

Bevisprovokasjon som etterforskningsmetode

*Konstitusjonelle og menneskerettslige skranker for
bruken av bevisprovokasjon*

Kandidatnummer: 183

Antall ord: 14910



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN
10.05.2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema, problemstilling og aktualitet	3
1.2 Metode og rettskildesituasjon.....	4
1.3 Den videre fremstillingen.....	4
2 Bevisprovokasjon som etterforskningsmetode.....	5
2.1 Hva kjennetegner bevisprovokasjon?.....	5
2.2 Tilgrensende etterforskningsmetoder	6
2.3 Sentrale hensyn bak bevisprovokasjonsadgangen.....	8
2.3.1 Innledning.....	8
2.3.2 Hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse.....	8
2.3.3 Tillitten til politiet	9
3 Vilkår og hjemmelsgrunnlag for bruken av bevisprovokasjon	10
3.1 De materielle vilkår	10
3.1.1 Grunnvilkåret	10
3.1.2 Grunnvilkårets betydning for bevisprovokasjonsadgangen	11
3.1.3 Mistanke om alvorlig kriminalitet.....	14
3.2 De prosessuelle vilkår	15
3.2.1 Subsidiaritetskravet	15
3.2.2 Forholdsmessighetskravet	16
3.2.3 I samsvar med prosessuelle grunnprinsipper	17
3.2.4 Beslutningskompetanse, kontroll og notoritet.....	18
3.3 Hjemmelsgrunnlaget	20
4 Legalitetsprinsippet	23
4.1 Utgjør bevisprovokasjon et inngrep som krever lovhjemmel?	23
4.1.1 Hvor vidt favner inngrepsbegrepet?.....	23
4.1.2 Inngrepsterskelen for bevisprovokasjonshandlinger	26
5 Menneskerettighetene som konstitusjonell skranke for bruken av bevisprovokasjon	30
5.1 EMK-inspirert grunnlovstolkning	30
5.2 Retten til respekt for privatlivet som skranke for bevisprovokasjonsadgangen, jf. Grl. § 102 og EMK art. 8	31

5.2.1	Representerer bevisprovokasjonshandlinger et inngrep i en av de vernede rettighetene i EMK art. 8.....	31
5.2.2	Inngrepsadgangen etter EMK art. 8 nr.2.....	34
5.3	Retten til en rettferdig rettergang som skranke for bevisprovokasjonsadgangen, jf. Grl. § 95 og EMK art. 6	39
5.3.1	Saksbehandlingsregler og prosessuelle garantier.....	39
5.3.2	Selvinkrimineringsvernets betydning for bevisprovokasjonsadgangen.....	41
6	Andre momenter av betydning for lovreguleringsspørsmålet.....	45
6.1	Innledning.....	45
6.2	Demokratisk legitimitet.....	45
6.3	Kriminaliserings- og misbrukshensynet.....	45
6.4	Tillitt til politiet	46
6.5	Endringer i rettskulturen.....	48
6.6	Momenter som talte imot lovfesting, gjør seg ikke lenger gjeldende	48
7	Bør bevisprovokasjonsadgangen lovfestes?.....	50
	Kildeliste	51

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Tema for masteroppgaven er bevisprovokasjon som etterforskningsmetode. Hovedformålet er å avklare om, og i hvilken grad, den ulovfestede bevisprovokasjonsadgangen samsvarer med de rettslige skrankene som kan utledes av Grunnloven (Grl.) §§ 113, 102 og 95, sett i lys av den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK).

En straffesak består av flere stadier.¹ Oppgaven vil kun behandle etterforskningstadiet. Etterforskning er en formålsstyrt virksomhet som ledes av påtalemyndigheten og har til hensikt å skaffe til veie et relevant og nødvendig faktagrunnlag for å kunne ta stilling til tiltalespørsmålet.² Politiet kan ta i bruk ulike etterforskningsmetoder, herunder ordinære metoder. Den mistenkte er da vanligvis kjent med etterforskningen og de rettighetene han har tilknyttet denne. I visse saker strekker imidlertid ikke de ordinære etterforskningsmetodene til. Politiet har da en begrenset adgang til å anvende ekstraordinære etterforskningsmetoder. Disse metodene brukes normalt i det skjulte. Infiltrasjon, teknisk sporing og ulike former for provokasjon, herunder bevisprovokasjon, er eksempler på slike etterforskningsmetoder.³ Oppgaven omhandler bevisprovokasjon og det avgrenses mot andre etterforskningsmetoder.

Bevisprovokasjon beskriver de situasjoner hvor politiet, eller en som opptrer på vegne av politiet, utnytter en villfarelse hos den mistenkte med det formål å skaffe bevis for en allerede begått straffbar handling.⁴ Per dags dato er ikke metodebruken lovfestet, men den bygger på en langvarig ulovfestet praksis. Bevisprovokasjonsbegrepet favner over et vidt spekter av handlinger, som både varierer i art og intensitet. Sett i lys av den manglende lovhjemmelen kan det derfor stilles spørsmål ved om metodebruken holder seg innenfor de skranker legalitetsprinsippet oppstiller, og i hvilken grad bevisprovokasjonshandlingene grenser opp mot, eller griper inn i, sentrale rettigheter – slik som retten til privatliv eller en rettferdig rettergang. Da det i stor grad er rettspraksis som har trukket opp rammene for metodebruken, bærer rettskildebildet preg av å være av en noe fragmentarisk karakter.⁵ Det fragmentariske

¹ Øyen (2019) s. 28-29.

² Straffeprosessloven (strpl.) § 226, RA-1999-3 s. 2. Strpl. § 225, Påtaleinstruksen § 7-5.

³ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) punkt 3.3.

⁴ Auglend/Mæland (2016) s. 438.

⁵ NOU 2004:6 punkt 10.2.1.

rettskildebildet aktualiserer et behov for å gjennomgå bevisprovokasjonsadgangen og se nærmere på de skranker som begrenser metodebruken.

1.2 Metode og rettskildesituasjon

Oppgaven er hovedsakelig av rettsdogmatisk karakter. Det anvendes juridisk metode, i tråd med fremstillingen til Nils Nygaard, med det formål å avklare rettstilstanden.⁶ Oppgaven har i tillegg et rettspolitisk preg, da det gjennom lovreguleringsspørsmålet vil bli drøftet hvorvidt rettstilstanden burde endres. Det vil gjennomgående i oppgaven bli gjort egne betraktninger.

Som følge av at bevisprovokasjonsadgangen er ulovfestet, vil høyesterettspraksis som omhandler temaet være særlig relevant og av stor rettskildemessig verdi. Mangelen på lovtekst kan også trekke i retning av at reelle hensyn og juridisk teori vil tillegges noe mer vekt enn normalt. Riksadvokaten har i et rundskriv redegjort for bevisprovokasjonsvilkårene.⁷ Rundskrivet er ikke bindende overfor domstolen og spiller i hovedsak kun en rolle som intern instruks for politi- og påtalemyndigheten. Rundskrivet antas derfor å ha samme rettskildemessig verdi som juridisk teori.

1.3 Den videre fremstillingen

For å danne et godt grunnlag for den videre drøftelsen vil det i kapittel 2 bli redegjort for hva som kjennetegner bevisprovokasjon og hvordan metoden skiller seg fra andre provokasjon og provokasjonslignende etterforskningsmetoder. Hensyn som begrunner bevisprovokasjonsbruken, vil også bli belyst. Kapittel 3 vil ta for seg de ulovfestede vilkårene for bruken av bevisprovokasjon, samt en analyse av etterforskningsmetodens hjemmelsgrunnlag. I kapittel 4 vil det bli tatt stilling til om, og i hvilken grad, det ulovfestede hjemmelsgrunnlaget står seg mot legalitetsprinsippets rammer, jf. Grl. § 113. Kapittel 5 vil redegjøre for de skranker Grl. § 102 og § 95, i lys av henholdsvis EMK art. 8 og 6, oppstiller for bruken av bevisprovokasjon. Samtidig vil det bli foretatt en selvstendig analyse av om bevisprovokasjonsbruken oppfyller lovskravet i EMK art. 8 nr. 2. I oppgavens kapittel 6 vil utvalgte momenter som er av betydning for lovreguleringsspørsmålet bli behandlet, før det avslutningsvis i kapittel 7 vil bli tatt stilling til om metodebruken er moden for lovregulering.

⁶ Nygaard (2004).

⁷ RA-2018-2.

2 Bevisprovokasjon som etterforskningsmetode

2.1 Hva kjennetegner bevisprovokasjon?

Provokasjon som etterforskningsmetode er ikke legaldefinert i norsk rett.⁸ Kjernen i provokasjonsbegrepet består av at politiet, eller noen som opptrer på deres vegne, fordekt kontakter en person som er mistenkt for å ha begått en straffbar handling eller som er involvert i straffbar virksomhet. Formålet med kontakten er å utnytte personens villfarelse til å avverge en forbrytelse eller sikre bevis for en fremtidig, pågående eller allerede begått forbrytelse.⁹ Begrepet «provokasjon» er et samlebegrep som rommer ulike provokasjonsmetoder. Metodene skiller seg fra hverandre ved at de bygger på til dels ulike hensyn og har ulike formål. Vanligvis opereres det med begrepene tiltaleprovokasjon, bevisprovokasjon og preventiv provokasjon. Grensene mellom de ulike provokasjonsmetodene er ikke alltid klare. I visse situasjoner vil det kunne oppstå en glidende overgang mellom metodene og en viss fare for overlapp.¹⁰

Tiltaleprovokasjon omhandler de situasjoner hvor politiet utnytter en villfarelse hos en person slik at politiet kan blande seg styrende inn i et begivenhetsforløp som fører til en straffbar handling.¹¹ Provokasjonshandlingen skjer altså før den straffbare handlingen er begått. Politiets formål med provokasjonshandlingen er å sikre seg så god kontroll og kunnskap over situasjonen at det blir mulig å ta ut tiltale i saker som ellers ville vært vanskelige å oppklare.¹²

Innledningsvis ble det nevnt at bevisprovokasjonshandlinger først tas i bruk etter den straffbare handlingen er begått.¹³ Tidsaspektet for provokasjonshandlingen fungerer altså som et naturlig skille mellom tiltaleprovokasjon og bevisprovokasjon. Inntre provokasjonshandlingen før den straffbare handlingen er begått står man overfor tiltaleprovokasjon. Benyttes provokasjonshandlingen i etterkant står man overfor bevisprovokasjon.¹⁴ I realiteten er ikke skillet alltid like klart og det kan oppstå situasjoner hvor grensen vil være vanskelig å trekke. Det er for eksempel mulig at politiet som ledd i

⁸ Auglend/Mæland (2016) s. 437.

⁹ NOU 2004:6 punkt 7.5.2.

¹⁰ Auglend/Mæland (2016) s. 437.

¹¹ NOU 2004:6 punkt 7.5.2.

¹² Ibid.

¹³ Se oppgavens 1.1.

