-2016-1833-A

HR-2017-2015-A

HR-2018-1907-A

HR-2020-2137-A

Avgjørelser fra EMD

Allan v. The United Kingdom [J], ECHR:2002:1105JUD004853999.

Čonca v Belgium [J], ECHR:2002:0205JUD005156499.

Golder v. The United Kingdom [P], ECHR:1975:0221JUD000445170.

Ibrahim and others v. The United Kingdom [GC], ECHR:2016:0913JUD005054108.

John Murray v. The United Kingdom [GC], ECHR:1996:0208JUD001873191.

Khan v. The United Kingdom [J], ECHR:2000:0512JUD003539497.

Lüdi v. Switzerland [J], ECHR:1992:0615JUD001243386.

Malone v. The United Kingdom [P], ECHR:1984:0802JUD000869179.

Niemietz v. Germany [J], ECHR:1992:1216JUD001371088.

P.G. and J.H. v. The United Kingdom [J], ECHR:2001:0925JUD004478798.

Rajcoomar v. The United Kingdom [A], ECHR:2004:1214DEC005945700.

Sunday Times v. The United Kingdom [P], ECHR:1979:0426JUD000653874.

Teixeira de Castro v. Portugal [J], ECHR:1998:0609JUD002582994.

Uzun v. Germany [J], ECHR:2010:0902JUD003562305.

Norske rundskriv

RA-1999-3 Etterforskning.

RA-2018-2 Infiltrasjon og provokasjon som etterforskningsmetode – vederlag til politiets kilder.

Litteratur

Aall (2018)

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

Andenæs (2000)

Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess - Bind I*, 3.utgave, Universitetsforlaget 2000.

Andenæs/Fliflet (2017)

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

Auglend (2016)

Auglend, Ragnar L., *Handleplikt, kommandomyndighet og lydighetsplikt i operativt politiarbeid*, 1. utgave, Gyldendal Juridisk 2016.

Auglend/Mæland (2016)

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

Borgerud m.fl. (2021)

Borgerud, Ingeborg Moen m.fl., *Politikorrupsjon – Lederskap, risikoerkjennelse og læring. Rapport fra evalueringsutvalget etter Borgarting lagmannsretts dom av 19. juni 2020*, avgitt til Politidirektoratet 26. mai 2021, hentet fra www.politiet.no, <https://www.politiet.no/globalassets/dokumenter/pod/rapporter/rapport-fra-evalueringsutvalget.pdf>.

Bårdsen (2015)

Bårdsen, Arnfinn, «Norges Høyesterett som konstitusjonsdomstol», i *Lov. Sannhet. Rett. Norges Høyesterett 200 år*, Toril M. Øie, Tore Schei og Jens Edvin A. Skoghøy (red.), Universitetsforlaget 2015, s. 291-316.

Dorenfeldt (1978)

Dorenfeldt, L. J., «Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?», *Lov og rett* 06/1978 side 291-303.

Fliflet (2017)

Fliflet, Arne, «Politimetoder og rettssikkerhet – nå må lovgiver handle», *Lov og rett* 2017/06 s. 307-308.

Holmberg (2014)

Holmberg, Lars, «Hva gjør politiet?» i *Innføring i politivitenskap*, Paul Larsson, Helene O. I. Gundhus og Rolf Granér (red.), Cappelen Damm Akademisk 2014, s. 153-176.

Hopsnes (2003)

Hopsnes, Roald, «Provokasjon som politimetode», *Jussens venner* 2003/2 s. 62-130.

Hopsnes/Solberg (2005)

Hopsnes, Roald og Raymond Solberg, «Legalitetsprinsippet», *Jussens venner* 2005/2 s. 77-105.

Johansen (2013)

Johansen, Ingvild Vågnes, «Lovfesting av politiprovokasjon – er det viktig og riktig?», *Kritisk juss* 03-04/2013 s. 229-233.

Kierulf (2018)

Kierulf, Anine, *Norsk lovkommentar: Grunnloven*, note 256D, Rettsdata.no (lest 30.11.2021).

Kjelby (2019)

Kjelby, Gert Johan, *Påtalerett*, 2. utgave, Cappelen Damm Akademisk 2019.

Kjølbrot (2020)

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere*, 5. utgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2020.

Knophs (2019)

Knophs oversikt over Norges rett ved forfatter Harald Irgens-Jensen, 15. utgave, Universitetsforlaget 2019.

Nilsen (2021)

Nilsen, John Reidar, *Konstitusjonelle skranker for politiets polisiære virksomhetsutøvelse*, Universitetet i Bergen 2021 (disputasutgave).

Nilstun (2018)

Nilstun, Carina, «Informant» Store norske leksikon, 9. mai 2018, <https://snl.no/informant> (lest 23.11.2021).

Nygaard (2004)

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2.utgave, Universitetsforlaget 2004.

Møse (2002)

Møse, Erik, *Menneskerettigheter*, 1. utgave, Cappelen Akademisk Forlag 2002.

Thorsen (2021)

Thorsen, Dag Einar, «Legitimitet» Store norske leksikon, 18.februar 2021,

<https://snl.no/legitimitet> (lest 07.10.21).

Øyen (2019)

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

Andre kilder:

Datatilsynet, «Hva er personvern?», <https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/hva-er-personvern/> (lest 15.11.2021).

Regjeringen, «Rundskriv»,

https://www.regjeringen.no/no/dokument/lover_regler/rundskriv/id1762/ (lest 25.11.2021).

Det Norske Akademis ordbok (NAOB), «inngrep», <https://naob.no/ordbok/inngrep> (lest 01.12.2021).