¹⁴ Hopsnes (2003) s. 86.

bevisprovokasjon fremprovoserer en ny straffbar handling. Et klassisk eksempel på dette er sivilpolititjenestepersonen som fremprovoserer et narkotikasalg i den hensikt å skaffe bevis for besittelse av narkotika.¹⁵ Narkotikabesittelsen fant sted før provokasjonshandlingen og faller derfor innenfor definisjonen av bevisprovokasjon. Provokasjonen av salget blir derimot foretatt før den straffbare handlingen finner sted og faller innenfor kategorien tiltaleprovokasjon.

Preventiv provokasjon foreligger der politiet provoserer frem fullbyrdelsen av en straffbar handling i den hensikt å hindre alvorlige samfunnsmessige konsekvenser.¹⁶ I motsetning til tiltaleprovokasjon og bevisprovokasjon som begge knytter seg til straffeforfølgning, er målet med preventiv provokasjon kun å forebygge, avverge eller stanse en straffbar handling.

2.2 Tilgrensende etterforskningsmetoder

Det eksisterer flere ulovfestede etterforskningsmetoder som bygger på de samme hensyn og innehar samme formål som provokasjonsinstituttet. Etterforskningsmetodene faller likevel utenfor provokasjonsbegrepet som følge av at politiets grad av innblanding i, og påvirkning av, hendelseforløpet er mindre inngripende.

Infiltrasjon som etterforskningsmetode grenser nært opp mot bevisprovokasjon. Det er imidlertid viktig å skille mellom de to etterforskningsmetodene som følge av at politiets provokasjonsadgang er betraktelig snevrere enn infiltrasjonsadgangen.¹⁷ Infiltrasjon kjennetegnes ved at politiet, eller personer som opptrer på deres vegne, uten å gi seg til kjenne, innhenter informasjon fra en person.¹⁸ Hensikten er å tilegne seg informasjon, eller kontroll over et hendelsesforløp, som en ellers ikke ville fått gjennom vanlig etterforskning.¹⁹ I likhet med bevisprovokasjonstilfellene er objektet i infiltrasjonstilfellene også i villfarelse om politiets tilstedeværelse. Det som imidlertid skiller infiltrasjon fra bevisprovokasjon, er graden av påvirkning kontakten har på objektet. Dersom hendelsesforløpet ikke påvirkes, men kun passivt iakttas vil etterforskningsmetoden falle inn under infiltrasjon.²⁰ I realiteten er ikke skillet like klart, dette kan illustreres med dommen HR-2020-2137-A hvor politiets

¹⁵ Hopsnes (2003) s. 86.

¹⁶ Auglend/Mæland (2016) s. 439.

¹⁷ Rt-1994-319 s. 321. RA-2018-2 II.

¹⁸ Hopsnes (2003) s. 77.

¹⁹ Auglend/Mæland (2016) s. 436.

²⁰ RA-2018-2 II.

etterforskningsmetode ble sett på som en hybrid mellom bevisprovokasjon og infiltrasjon.²¹ Det kan også problematiseres om det overhodet er mulig for politiet å være i kontakt med objektet uten på noen måte å påvirke situasjonen. Denne problemstillingen vil imidlertid falle utenfor oppgavens kjerneområde og vil derfor ikke problematiseres ytterligere.

Passive politimetoder har også visse likhetstrekk med bevisprovokasjon. Kjernen i de passive metodene er at politiet sitter på informasjon om en planlagt forbrytelse, men unnlater å gripe inn for å forhindre gjennomføringen av denne.²² På samme måte som ved bevisprovokasjon utnytter politiet en villfarelse, nemlig objektets villfarelse om politiets kjennskap til forbrytelsen.²³ Passive politimetoder kan videre inndeles i de tilfeller hvor politiet unnlater å gripe inn overfor den kriminelle handlingen, og de tilfeller hvor politiet venter med å gripe inn i den kriminelle handlingen.²⁴ Kontrollert leveranse er den mest utbredte passive metoden. Metoden kjennetegnes ved at politiet venter med å beslaglegge en ulovlig vare frem til den er transportert til mottakeren. Hensikten er å avdekke mottakerledd og forbindelseslinjer.²⁵ De passive politimetodene skiller seg fra bevisprovokasjon ved at politiet ikke aktivt styrer den kriminelle handlingen.²⁶

De såkalte lokkeduetilfellene, hvor politiet legger til rette for at det skal være fristende å begå en straffbar handling, har klare likhetstrekk med bevisprovokasjon.²⁷ Politiets utnyttelse av en villfarelse står sentralt, da objektet ikke er klar over at den fristende situasjonen er konstruert av politiet. Lokkeduetilfellene anses ikke som provokasjon som følge av at politiet ikke aktivt kontakter objektet, de legger kun til rette for en situasjon. Forsettet om å begå kriminaliteten er dermed utelukkende skapt av objektets egen reaksjon på den konstruerte situasjonen.²⁸

²¹ HR-2020-2137-A (24).

²² Hopsnes (2003) s. 79.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ NOU 2004:6 punkt 7.5.6.1.

²⁶ Hopsnes (2003) s. 79.

²⁷ NOU 2004:6 punkt 7.5.5.1.

²⁸ Ibid.

2.3 Sentrale hensyn bak bevisprovokasjonsadgangen

2.3.1 Innledning

Det er i hovedsak to bærende hensyn som begrunner at politiet har adgang til å benytte seg av bevisprovokasjon. For det første bidrar det til å sikre en effektiv kriminalitetsbekjempelse og for det andre kan det bidra til å styrke allmenhetens tillit til politiet.

2.3.2 Hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse

Hovedbegrunnelsen for å akseptere bevisprovokasjon som etterforskningsmetode er hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse.²⁹ Hovedmålet med straffesaksbehandlingen er å redusere kriminalitet. En forutsetning for å oppnå dette målet er at straffbare handlinger blir avdekket og oppklart slik at gjerningspersonen blir domfelt.³⁰

Politi- og påtalemyndigheten skal i utgangspunktet anvende ordinære etterforskningsmetoder for å avdekke og oppklare straffbare forhold. Kriminalitetsutviklingen har imidlertid gått i retning av at visse alvorlige straffbare forhold vanskelig lar seg oppklare kun ved bruk av de ordinære metodene. Dette kan skyldes at kriminaliteten i utgangspunktet var vanskelig å oppklare. En annen forklaring er at den teknologiske utviklingen og muligheten for anonym grenseoverskridende kriminalitet ytterligere har vanskeliggjort politiets jobb. Utviklingen har tvunget frem et behov for ekstraordinære etterforskningsmetoder av mer manipulerende art, slik som bevisprovokasjon.³¹

Det er som regel i fornærmedes interesse å bidra til straffesakens oppklaring. På såkalt «offerløs kriminalitet» er dette derimot ikke tilfellet. Narkotikakriminalitet har tradisjonelt blitt ansett som «offerløs kriminalitet», da oppklaringen av det kriminelle forholdet hverken er i selgers eller kjøpers interesse. Behovet for å kunne anvende bevisprovokasjon er ansett å være særlig stort på dette området.³²

Behovet for bevisprovokasjon gjør seg også gjeldende på sakstyper hvor det er uomtvistet at det foreligger et offer, slik som menneskehandel, seksuelle overgrep mot barn og organisert

²⁹ Hopsnes (2003) s. 67.

³⁰ RA-2022-1 II.

³¹ NOU 1997:15 punkt 4.2.8.5, Auglend/Mæland (2016) s. 428.

³² Ibid. Hopsnes (2003) s. 67.

kriminalitet.³³ Dette taler for at det ikke er avgjørende for politiets oppklaringsmulighet om kriminalitetsområdet er offerløst. De nevnte saksområdene har imidlertid alle til felles at offeret enten ikke ønsker, er tjent med, tør eller har mulighet til å bidra til straffehandlingens oppklaring. Mangelen på bidrag gjør det vanskelig å opprettholde tilstrekkelig effektivitet ved kriminalitetsbekjempelsen og nødvendiggjør bruken av bevisprovokasjon.

2.3.3 Tillitten til politiet

Befolkningens tillitt til politiet beror på flere faktorer. Det er imidlertid klart at en høy oppklaringsprosent og effektiv bekjempelse av kriminalitet er av stor betydning for hvordan mannen i gata oppfatter politiet. Hvis politiet, særlig i vanskelige og alvorlige saker, ikke hadde hatt mulighet til å benytte seg av bevisprovokasjon ville dette påvirket oppklaringsprosenten i negativ retning. Dette taler for at provokasjonsinstituttet er nødvendig for befolkningens tillitt til politiet, særlig på de saksområder som vanskelig lar seg løse ved bruk av andre metoder.

³³ Se oppgavens 3.1.3.

3 Vilkår og hjemmelsgrunnlag for bruken av bevisprovokasjon

Bevisprovokasjonsadgangen er per dags dato ikke lovfestet. Dette betyr imidlertid ikke at politiet står helt fritt til å bruke etterforskningsmetoden som de selv ønsker. Bruken må være i overensstemmelse med strafferettslige grunnprinsipper, samt oppfylle de vilkårene som er utviklet og oppstilt av Høyesterett.³⁴

Det foreligger et absolutt grunnvilkår om at politiets opptreden ikke kan fremkalle en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått.³⁵ Videre oppstilles det fire tilleggsvilkår for bevisprovokasjonsadgangen. For det første kan metodene bare benyttes ved mistanke om alvorlige straffbare handlinger. For det andre stilles det et krav til at andre tradisjonelle etterforskningsmetoder anses utilstrekkelige. For det tredje gjelder det et krav om proporsjonalitet og for det fjerde må bruken være i overensstemmelse med andre prosessuelle grunnprinsipper.³⁶ Høyesterett krever i tillegg at det foreligger en fullgod saksbehandling.³⁷

Det følger av høyesterettspraksis at det strafferettslige beviskravet gjør seg gjeldende for grunnvilkåret. Ved bedømmelsen av om grunnvilkåret er oppfylt skal altså enhver rimelig tvil komme tiltalte til gode. For de øvrige vilkårene er det tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt.³⁸ I det følgende vil det bli redegjort for både de materielle og prosessuelle vilkårene.

3.1 De materielle vilkår

3.1.1 Grunnvilkåret

I den grunnleggende provokasjonsdommen, Rt-1984-1076, ble det uttalt at «det synes å være alminnelig enighet om – og jeg finner det klart – at det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.»³⁹ Høyesterett kom imidlertid frem til at det likevel må godtas at politiets involvering medfører en viss endring i

³⁴ HR-2020-2137-A (30).

³⁵ Rt-1984-1076 s. 1080.

³⁶ HR-2020-2137-A (34).

³⁷ Ibid.

³⁸ Rt-2011-1455 (39).

³⁹ Rt-1984-1076 s. 1080.

tid, sted og utførelse av den kriminelle handlingen.⁴⁰ Høyesterett har i senere dommer stadfestet dette grunnvilkåret.⁴¹ Vilkåret forstås som et krav til årsakssammenheng mellom politiets påvirkning av hendelsesforløpet og det at den straffbare handlingen blir gjennomført.⁴²

Er politiets bidrag imidlertid så fjernt og indirekte at det ikke kan sies at politiet har fremkalt den straffbare handlingen, vil grunnvilkåret være oppfylt til tross for at politiets innblanding var en nødvendig betingelse.⁴³ Har politiet vært årsak til en endring i gjerningspersonens handlinger på en strafferettslig relevant måte, for eksempel ved å forårsake at en handling har blitt straffbar, eller at den straffbare handlingen har blitt mer alvorlig, taler dette imot at påvirkningen er fjern og indirekte.⁴⁴

Har politiet i sin kontakt med gjerningspersonen påvirket personens beslutning om å begå lovbruddet, vil lovligheten av provokasjonshandlingen bero på en helhetsvurdering, som bygger på de grunnleggende hensynene bak forbudet.⁴⁵ Faren for misbruk av provokasjonsinstituttet og faren for økt kriminalisering av lovlydige borgere er særlige hensyn som gjør seg gjeldende.⁴⁶ Sentrale momenter i vurderingen vil være om politiet kjente til provokasjonsobjektets identitet, graden av innblanding, hvem som tok initiativet til handlingen og holdepunktene politiet hadde for at den kriminelle handlingen ville blitt begått uavhengig av politiets inngripen.⁴⁷

3.1.2 Grunnvilkårets betydning for bevisprovokasjonsadgangen

Det følger av høyesterettspraksis at det absolutte grunnvilkåret, slik det er redegjort for i punkt 3.1.1, også gjelder for bevisprovokasjonstilfellene.⁴⁸ Bevisprovokasjon skiller seg imidlertid fra de andre provokasjonsmetodene ved at bevisprovokasjon anvendes på straffbare handlinger som allerede er begått. De sentrale misbruks- og kriminaliseringshensynene som grunnvilkåret bygger på, gjør seg derfor ikke i like stor grad gjeldende ved bevisprovokasjon

⁴⁰ Rt-1984-1076 s. 1080.

⁴¹ Rt-2000-1223 s. 1227, HR-2020-2137-A (34).

⁴² NOU 2004:6 punkt 7.5.2.5.1.

⁴³ Rt-2000-1482 s. 1486, NOU 2004:6 punkt 7.5.2.5.1.

⁴⁴ NOU 2004:6 punkt 7.5.2.5.1, Hopsnes (2003) s. 101-104.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ HR-2020-2137-A (34).

som ved annen provokasjon. I lys av dette kan det stilles spørsmål ved grunnvilkårets betydning for bevisprovokasjonsadgangen.

Riksadvokaten har uttalt at provokasjonshandlinger, hvor intensjonen kun har vært å fremskaffe bevis for straffbare handlinger som allerede er begått, vanligvis oppfyller grunnvilkåret enn så lenge provokasjonshandlingen også i realiteten tjener dette formålet.⁴⁹ Ifølge Riksadvokaten kan grunnvilkåret likevel sette begrensninger for bevisprovokasjonsadgangen i situasjoner hvor det går lang tid mellom provokasjonshandlingen og fremskaffelsen av beviset.⁵⁰ Riksadvokaten eksemplifiserer dette ved å vise til en situasjon der politiets bevisprovokasjonshandling får provokasjonsobjektet til å stjele våpen. Politiet har gitt våpentynen tro på at han har en kjøper og dermed foranlediget et tyveri som ellers ikke ville funnet sted.⁵¹ Dette er en situasjon hvor bevisprovokasjonshandlingen strider med grunnvilkåret ifølge Riksadvokaten.

Riksadvokaten virker imidlertid å trekke bevisprovokasjonsbegrepet lenger enn det er dekning for. Det er tidligere i oppgaven avklart at bevisprovokasjon kun knytter seg til straffbare handlinger som «allerede er begått.»⁵² Riksadvokaten bruker derimot begrepet bevisprovokasjon for provokasjonshandlingen som foretas før den kriminelle handlingen (våpenkjøpet) begås. En slik tilnærming virker å bryte med den etablerte terminologien. En løsning som vil være mer i tråd med klassifiseringen av de ulike provokasjonsmetodene er å se på Riksadvokatens eksempel som en kombinasjon av bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon. Provokasjonshandlingen som fremkaller våpenkjøpet og bryter med grunnvilkåret vil her sees på som tiltaleprovokasjon og ikke bevisprovokasjon.

Høyesterettsdommen Rt-2000-1223 kommer med uttalelser som kan tas til inntekt for denne kombinasjonsløsningen. Dommen omhandler i korte trekk en situasjon hvor politiet, med bevisprovokasjonshensikt, la til rette for et narkotikasalg. Provokasjonsobjektet hadde derimot ikke narkotikaen på kjøpsavtaletidspunktet. Det ble lagt til grunn at objektet skaffet narkotikaen i ettertid, som følge av kjøpsavtalen med politiinformanten. Dommen ble avsagt under dissens, men både flertallet og mindretallet var enige i sin forståelse av bevisprovokasjonsbegrepet. Flertallet uttalte «en annen sak er at begrepet «bevisprovokasjon»

⁴⁹ RA-2018-2 punkt 2.1.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² Auglend/Mæland (2016) s. 438.

kan være mindre dekkende for et slikt forhold, idet det ikke er bevis for en allerede utført straffbar handling som søkes sikret, iallfall dersom man konsentrerer seg om avtaletidspunktet.»⁵³ Mindretallet fant det «klart at det [...] ikke her foreligger noen form for bevissikringsprovokasjon.»⁵⁴ Høyesterett mente altså at det i realiteten forelå tiltaleprovokasjon til tross for at politiet hadde til hensikt å anvende bevisprovokasjon.

En slik forståelse av bevisprovokasjonsbegrepet har også støtte innenfor juridisk teori. Hopsnes legger til grunn at tidsavgrensningen mellom bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon er avgjørende. I situasjoner hvor politiets bevisprovokasjonshandling fremprovoserer en ny straffbar handling, vil den nye straffehandlingen falle utenfor bevisprovokasjonsbegrepet.⁵⁵ Torgersen legger seg på en tilsvarende linje og uttaler at grunnvilkåret er uten betydning når det kommer til bevisprovokasjon.⁵⁶ Straffeprosessutvalget har i sitt lovforslag til ny straffeprosesslov fremmet et forslag om å sløyfe grunnvilkåret i bevisprovokasjons-sammenheng med det forbehold at den fremprovoserte handlingen ikke kan påtales.⁵⁷ Ved å velge en slik løsning virker straffeprosessutvalget å slutte seg til forståelsen av bevisprovokasjonsbegrepet som har støtte i både høyesterettspraksis og juridisk teori.

Grunnvilkårets reelle betydning for bevisprovokasjonsadgangen virker i stor grad å bero på hva som legges i bevisprovokasjonsbegrepet. De beste grunner taler for å anvende en snever forståelse av begrepet, som kun omfatter de handlinger som faktisk skaffer bevis for en allerede begått handling. Alt som i tid og rom faller utenfor denne forståelsen vil regnes som tiltaleprovokasjon, uavhengig av politiets intensjon eller hensikt med provokasjonshandlingen. Legges en slik forståelse til grunn vil grunnvilkåret i realiteten aldri gjøre seg gjeldende for bevisprovokasjon. For bevisprovokasjonstilfellene vil det derfor være mer nærliggende å se på grunnvilkåret som en form for sikkerhetsventil.

⁵³ Rt-2000-1223 s. 1229.

⁵⁴ Ibid. s. 1232.

⁵⁵ Hopsnes (2003) s. 86.

⁵⁶ Torgersen (2009) s. 271.

⁵⁷ NOU 2016:24 punkt 14.10.7.

3.1.3 Mistanke om alvorlig kriminalitet

Høyesterett har oppstilt et krav til at bevisprovokasjon bare kan anvendes ved mistanke om alvorlige straffbare handlinger.⁵⁸ Det må altså foreligge proporsjonalitet mellom straffehandlingens alvorlighetsgrad og etterforskningsmetoden som benyttes.

Den kriminelle handlingen må være av en viss alvorlighetsgrad før bruken av bevisprovokasjon anses berettiget. Høyesterett har vist til at man ved alvorlighetsvurderingen ikke bare bør «se på strafferammen, men også ta hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet.»⁵⁹ Uttalelsen kan tas til inntekt for at strafferammen er et moment i vurderingen, men at det ikke ene og alene er avgjørende for bevisprovokasjonsadgangen. Er det av en viss samfunnsmessig betydning å bekjempe kriminalitetsformen vil det etter omstendighetene være akseptabelt å ta bevisprovokasjon i bruk, selv om strafferammen er lav.

Høyesterett har per dags dato åpnet for å anvende provokasjonsmetoder på alvorlige narkotikasaker, organisert og/eller alvorlig vinningskriminalitet, menneskehandel, spredning av overgrepsmateriale og seksuelle overgrep mot mindreårige.⁶⁰ Opprømsingen er ikke uttømmende og det er sannsynlig at Høyesterett vil konkludere med at alvorlighetskravet er oppfylt også på andre kriminalitetsområder i fremtiden. Riksadvokaten har blant annet anført at ulovlig våpenhandel, grove voldslovbrudd og alvorlig datakriminalitet vil oppfylle alvorlighetsvilkåret.⁶¹

Til tross for at Høyesterett på noen områder har åpnet for å anvende bevisprovokasjon, kan ikke dette tolkes i retning av at det her foreligger en generell aksept for etterforskning med provokasjonstilsnitt. Det må i hvert enkelt tilfelle foretas en konkret helhetsvurdering av om handlingen oppfyller alvorlighetskravet. På vinningskriminalitetens område har det i vurderingen av kriminalitetsvilkåret blitt vektlagt at den stjalne gjenstanden har «særdeles høy både økonomisk og ideell verdi.»⁶² Det er altså ikke gitt at grovt tyveri på generelt grunnlag er tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret. På blant annet narkotikaområdet kan det argumenteres for at bekjempelsen av visse kriminaliserte handlinger ikke er av stor samfunnsmessig

⁵⁸ HR-2020-2137-A (34).

⁵⁹ Rt-1993-473 s. 475.

⁶⁰ Rt-1984-1076 s. 1084, Rt-1998-407 s. 409, Rt-2011-1455, HR-2020-2137-A, Hopsnes (2003) s. 108.

⁶¹ RA-2018-2 punkt 2.2.

⁶² Rt-1998-407 s. 409.

betydning, og derfor ikke oppfyller alvorlighetskravet.⁶³ Besittelse av brukerdoser skader vanligvis kun brukeren selv og Høyesterett har på narkotikafeltet bare godtatt provokasjons-handlinger i salgssituasjoner hvor mengden narkotika har oversteget brukerdosenivå.⁶⁴

3.2 De prosessuelle vilkår

3.2.1 Subsidiaritetskravet

I Rt-1984-1076 fastslo Høyesterett at provokasjonshandlinger bare kan benyttes «når vanlige etterforskningsmetoder må anses utilstrekkelige.»⁶⁵ Høyesterett oppstilte med dette et subsidiaritetskrav. Det ble senest i dommen HR-2020-2137-A bekreftet at subsidiaritetskravet også gjør seg gjeldende for bevisprovokasjonstilfellene.⁶⁶

Kravet innebærer at det i situasjoner hvor det står flere alternative etterforskningsmetoder til disposisjon, skal som hovedregel den minst inngripende metoden velges. Politiprovokasjon kan derfor bare anvendes når andre mindre inngripende metoder «anses utilstrekkelige.»⁶⁷ Det foreligger ikke et krav om at mildere etterforskningsmetoder faktisk må være forsøkt. Det er tilstrekkelig at politiet, etter en konkret vurdering, kommer frem til at mindre inngripende metoder ikke vil føre frem.⁶⁸

Subsidiaritetskravet på bevisprovokasjonsområdet har på samme måte som kriminalitetskravet store likhetstrekk med, og kan sies å være et utslag av, det generelle straffeprosessrettslige forholdsmessighetskravet og det politirettslige subsidiaritetsprinsippet.⁶⁹ Forståelsen av disse reglene kan derfor være av interesse når momentene i utilstrekkelighetsvurderingen skal kartlegges.

Utilstrekkelighetsvurderingen vil først og fremst bero på om alternative metoder anses å være helt virkningsløse, eller så ineffektive at formålet ikke oppnås.⁷⁰ Tidsaspektet er også av betydning. Er det ikke tid til å foreta en konkret vurdering, eller det ikke er alternative

⁶³ Rt-1993-473 s. 475.

⁶⁴ Rt-1984-1076, Rt-1992 -1088, Rt-2000-1223.

⁶⁵ Rt-1984-1076 s. 1080.

⁶⁶ HR-2020-2137-A (34).

⁶⁷ Rt-1984-1076 s. 1080.

⁶⁸ NOU: 2004:6 punkt 7.5.2.5.2, RA-2018-2 punkt 2.3.

⁶⁹ Strpl. § 170a, Politiloven (pl.) § 6, Hopsnes (2003) s. 109.

⁷⁰ Auglend/Mæland (2016) s. 632.

metoder tilgjengelige i tide, vil dette trekke i retning av at metodene er utilstrekkelige.⁷¹ Det er i juridisk teori uttrykt at ressursparing i utgangspunktet ikke kan begrunne bruken av provokasjon. Det kan derimot tenkes at en grense må trekkes der mildere metoder krever betydelige resurser.⁷² Riksadvokaten anfører at det i visse situasjon foreligger en erfaringsbasert presumsjon for at vanlige etterforskningsmetoder ikke vil føre frem, og at provokasjon da kan anvendes. Riksadvokaten trekker spesifikt frem spredning av overgrepsmateriale som en slik situasjon.⁷³

3.2.2 Forholdsmessighetskravet

Det gjelder et generelt krav til at bruken av bevisprovokasjon som etterforskningsmetode må være forholdsmessig.⁷⁴ Kravet springer ut av det alminnelige forholdsmessighetsprinsippet som forutsetter at det må være proporsjonalitet mellom tiltaket og hva som kan oppnås ved å bruke det.⁷⁵ Ulempene eller skadene provokasjonshandlingen medfører må ikke overstige fordelene av å bekjempe den aktuelle kriminaliteten. For bruken av tvangsmidler i straffeprosesslovens kapittel 4 er forholdsmessighetsprinsippet kodifisert i strpl. § 170 a.⁷⁶ Som følge av at bestemmelsen kodifiserer et alminnelig prinsipp, vil forståelsen av § 170 a også kaste lys over innholdet i forholdsmessighetskravet som gjør seg gjeldende på bevisprovokasjonsområdet. Dette til tross for at § 170 ikke direkte legger føringer for bevisprovokasjonsadgangen.⁷⁷

Både kriminalitetskravet og subsidiaritetskravet har helt klare sider til det alminnelige forholdsmessighetsprinsippet.⁷⁸ Bruken av bevisprovokasjon anses kun som forholdsmessig når det foreligger mistanke om alvorlig kriminalitet, som det er av samfunnsnyttig betydning å bekjempe, og vanlige etterforskningsmetoder anses utilstrekkelige.⁷⁹ Kriminalitetskravet og subsidiaritetskravet er likevel oppstilt som egne vilkår. Dette kan tale for at det på

⁷¹ Ibid.

⁷² Hopsnes (2003) s. 109.

⁷³ RA-2018-2 punkt 2.3.

⁷⁴ HR-2020-2137-A (34).

⁷⁵ NOU 2004:6 punkt 7.5.2.5.2.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 146.

⁷⁷ Ibid, Øyen (2019) s. 201.

⁷⁸ Auglend/Mæland (2016) s. 438.

⁷⁹ Rt-1984-1076 s. 1080.

bevisprovokasjonsområdet er av større betydning og/eller tolkes strengere enn det som følger av det alminnelige forholdsmessighetsprinsippet.⁸⁰

Forholdsmessighetsprinsippet favner imidlertid bredere enn kun kriminalitets- og subsidiaritetskravet. Riksadvokaten har uttalt at forholdsmessighetsvurderingen får selvstendig betydning når bevisprovokasjonsadgangen benyttes sammen med andre inngripende etterforskningsmetoder. Det avgjørende er om den samlede ulempen kombinasjonen av etterforskningsmetodene påfører personen, anses som uforholdsmessige.⁸¹ Graden av mistanke mot personen er også av betydning. Der mistanken strekker seg langt utover minstekravet vil dette tale for forholdsmessighet.⁸² Konsekvensene bevisprovokasjons-handlingen kan ha overfor tredjemann er et annet moment av betydning.⁸³ Det vil tale imot at tiltaket er forholdsmessig hvis det foreligger en stor risiko knyttet til utførelsen av handlingen.

3.2.3 I samsvar med prosessuelle grunnprinsipper

Høyesterett uttaler at bevisprovokasjonsbruken ikke kan stride mot «andre prosessuelle grunnprinsipper.»⁸⁴ Ordlyden «andre» trekker i retning av at Høyesterett også anser de ovennevnte prosessuelle vilkårene som grunnprinsipper. Utover dette går imidlertid ikke Høyesterett inn på hva som kan betegnes som et prosessuelt grunnprinsipp.

Prinsippterminologien brukes hyppig i norsk rett, men innholdet er ikke fullstendig avklart. Det vil bære for langt å foreta en grundig redegjørelse av prinsippbegrepet, men prinsipper kan kort fortalt sees på som momenter, med et høyt generalitetsnivå, som er av betydning for rettens innhold.⁸⁵ Prinsipper har ofte retningslinjekarakter. I dette ligger det at prinsippet kun tjener som et moment som taler for en bestemt løsning av et rettslig spørsmål, prinsippet trenger derimot ikke å tillegges avgjørende vekt.⁸⁶ Noen prinsipper anses imidlertid å bygge på ufravikelige grunnverdier. Disse prinsippene setter absolutte skranker for rettsanvendelsen.⁸⁷ De «grunnprinsippene» Høyesterett sikter til i HR-2020-2137-A, virker å være av en slik ufravikelig karakter.⁸⁸ Legalitetsprinsippet, objektivitetsplikten og vernet mot

⁸⁰ NOU 2004:6 punkt 7.5.2.5.2, Hopsnes (2003) fotnote 144.

⁸¹ RA-2018-2 punkt 2.4.

⁸² Øyen (2019) s. 202.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ HR-2020-2137 (34).

⁸⁵ Temaet er utførlig behandlet i «Fredriksen (2011)». Fredriksen (2011) s. 37 og 44.

⁸⁶ Ibid. s. 45.

⁸⁷ Ibid. s. 49-50.

⁸⁸ HR-2020-2137-A (34).

selvinkriminering antas å være blant de ufravikelige prinsippene som Høyesterett sikter til. Som følge av at det er snakk om ufravikelige allmenngyldige prinsipper var det strengt tatt ikke nødvendig av Høyesterett å eksplisitt oppstille dette vilkåret, da straffeprosessuelle grunnprinsipper uansett gjør seg gjeldende ved all straffesaksbehandling.

3.2.4 Beslutningskompetanse, kontroll og notoritet

Utover grunnvilkåret og de fire tilleggsvilkårene, oppstiller Høyesterett et krav om fullgod saksbehandling. Det gjelder både ved vedtaket om å ta i bruk bevisprovokasjon og under selve gjennomføringen.⁸⁹ Hva som ligger i begrepet «fullgod saksbehandling» tar ikke Høyesterett uttrykkelig stilling til. Riksadvokaten har imidlertid tolket vilkåret i den retning av at det stilles krav til beslutningskompetanse, kontroll og notoritet.⁹⁰

Beslutningen om å foreta bevisprovokasjon må være tatt på kompetent nivå. Riksadvokaten har bestemt at bevisprovokasjonsbeslutninger «skal treffes av statsadvokaten etter anmodning fra politimesteren eller visepolitimesteren.»⁹¹ Det er i utgangspunktet rettsikkerhetsbetraktninger som taler for en slik plassering i påtalehierarkiet. Plasseringen sikrer en grundig saksbehandling, hvor provokasjonsspørsmålet i realiteten blir vurdert av opptil tre jurister; politiadvokat, politimester/visepolitimester og statsadvokat.⁹² Det kan også argumenteres for at den faglige tyngden befinner seg i toppen av påtalehierarkiet. Dette tilsier at avgjørelser tatt på statsadvokativnivå normalt vil holde en faglig høyere kvalitet enn avgjørelser tatt på politiadvokativnivå. Det er attpåtil vesentlig færre statsadvokater enn politiadvokater, sannsynligheten for likebehandling blir derfor større hvis det er statsadvokatene som avgjør spørsmålet.⁹³

Høyesterett tok i Rt-2007-268 stilling til rettmessigheten av en provokasjonshandling der samtykke fra statsadvokaten ikke var innhentet. Høyesterett konkluderte med at «kravet om statsadvokatens samtykke forutsetter at dette praktisk sett kan innhentes innenfor den tidsramme som er til rådighet.»⁹⁴ Dette unntaket fra hovedregelen er nå også inntatt i Riksadvokatens rundskriv. Statsadvokaten skal i slike situasjoner snarest orienteres og selv

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ RA-2018-2 kapittel 3.

⁹¹ Ibid.

⁹² Kreves ikke at visepolitimester/politimester er jurist, jf. Strpl. § 55a (2).

⁹³ Kjelby (2019) s. 169-171.

⁹⁴ Rt-2007-268 (20).

vurdere om vilkårene var oppfylt⁹⁵ Unntaket samsvarer i stor grad med straffeprosesslovens skille mellom reglene om primærkompetanse og hastekompetanse.⁹⁶

Etterforskning må være foretatt under tilstrekkelig kontroll og den informasjonen som fremgår av etterforskningen må være etterprøvable.⁹⁷ Dette er et krav som nå er lovfestet i strpl. § 226 bokstav a og b. Det er antatt at kravet også gjelder utenfor straffeprosesslovens område.⁹⁸ Manglende kontroll og notoritet ved etterforskningen kan føre med seg alvorlige konsekvenser for siktedes rettssikkerhet. Den siktedes kontradiksjonsmulighet kan bli vesentlig svekket og manglende kontroll øker risikoen for krenkelser av andre rettigheter, slik som retten til en rettfærdig rettergang. Høyesterett har derfor lagt seg på en streng linje. En kvalifisert mangel på kontroll og etterprøvablehet medfører enten at beviset ikke kan føres, eller at det ikke foreligger tilstrekkelig grunnlag for domfellelse.⁹⁹

På bevisprovokasjonsområdet er det særlig to høyesterettsdommer som er sentrale. I Rt-1998-407 s. 412 konkluderte Høyesterett med at etterforskningen var «beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter» at det ikke forelå grunnlag for domfellelse. Det ble særlig lagt vekt på at politiet ikke hadde tilstrekkelig kontroll med politiinformantene de benyttet og at aksjonen ikke var «dokumentert eller belyst på den måten bruk av en så vidt ekstraordinær etterforskningsmetode» burde vært. Høyesterett foretok en lignende drøftelse i Rt-2000-1223. Politiet førte ikke tilstrekkelig kontroll med sin politiinformant, og kontakten mellom informanten og siktede led av manglende etterprøvablehet. Høyesterett frifant siktede som følge av de alvorlige manglene.¹⁰⁰

For å sikre tilstrekkelig kontroll og etterprøvablehet ved etterforskningen har Riksadvokaten gjort gjeldende at det skal utarbeides en kortfattet gjennomføringsplan som beskriver tiltaket.¹⁰¹ Hensikten er ved en eventuell domstolsprøving å kunne belyse om etterforskningen er utført i samsvar med gjeldende krav. Politiets anmodning og statsadvokatens beslutning skal i tillegg være skriftlig.¹⁰²

⁹⁵ RA-2018-2 kapittel 3.

⁹⁶ Øyen (2019) s. 202-203.

⁹⁷ RA-2018-3 punkt 4.11.

⁹⁸ Øyen (2019) s. 155.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Rt-2000-1223 s. 1231.

¹⁰¹ RA-2018-2 kapittel 3.

¹⁰² Ibid.

3.3 Hjemmelsgrunnlaget

Provokasjonsadgangen er som tidligere nevnt ikke lovregulert. Spørsmålet om politiets provokasjonsadgang burde lovfestes ble først reist av tidligere riksadvokat Dorenfeldt i et foredrag som omhandlet ekstraordinære etterforskningsmetoder i 1978. Dorenfeldt konkluderte med at de ekstraordinære etterforskningsmetodene ikke burde lovfestes, da det ville være lovteknisk vanskelig å formulere en god bestemmelse.¹⁰³ Under vedtakelsen av straffeprosessloven i 1981 sluttet departementet seg til Dorenfeldts syn på lovfestings-spørsmålet, og det ble ikke gått inn for å lovregulere provokasjonsadgangen.¹⁰⁴ Den første høyesterettsdommen på provokasjonsområdet kom i 1984. Faktum i dommen var at en polititjenesteperson over telefon hadde utgitt seg for å være en mann som allerede satt varetektsfengslet for narkotikakjøp. Polititjenestepersonen hadde i telefonsamtalen avtalt mottak av et narkotikaparti. Høyesterett tok i saken stilling til om den ulovfestede provokasjonsadgangen var i tråd med legalitetsprinsippets rettslige skranker. Høyesterett konkluderte med at bruk av slike ekstraordinære etterforskningsmetoder som det her var tale om ikke representerte et inngrep og det var derfor ikke nødvendig med lovhjemmel.¹⁰⁵ Høyesterett har i senere dommer sluttet seg til resultatet i Rt-1984-1076 og holdt fast ved at provokasjonshandlinger kan foretas uten formell lovhjemmel.¹⁰⁶ All den tid bevisprovokasjonshandlingen ikke har blitt ansett som et inngrep, har det vært antatt at metodebruken har vært hjemlet i den alminnelige handlefrihet.¹⁰⁷ Den alminnelige handlefrihet er et prinsipp som særlig tidligere sto sterkt i det norske rettssystemet. Tanken er at alle individer, inkludert polititjenestepersoner, i utgangspunktet har en formell frihet til å foreta seg de handlinger og ytringer som de selv ønsker, med mindre det eksisterer et forbud mot den gitte handlingen eller ytringen.¹⁰⁸ Handlefriheten hjemler også i utgangspunktet handlinger som innskrenker andre individers frihet.¹⁰⁹

Over 30 år etter den grunnleggende avgjørelsen i 1984 tok Høyesterett, i HR-2020-2137-A, på nytt stilling til om den ulovfestede bevisprovokasjonsadgangen fremdeles kan aksepteres «i lys av auka vektlegging av legalitetsprinsippet og samfunnsutviklinga elles.»¹¹⁰ Dommen

¹⁰³ Dorenfeldt (1978) s. 291.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 35 (1978–1979) s. 179.

¹⁰⁵ Rt-1984-1076 s. 1079.

¹⁰⁶ Rt-1993-473, Rt-1998-407, Rt-1999-1269.

¹⁰⁷ NOU 2004:6 punkt 1.3.3.1.

¹⁰⁸ Hopsnes/Solberg (2005) s. 81.

¹⁰⁹ Ibid. NOU 2004:6 punkt 5.1.

¹¹⁰ HR-2020-2137-A (39).

ble avsagt under dissens og flertallet uttalte at det «ikkje [er] 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.»¹¹¹ Dommen kan derfor tas til inntekt for nok en gang å stadfeste prinsippet om at bevisprovokasjonshandlingar ikke aktualiserer legalitetsprinsippet. Det er også dette utgangspunktet som må anses som gjeldende rett. Det er imidlertid mer usikkert om den ulovfestede adgangen fremdeles hjemles i den alminnelige handlefrihet, eller om den bygger direkte på grenser trukket opp i rettspraksis.¹¹²

Tross konklusjonen, foreligger det en rekke betenkeligheter ved Høyesteretts behandling av hjemmelsspørsmålet. I motsetning til mindretallet, foretok ikke flertallet en drøftelse av om bevisprovokasjonshandlingen i det konkrete tilfellet var et «inngrep» etter Grl. § 113 eller Grl. § 102, jf. EMK art. 8. Dette til tross for at Høyesterett selv uttalte at etterforskningsmetodene benyttet i saken «innebær et innsyn som i og for seg kan reknast som eit inngrep i privatlivet.»¹¹³ Flertallet begrunnet i stedet sin konklusjon med henvisning til Stortingets manglende lovgivningsvilje. Dersom Stortinget, i relasjon til vedtakelsen av Grl. § 113, hadde ansett hjemmelssgrunlaget som problematisk er «det nærliggjande at Stortinget ville ha gjeve uttrykk for det.»¹¹⁴ Dette argumentet er problematisk da det tillegger lovgiver en slags positiv aksjonsplikt. Utgangspunktet er at Stortinget gjennom sin lovgivning skal begrense borgernes friheter, ikke omvendt. Det er derfor unaturlig å forvente at Stortinget gjennom grunnlovsreformen i 2014 eksplisitt skulle ha tatt stilling til lovfesting av all ulovfestet og byrdefull forvaltningspraksis, slik som Høyesterett her virker å kreve.

Høyesterett har en rett og plikt til å prøve om offentlig myndighetsutøvelse strider med Grunnloven.¹¹⁵ Når Høyesterett aksepterer at bevisprovokasjonshandlingen kan utgjøre et inngrep i privatlivet, men likevel unnlater å vurdere dette opp mot skrankene som kan utledes av Grl. §§ 113 og § 102, virker ikke denne plikten å være tilstrekkelig ivaretatt. Det kan blant annet stilles spørsmål ved om vegringen mot å foreta en slik vurdering skal forstås som at inngrep hjemlet i den ulovfestede bevisprovokasjonsadgangen, sett i lys av Stortingets manglende lovgivervilje, står seg mot legalitetsprinsippet. Alt i alt reiser dommen flere

¹¹¹ HR-2020-2137-A (42).

¹¹² Ibid. (30).

¹¹³ Ibid. (36).

¹¹⁴ Ibid. (40).

¹¹⁵ Grl. § 89, Høyesteretts rolle som konstitusjonsdomstol er grundig behandlet i «Bårdsen (2015)».

spørsmål og uklarheter som vil bli forsøkt besvart og klargjort gjennom en analyse av de skranker som oppstilles av både Grl. § 113 og § 102, jf. EMK art 8.

4 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet har lenge hatt rang som konstitusjonell sedvanerett.¹¹⁶ Først i 2014 ble prinsippet grunnlovsfestet. Hensikten med grunnlovsfestingen var dels å synliggjøre legalitetsprinsippetets rolle i norsk rett, samt manifestere at prinsippet fungerer som en reell skranke for makthavernes myndighetsutøvelse. Menneskerettighetsutvalget hadde imidlertid ikke til hensikt å endre rettstilstanden.¹¹⁷ Legalitetsprinsippet ivaretar flere formål. For det første sikres borgernes mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. For det andre fremmer prinsippet demokratisk legitimitet, ettersom den utøvende makt kan ikke bruke mer makt enn lovgivers fullmakter gir grunnlag for, jf. Grl. § 75. For det tredje bidrar prinsippet til å hindre vilkårlig og usaklig forskjellsbehandling, jf. Grl. § 98.¹¹⁸

I dag er legalitetsprinsippet hjemlet i Grl. § 113, hvor det fremgår at «myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.» Ordlyden trekker i retning av at myndighetenes innblanding overfor borgerne ikke trenger lovhjemmel, såfremt innblandingen ikke kvalifiserer som et «inngrep». Inngrepsbegrepet setter altså grenser for legalitetsprinsippetets anvendelsesområde. Lovens ordlyd gir imidlertid ikke et klart svar på hvilke former for statlig innblanding som kan utgjøre et inngrep, eller hvor byrdefull den konkrete innblandingen må være for å overstige inngrepsterskelen. Disse spørsmålene vil danne utgangspunktet for den videre drøftelsen.

4.1 Utgjør bevisprovokasjon et inngrep som krever lovhjemmel?

4.1.1 Hvor vidt favner inngrepsbegrepet?

Offentlig myndighetsutøvelse aktualiserer seg gjennom ulike handlinger. Det har i juridisk teori vært vanlig å dele disse handlingene opp i «normeringshandling» og «faktiske handlinger».¹¹⁹ Det er i teorien enighet om at legalitetsprinsippet fungerer som en absolutt skranke for myndighetenes normeringshandling. Det vil si at myndighetenes rettslig bindende avgjørelser må ha hjemmel i lov.¹²⁰ Det er imidlertid uenighet i det juridiske

¹¹⁶ Dokument 16 (2011-2012) punkt 41.2.

¹¹⁷ Ibid. 41.5.

¹¹⁸ Ibid. Rt-2014-1105 (26).

¹¹⁹ Nilsen (2021) s. 118.

¹²⁰ Ibid. s. 114-115, Eckhoff/Smith (2018) s. 342-344.

fagmiljøet om dette standpunktet også gjør seg gjeldende for rent faktiske handlinger.¹²¹ Som følge av at bevisprovokasjonsbruken innebærer utøvelse av faktiske handlinger, er det av betydning for oppgaven å gjøre rede for gjeldende rett på dette området.

Den tradisjonelle forståelsen av legalitetsprinsippet legger til grunn at offentlig myndighet bare kan gripe inn i borgernes rettssfære hvis det foreligger hjemmel i lov. Denne generelle forbudsnormen gjelder uavhengig av om det er snakk om faktiske handlinger eller normeringshandlinger.¹²² Den tradisjonelle retningen bygger altså på en positiv angivelse av legalitetsprinsippet.

Det har imidlertid blitt tatt til orde for at en slik positiv angivelse fører til at legalitetsprinsippets anvendelsesområde får noe snevre rammer.¹²³ For å bøte på dette problemet har det blitt foreslått å anvende legalitetsprinsippet som et restkompetansegrunnlag. Det vil si at lovhjemmel bare er nødvendig der det ikke foreligger andre kompetansegrunnlag.¹²⁴ En slik angivelse av legalitetsprinsippet betegnes som den formelle retningen. Normhandlinger som lider av manglende kompetansegrunnlag, kan medføre ugyldighet og vil da stå uten rettsvirkninger. Det er imidlertid ikke mulig å anse faktiske handlinger som ugyldige. Dette medfører at faktiske handlinger, ifølge den formelle retningen, faller utenfor legalitetsprinsippets anvendelsesområde.¹²⁵

Grunnloven § 113 kan bidra til å kaste lys over hvilken forståelse av legalitetsprinsippet som bør anvendes. Bestemmelsen gir uttrykk for en positiv angivelse av legalitetsprinsippet. Lovens ordlyd virker derfor å favorisere den tradisjonelle forståelsen av legalitetsprinsippet. Som følge av at hensikten med § 113 kun var å kodifisere tidligere rett, kan det imidlertid argumenteres for at ordlyden ikke burde være avgjørende.¹²⁶

Menneskerettighetsutvalget valgte å legge formuleringen av legalitetsprinsippet tett opp mot den tradisjonelle forståelsen av prinsippet. Dette ble gjort for å klargjøre at både

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid.

¹²³ Eckhoff/Smith (2018) s. 343.

¹²⁴ Ibid. s. 344, Nilsen (2021) s. 114-115.

¹²⁵ Eckhoff/Smith (2018) s. 356, Nilsen (2021) s. 114.

¹²⁶ Eckhoff/Smith (2018) s. 343-344.

normeringshandlinger og faktiske handlinger faller inn under legalitetsprinsippets virkeområde.¹²⁷

Høyesterett har ved flere anledninger konkludert med at faktiske handlinger aktualiserer legalitetsprinsippet. Et eksempel på dette er dommen Rt-1995-20, som omhandler en polititjenestepersons tvangsmedisinering av en utenlandsk statsborger. Her uttalte Høyesterett at «legalitetsprinsippet tilsier at det må kreves hjemmel i lov for at en slik tjenestehandling skal være akseptabel. Slik lovhjemmel finnes ikke.»¹²⁸ Også på bevisprovokasjonsområdet har Høyesterett virket å ta i bruk den tradisjonelle forståelsen av legalitetsprinsippet ved å vurdere bevisprovokasjonshandlingen opp mot legalitetsprinsippet.¹²⁹

Ved fastleggelsen av legalitetsprinsippets innhold vil det være nærliggende å se hen til de sentrale hensynene prinsippet bygger på. Både hensynet til demokratisk legitimitet og forutberegnelighet gjør seg i like stor grad gjeldende for faktiske handlinger som for normeringshandlinger. Muligheten for myndighetsmisbruk er også tilstedeværende, uavhengig av om det foretas faktiske handlinger eller normeringshandlinger. Sondringen mellom handlingstypene finner altså ikke støtte i legalitetsprinsippets sentrale hensyn.

Den ovennevnte analysen viser at de beste grunner taler for å forstå legalitetsprinsippet som en generell forbudsnorm, i tråd med den tradisjonelle retningen. Dette medfører at legalitetsprinsippet utgjør en konstitusjonell skranke for faktiske handlinger, slik som politiets utøvelse av bevisprovokasjon. Løsningen har støtte i lovtekst, forarbeider, høyesterettspraksis og juridisk teori.¹³⁰ Den tradisjonelle retningen samsvarer også best med hensynene som ligger bak legalitetsprinsippet. Dette har den følge at myndighetenes bruk av den alminnelige handlefrihet som hjemmelsgrunnlag er begrenset til ikke-inngripende tiltak som ikke er forbudt ved lov.¹³¹

¹²⁷ Dokument 16 (2011-2012) punkt 41.5.

¹²⁸ Rt-1995-20 s. 21.

¹²⁹ Rt-1984-1076, HR-2020-2137-A.

¹³⁰ Nilsen (2021) s. 122-123.

¹³¹ Ibid. s. 114.

4.1.2 Inngrepsterskelen for bevisprovokasjonshandlinger

Legalitetsprinsippet fungerer som skranke for myndighetenes faktiske handlinger, herunder bevisprovokasjonshandlinger. Som følge av at Grl. § 113 er en terskelbestemmelse, er det imidlertid ikke gitt at bevisprovokasjonshandlinger er så byrdefulle at de utgjør et inngrep.¹³² Det avgjørende for om det foreligger et inngrep vil være om, og i hvilken grad, provokasjonshandlingene sies å gripe inn i den enkeltes rettssfære.¹³³ I teorien defineres den enkeltes rettssfære som de rettigheter og friheter alle har i kraft av å være borgere. Dette vil i hovedsak dreie seg om rettigheter som ytringsfrihet, handlefrihet, bevegelsesfrihet, retten til fysisk og psykisk integritet og retten til en privatsfære.¹³⁴ I Rt-1995-530 fastslo Høyesterett at sentrale momenter i inngrepsvurderingen vil være «hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes.»¹³⁵

Bevisprovokasjonsbegrepet rommer et vidt spenn av ulike handlinger, som varierer både i intensitet og omfang. Det kan derfor være vanskelig å fastslå akkurat hvilke type rettigheter og friheter metodebruken risikerer å gripe inn i. Typetilfellet er imidlertid at politiet utsetter bevisprovokasjonsobjektet for en kombinasjon av overvåkning og adferdspåvirkning, med det formål å påvirke objektet til å foreta inkriminerende handlinger. Det er altså rettigheter og friheter tilknyttet borgernes private sfære som i varierende grad virker å berøres.¹³⁶

Det byr på utfordringer å angi eksakt når en byrdefull handling i den private sfære krysser inngrepsterskelen. For de andre rettighetsområdene vil inngrepsterskelen ofte være relativt klar. Det er for eksempel klart at en varetektsfengsling vil være et inngrep i bevegelsesfriheten. Inngrepsterskelen i den private sfære vil derimot i stor grad måtte bero på en konkret vurdering av tiltakets art, omfang og varighet.¹³⁷ Til tross for at legalitetsprinsippet verner om den private sfære, herunder privatlivets fred og den psykiske integritet, har rettighetene tradisjonelt hatt et svakt vern sammenlignet med vernet om den personlige frihet og økonomiske rettigheter. Det har derfor vært antatt at det skal mye til før byrdefull myndighetsutøvelse utgjør et inngrep i den private sfære.¹³⁸

¹³² Rt-1995-530, Øyen (2019) s. 162.

¹³³ Dokument 16 (2011-2012) s. 249.

¹³⁴ Øyen (2019) s. 162.

¹³⁵ Rt-1995-530 s. 537.

¹³⁶ Hopsnes (2003) s. 75.

¹³⁷ Hopsnes/Solberg (2005) s. 120.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) punkt 3.2, Hopsnes (2003) s. 75.

På bevisprovokasjonsområdet bygger gjeldende rett i stor grad på uttalelsene i Rt-1984-1076. Høyesterett har i ettertid, ved flere anledninger, tilsluttet seg den forståelsen av legalitetsprinsippets innhold og rekkevidde som her ble lagt til grunn.¹³⁹ Dommen er imidlertid 38 år gammel og det kan stilles spørsmål ved om legalitetsprinsippets innhold og rekkevidde har endret seg frem til i dag. Videre kan det spørres om denne eventuelle endringen er så stor at gjeldende rett ikke lenger samsvarer med dagens forståelse av inngrepsterskelen etter Grl. § 113.

For bedre å forstå hvorfor Høyesterett konkluderte som de gjorde i Rt-1984-1076 er det naturlig å ta utgangspunkt i rettskulturen som gjorde seg gjeldende på domstidspunktet. Legalitetsprinsippet var ikke grunnlovsfestet på domstidspunktet, men det var uomtvistet at prinsippet gjaldt som konstitusjonell sedvanerett. Mangelen på grunnlovshjemmel er ikke ensbetydende med at legalitetsprinsippet sto svakere i 1984, dette skyldes at grunnlovsfestingen kun tok sikte på å kodifisere allerede gjeldene rett. Den formelle forståelsen av legalitetsprinsippet sto imidlertid sterkt i tidsperioden og legalitetsprinsippets vern om faktiske handlinger sto derfor svakt.¹⁴⁰ Det forelå i tillegg en høy terskel for å konstatere inngrep i den private sfære.¹⁴¹ Rettskulturen på domstidspunktet var også preget av at politiet hjemlet store deler av sin myndighetsutøvelse i den ulovfestete generalfullmakten. Før ikrafttredelse av politiloven av 1995 var dette et akseptert og anerkjent rettsgrunnlag for politiet.¹⁴² Politiets tjenestep praksis var i stor grad styrende for generalfullmaktens innhold. I så måte opererte politiet innenfor generalfullmaktens område både som lovgiver og utøvende myndighet. En slik løsning bryter med flere av de sentrale hensynene bak legalitetsprinsippet, slik som maktfordelingsprinsippet, folkesuverenitetsprinsippet og muligheten til å forutberegne sin rettsstilling.¹⁴³ Oppsummert bar rettskulturen preg av i stor grad å akseptere uhjemlede inngrep i form av faktiske handlinger, særlig der målet var å bekjempe kriminalitet. Målet helliget i stor grad middelet.¹⁴⁴ På bakgrunn av dette var det ikke overraskende at Høyesterett i 1984 konkluderte som de gjorde, da de kom til at den alminnelige handlefrihet var tilstrekkelig hjemmel for provokasjonshandlinger.

¹³⁹ Se oppgavens 3.3.

¹⁴⁰ Nilsen (2021) s. 373.

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) punkt 3.2.

¹⁴² Nilsen (2021) s. 368.

¹⁴³ Ibid. s. 371.

¹⁴⁴ Ibid.

Rettskulturen har imidlertid utviklet seg betraktelig på 38 år. Generalfullmakten er ikke lenger akseptert som rettsgrunnlag for politiets myndighetsutøvelse, innholdet i generalfullmakten er nå lovfestet i pl. § 7. Videre har menneskerettighetenes stilling blitt betydelig styrket i Norge, først gjennom vedtakelsen av menneskerettsloven av 1999 og deretter gjennom implementeringen av bestemte menneskerettighetsbestemmelser i Grunnlovens kapittel E i 2014. Viktigheten av vernet om den private sfære kom enda tydeligere frem gjennom vedtakelsen av Grl. § 102. Legalitetsprinsippets rolle som skranke for myndighetenes maktutøvelse ble også synliggjort gjennom vedtakelsen av Grl. § 113.¹⁴⁵ Forarbeidene til både den nåværende og den nye straffeprosessloven har vektlagt menneskerettighetenes rolle i norsk rett og funnet det «ikke tvilsomt at flere av de politimetoder som i dag anvendes uten lovhjemmel, faller inn under den vernede sfære etter EMK art. 8 (1), og således krever hjemmel i lov.»¹⁴⁶ Ut ifra et rettskulturelt perspektiv kan det derfor stilles spørsmål ved om det var riktig av Høyesterett i 2020 å legge seg på samme linje som de gjorde i 1984.¹⁴⁷

Det har vært antatt at det skal mer til før straffeprosessuell myndighetsutøvelse aktualiserer lovskravet på området for den private sfære enn for andre rettsområder.¹⁴⁸ Senere års høyesterettspraksis kan imidlertid sies ha gått i retning av å skjerpe inn lovskravet for straffeprosessuelle inngrep i den private sfære etter Grl. § 113. Et eksempel på dette er Rt-2014-1105, som omhandlet materiale ervervet ved kommunikasjonskontroll. Høyesterett konkluderte med at innhenting, oppbevaring og bruk av slikt materiale krevde lovhjemmel. I tillegg til dette oppstilte Høyesterett et tilgjengelighets- og presisjonskrav.¹⁴⁹ Dommen kan altså tas til inntekt for at inngrepsterskelen etter det alminnelige legalitetsprinsippet, i nyere tid, er noe senket.

Klarhetskravet som utledes av det strafferettslige legalitetsprinsippet er også praktisert betydelig strengere i senere tid. Tidligere høyesterettspraksis var preget av å vektlegge lovgivers intensjon tungt. Dette medførte at Høyesterett tolket lovens ordlyd lenger enn det var grunnlag for etter vanlig norsk språkforståelse.¹⁵⁰ Høyesterett har i senere tid fraveket denne praksisen. Lovgivers intensjon er ikke lenger av betydning hvis den ikke har støtte i ordlyden. Rammer ikke loven slik den var tiltenkt, må den eventuelt endres for å tilfredsstille

¹⁴⁵ Dokument 16 (2011-2012) punkt 41.5.

¹⁴⁶ NOU.2004:6 punkt 1.3.3.1.

¹⁴⁷ HR-2020-2137-A (42).

¹⁴⁸ Frøberg (2015) s. 70.

¹⁴⁹ Rt-2014-1105 (30).

¹⁵⁰ Rt-1973-433, Frøberg (2015) s. 47.

klarhetskravet i Grl. § 96.¹⁵¹ Innskjerpingen av klarhetskravet på strafferettens område kan sees på som en følge av domstolenes generelle innstramming av legalitetskontrollen.¹⁵² Av hensyn til sammenheng i systemet kan det derfor argumenteres for at inngrepsterskelen også er lavere enn tidligere. Straffeprosessuelle inngrep, herunder bevisprovokasjonshandlinger, reguleres av det alminnelige legalitetsprinsippet i Grl. § 113. De hensyn som begrunner det strafferettslige legalitetsprinsippet gjør seg imidlertid også i stor grad gjeldende for straffeprosessuelle inngrep.¹⁵³ Faren for myndighetsmisbruk er til stede på begge områder. Legalitetsprinsippet motvirker denne faren ved å sikre demokratisk legitimitet, forutberegnelighet, likebehandling og kontroll med myndighetsutøvelsen.¹⁵⁴ Inngrepsterskelen og klarhetskravet som stilles til straffeprosessuelle inngrep burde derfor ikke i for stor grad avvike fra strafferettens intensiverte hjemmelskontroll.

Etter min vurdering er det ikke mulig å trekke en eksakt grense for når bevisprovokasjonshandlinger på generelt grunnlag utgjør et inngrep. Det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Den ovennevnte analysen viser imidlertid at gode grunner taler for å anse den generelle inngrepsterskelen på bevisprovokasjonsområdet som noe senket. For å danne et klart bilde av legalitetsprinsippets rolle som skranke for bevisprovokasjonsadgangen, må den lave inngrepsterskelen sees i lys av at myndighetene kun kan anvende ikke-inngripende tiltak som ikke er forbudt ved lov. All den tid bevisprovokasjonshandlingene bygger på ulovfestet rett, sitter en da igjen med en veldig snever bevisprovokasjonsadgang. På bakgrunn av denne analysen er det vanskelig å følge Høyesteretts resonnement i HR-2020-2137-A. Når døren først åpnes for at metodebruken kan utgjøre et «inngrep», må det forventes at Høyesterett foretar en vurdering av om dette reelt sett er tilfellet. Det virker klart at Høyesteretts argument om manglende lovgivningsvilje ikke kan stå seg mot de grensene som oppstilles i Grl. § 113. Dette gjelder uavhengig av om den ulovfestede læren hjemles i den alminnelige handlefrihet eller høyesterettspraksis. Det er altså mye som tyder på at Høyesterett i dette tilfellet ikke tilstrekkelig har ivaretatt sin plikt til å prøve grunlovsmessigheten av myndighetsutøvelsen.

¹⁵¹ Rt-2012-313, Rt-2014-238 (24), Frøberg (2015) s. 47, 59.

¹⁵² Frøberg (2015) s. 70.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Nilsen (2021) s. 142.

5 Menneskerettighetene som konstitusjonell skranke for bruken av bevisprovokasjon

Det ble i forrige kapittel konkludert med at legalitetsprinsippet fungerer som en formell skranke for bruken av bevisprovokasjonshandlinger. Inngrep i form av bevisprovokasjonshandlinger må ha hjemmel i formell lov. Legalitetsprinsippet omhandler imidlertid ikke de kvalitative kravene som stilles til lovens materielle innhold.¹⁵⁵ For å fastslå de materielle skrankene for bruken av bevisprovokasjon som etterforskningsmetode, vil det bli tatt utgangspunkt i utvalgte grunnlovsbestemmelser og deres korresponderende EMK-artikler. Bestemmelser av særlig betydning for bevisprovokasjonsadgangen er retten til respekt for privatlivet, jf. Grl. § 102 og EMK art. 8 og retten til en rettfærdig rettergang jf. Grl. § 95 og EMK art. 6. Som følge av at den videre fremstillingen bygger på både Grunnen og den europeiske menneskerettskonvensjonen vil det innledningsvis i kapitlet bli redegjort for forholdet mellom de to regelsettene. Hensikten vil være å fastslå om de korresponderende bestemmelsene skal forstås på samme måte, slik at de gir uttrykk for samme rettsregel.

5.1 EMK-inspirert grunnlovstolkning

Grunnen er den høyeste rettskilden i Norge. I grunnlovsrevisjonen av 2014 ble en rekke menneskerettsbestemmelser inntatt i Grunnen kapittel E. Disse menneskerettsbestemmelsene har konstitusjonell status, noe som medfører at de ved motstrid går foran rettsregler av lavere rang.¹⁵⁶ Det er Høyesterett som til enhver tid fastslår innholdet i grunnlovsbestemmelsene, herunder også menneskerettighetsbestemmelsene i kapittel E.¹⁵⁷

Den europeiske menneskerettsdomstolen tolker og fastslår innholdet i den europeiske menneskerettskonvensjonen. EMK er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven (mrl.).¹⁵⁸ Det følger av forrangsregelen i mrl. § 3 at menneskerettighetene ved motstrid skal gå foran annen lovgivning. Menneskerettsloven er imidlertid ikke vedtatt med Grunnen rang, som har den konsekvens at Høyesterett ikke er bundet av EMD sin tolkning av EMK.¹⁵⁹ Det er imidlertid en sterk presumsjon for at grunnlovsbestemmelsene skal tolkes i samsvar

¹⁵⁵ Nilsen (2021) s. 165.

¹⁵⁶ Smith (2017) s. 70.

¹⁵⁷ Nilsen (2021) s. 171.

¹⁵⁸ Mrl. § 2.

¹⁵⁹ Grl. §§ 76 flg. Aall (2017) s. 24.

med de korresponderende bestemmelsene i EMK.¹⁶⁰ Denne presumsjonen kommer blant annet til uttrykk i ordlyden til Grl. § 92. Bestemmelsen kan sies å gi en konstitusjonell forankring for å tolke grunnlovsbestemmelsene i lys av EMK.¹⁶¹ Et slikt presumsjonsprinsipp har også støtte i forarbeidene.¹⁶²

Basert på denne redegjørelsen anses det forsvarlig å ta utgangspunkt i EMK art. 8 og 6 i lys av EMD-praksis for å kartlegge innholdet i henholdsvis Grl. § 102 og § 95. Dette begrunnes ytterligere i at grunnlovsbestemmelsene er relativt nye og det foreligger derfor lite nasjonal rettspraksis på området. De korresponderende EMK-artiklene bygger derimot på et stort antall EMD-avgjørelser og rettstilstanden er i større grad gjennomarbeidet og avklart.¹⁶³

5.2 Retten til respekt for privatlivet som skranke for bevisprovokasjonsadgangen, jf. Grl. § 102 og EMK art. 8

EMK art. 8 er todelt. Bestemmelsens første del gir uttrykk for at «Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.» Vernet er imidlertid ikke absolutt og det åpnes for å gjøre inngrep i rettighetene, såfremt vilkårene i del to er oppfylt. Den videre fremstillingen vil følge samme struktur som bestemmelsen. Det vil først bli vurdert om bevisprovokasjonshandlinger utgjør et inngrep i en av de vernede rettighetene. Deretter vil det bli redegjort for de vilkår som må oppfylles for at staten legitimt kan gjennomføre inngrepet.

5.2.1 Representerer bevisprovokasjonshandlinger et inngrep i en av de vernede rettighetene i EMK art. 8

Hovedbegrepet «private [...] life» er så omfattende at det konsumerer de øvrige begrepene «family life», «home» og «correspondence».¹⁶⁴ Spørsmålet blir derfor om bevisprovokasjonshandlinger kan anses som en krenkelse av retten til «private life».

Hva som omfattes av betegnelsen «private life» lar seg vanskelig utlede av ordlyden alene. I dagligtalen brukes vanligvis privat som en motsats til det som er offentlig, noe som trekker i

¹⁶⁰ Dokument 16 (2011-2012) punkt 15.2.2.

¹⁶¹ Aall (2017) s. 46.

¹⁶² Dokument 16 (2011-2012) punkt 15.2.2.

¹⁶³ Nilsen (2021) s. 175.

¹⁶⁴ Aall (2017) s. 214.

retning av at det offentlige faller utenfor virkeområdet. EMD har uttalt at det ikke er mulig å gi en uttømmende definisjon av hva som ligger i «private life», men det er imidlertid klart at begrepet rommer vidt.¹⁶⁵ Også innblanding i den psykiske integritet kan etter omstendighetene karakteriseres som inngrep.¹⁶⁶ Aall har beskrevet «private life» som en sfære hvor individet kan motsette seg inngrep fra både private aktører og offentlig myndighet.¹⁶⁷

Til tross for at «private life» favner vidt, vil ikke enhver innblanding på rettighetsområdet representere et inngrep. Det kreves at innblandingen har en uønsket og/eller negativ innvirkning på individets fysiske eller psykiske integritet, og/eller den fysiske og sosiale integritet.¹⁶⁸ I tillegg kreves det at innblandingen må overstige et visst minimum av intensitet.¹⁶⁹ Det legges altså opp til at det må foretas en konkret helhetsvurdering for å kunne fastslå om det foreligger et inngrep i retten til privatlivet etter EMK art. 8.

Et moment i helhetsvurderingen vil være om den byrdefulle handlingen retter seg mot det private hjem. Det er i EMD-praksis lagt til grunn at det ikke er nødvendig at innblandingen retter seg mot det private hjem for at det skal foreligge et inngrep i privatlivet.¹⁷⁰ Likevel står det private hjem i en særstilling, da det befinner seg helt i kjerneområdet av art. 8. Dette kan illustreres med at EMD i flere dommer har konkludert med at overvåkning av personer i det private hjem er et inngrep etter art. 8.¹⁷¹ Har overvåkingen blitt gjennomført i offentligheten, har de derimot vært mer tilbakeholde med å regne dette som et inngrep.¹⁷² Det vil da i større grad måtte foretas en helhetsvurdering hvor momenter som myndighetsutøvelsens varighet, intensitet og individets rimelige forventning om å få være i fred vil være sentrale.¹⁷³

Overfor infiltrasjons- og provokasjonshandlinger har EMD ansett det som et moment i helhetsvurderingen om individet, som følge av sin kriminelle virksomhet, burde skjønt at han risikerte å bli utsatt for nevnte handlinger. Besvares dette spørsmålet bekræftende vil det trekke i retning av at infiltrasjons- og/eller provokasjonshandlingen ikke er et inngrep i privatlivet. Dette momentet ble vektlagt i *Lüdi v. Switzerland*. Lüdi var mistenkt for å omsette narkotika, og politiet benyttet seg derfor av en «undercover agent». Agenten «made use of the

¹⁶⁵ Peck v. The United Kingdom (57).

¹⁶⁶ Stubbings v. The United Kingdom (61).

¹⁶⁷ Aall (2017) s. 215.

¹⁶⁸ Stubbings v. The United Kingdom (61), Mikulic v. Croatia (53), Nilsen (2021) s. 324.

¹⁶⁹ Conka and others v. Belgium, Kjølbros (2020) s. 859.

¹⁷⁰ Niemietz v. Germany (29).

¹⁷¹ Khadija Ismayilova v. Azerbaijan (105-106), Khan v. The United Kingdom (25).

¹⁷² P.G and J.H v. The United Kingdom (56).

¹⁷³ Ibid (57).

personal contact established by deceit to obtain information and influence the conduct of the applicant.»¹⁷⁴ Handlingen var altså en kombinasjon av infiltrasjon og provokasjon. Til tross for at handlingen hadde pågått over en ikke ubetydelig tidsperiode og bar preg av å være intens, konkluderte EMD med at det ikke forelå et inngrep i privatlivet. Dette ble begrunnet med at Lüdi var klar over at han foretok en straffbar handling og at han dermed «was running the risk of encountering an undercover police officer whose task would in fact be to expose him.»¹⁷⁵ Dette momentet har imidlertid blitt kritisert. Kriminelle burde som oftest forstå at de som følge av sin virksomhet risikerer å bli utsatt for både politihandlinger og straffeprosessuelle handlinger. Skulle denne forståelsen bli tatt til inntekt for at det ikke foreligger et inngrep i privatlivet, kan dette åpne dørene for at etablerte inngrep slik som pågripelse og fengsling i teorien ikke lenger automatisk kan karakteriseres som dette.¹⁷⁶ Nyere EMD-praksis virker også å gå bort fra standpunktet som ble tatt i *Lüdi v. Switzerland*. Både *Uzun v. Germany* og *GRBA v. Croatia* omhandlet spaning og infiltrasjon, og det ble i begge sakene konkludert med at både spaningen og infiltrasjonen var å regne som et inngrep i privatlivet.¹⁷⁷ Både nyere rettspraksis, reelle hensyn og juridisk teori trekker derfor i retning av at rettstilstanden er endret. Det er derfor omtvistet om momentet oppstilt i *Lüdi v. Switzerland* fremdeles burde tillegges vekt.

Basert på EMDs forståelse av art. 8, fremstår det klart at bevisprovokasjon kan utgjøre et inngrep i privatlivet. Det finnes imidlertid ikke holdepunkter for å konkludere med at alle bevisprovokasjonshandlinger i realiteten vil utgjøre et inngrep. Det må derfor i hver enkelt sak foretas en konkret helhetsvurdering for å avgjøre om handlingen overstiger individets tålegrense. Det er vanskelig å trekke en klar grense, men grensedragningen vil bero på en vurdering av handlingens intensitet, varighet og individets forventning om å få være i fred. Nyere EMD-praksis virker å ha senket terskelen for når skjulte etterforskningsmetoder, herunder spaning og infiltrasjon, utgjør et inngrep i privatlivet. Provokasjonshandlinger har flere likhetstrekk med de nevnte metoder og anses vanligvis som enda mer inngripende. Systembetragtninger taler derfor for å anse inngrepsterskelen som noe senket også for provokasjonshandlinger.

¹⁷⁴ Lüdi v. Switzerland (35).

¹⁷⁵ Ibid (40).

¹⁷⁶ Nilsen (2021) s. 333.

¹⁷⁷ Uzun v. Germany (52), GRBA v. Croatia (83), Ibid. s. 333-334.

5.2.2 Inngrepsadgangen etter EMK art. 8 nr.2

Bevisprovokasjonshandlinger som utgjør et inngrep i retten til privatlivet vil ikke innebære en krenkelse av menneskerettskonvensjonen, såfremt inngrepet er «in accordance with the law» og «necessary in a democratic society», jf. EMK art. 8 nr. 2. Anses hjemmelskravet og nødvendighetskravet som EMK her oppstiller som oppfylt, kan myndighetene rettmessig gripe inn i individets rett til privatliv. Ifølge EMK art. 8 (2) kan inngrep anses som «necessary in a democratic society» når inngrepet foretas «for the prevention of disorder or crime.» Inngrepet må imidlertid være proporsjonalt i forhold til formålet.¹⁷⁸ Har konvensjonslandene vært i god tro og på en fornuftig måte konkludert med at et inngrep er nødvendig, vil dette i stor grad aksepteres av EMD. Dette forutsetter imidlertid at vurderingen bygger på en akseptabel bedømmelse av omstendighetene.¹⁷⁹ Av mangel på andre holdepunkter antas det derfor at nødvendighetskravet for norsk retts vedkommende er oppfylt. Det neste spørsmålet blir da om bevisprovokasjonsadgangen er «in accordance with the law».

Ordlyden «in accordance with the law» gir uttrykk for et legalitetskrav. Legalitetskravet etter EMK er todelt. For det første stilles det krav til at inngrepet har hjemmel i nasjonal lovgivning. Det må altså eksistere nasjonale regler som gir myndighetene rett til å foreta et inngrep.¹⁸⁰ For det andre oppstilles det visse kvalitative krav til hjemmelsgrunnlaget.¹⁸¹

EMD lar det vanligvis være opp til nasjonale domstoler å fortolke og anvende nasjonal rett. De har derfor vært tilbakeholdne med å overprøve om det nasjonale lovskravet er oppfylt.¹⁸² Ordlyden «in accordance with the law» kan trekke i retning av at inngrep må bygge på formell lov, men dette er ikke tilfellet. EMKs hjemmelsgrunnlag bygger på et innholdsmessig lovskrav, i motsetning til det norske legalitetsprinsippet som bygger på et formelt lovskrav. Dette medfører at både lovfestede, ulovfestede og internasjonale rettskilder aksepteres som hjemmelsgrunnlag i EMK.¹⁸³ Dette er blant annet lagt til grunn i *Sunday Times v. The United Kingdom*, hvor det ble uttalt at «the word «law» [...] covers not only statute but also unwritten law.»¹⁸⁴ Dommen behandlet hjemmelskravet i EMK art. 10, men det er på det rene at

¹⁷⁸ Kjølbro (2020) s. 851.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid. s. 837.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² *Chappell v. The United Kingdom* (54).

¹⁸³ Kjølbro (2020) s. 838.

¹⁸⁴ *Sunday Times v. The United Kingdom* (47).

uttalelsen også gjelder for EMK art. 8.¹⁸⁵ Den ulovfestede bevisprovokasjonsadgangen oppfyller derfor i utgangspunktet EMKs krav til et nasjonalt hjemmelsgrunnlag. Det neste spørsmålet blir om bevisprovokasjonsadgangen samsvarer med konvensjonens kvalitative krav til hjemmelsgrunnlag.

Det er som tidligere nevnt ikke tilstrekkelig at det eksisterer nasjonale rettsregler. Rettsreglene som utgjør hjemmelsgrunnlaget, må også være forenelig med «the rule of law». Det vil si at rettsreglene i tilstrekkelig grad må være tilgjengelige og forutberegnelige.¹⁸⁶ Dette kom til uttrykk i *Sunday Times v. The United Kingdom*, hvor EMD uttalte:

«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 with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty.»¹⁸⁷

Tilgjengelighets- og forutberegnelighetsvurderingen beror i stor grad på karakteren og intensiteten av inngrepet. De kvalitative kravene skjerpes i takt med inngrepets alvorlighetsgrad.¹⁸⁸ Ved straffeprosessuelle tvangsinngrep har EMD særlig vektlagt om rettsreglene regulerer hvilke situasjoner som aktualiserer inngrep og om rettsreglene oppstiller garantier mot vilkårlighet.¹⁸⁹ Det trekkes i retning av at individets forutberegnelighet er ivaretatt hvis rettsreglen angir hvilke kriminalitetshandlinger som kan begrunne inngrepet, hvilke personer som risikerer å bli utsatt for inngrepet og inngrepets avgrensning i tid.¹⁹⁰ Samtidig vektlegges det om prosessen gjennomføres under tilstrekkelig kontroll og sikrer notoritet, som sikrer etterfølgende kontroll av domstol og forsvarer.¹⁹¹

Det kan stilles spørsmål ved om det faktisk at bevisprovokasjonshandlinger vanligvis gjennomføres i det skjulte, uten at mistenkte er klar over det, endrer kravet tilgjengelighet og forutberegnelighet. Hvis den mistenkte med sikkerhet vet at politiet vil ta i bruk

¹⁸⁵ *Silver and others v. The United Kingdom* (85-86).

¹⁸⁶ Kjølbro (2020) s. 839.

¹⁸⁷ *Sunday Times v. The United Kingdom* (49).

¹⁸⁸ *Petri Sallinen and others v. Finland* (90).

¹⁸⁹ *Camenzind v. Switzerland* (37).

¹⁹⁰ *Valenzuela Contreras v. Spain* (46), Kjølbro (2020) s. 845.

¹⁹¹ *Ibid.*

bevisprovokasjonshandlinger, vil dette gjøre etterforskningsmetoden ineffektiv. I *Malone v. The United Kingdom*, som omhandler skjult kommunikasjonskontroll, tok EMD stilling til tilgjengelighets- og forutberegnelighetsvurderingen i relasjon til skjulte etterforskningsmetoder. EMD ga uttrykk for at kravene til hjemmelsgrunnlag generelt skjerpes for hemmelige inngrep, da risikoen for myndighetsmisbruk er stor.¹⁹²

EMD oppstilte også et krav om at hjemmelen må være «sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life.»¹⁹³ Rettsregelen må altså gi borgerne en rimelig mulighet til å forutse hvilke omstendigheter som kan hjemle inngrep i privatlivet. Tilgjengelighets- og forutsigbarhetskravet medfører imidlertid ikke «that an individual should be enabled to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly.»¹⁹⁴ Konvensjonen krever altså ikke at borgerne med sikkerhet skal kunne forutsi når myndighetene vil ta i bruk hemmelige etterforskningsmetoder.

Rettsreglenes tilgjengelighet overfor befolkningen er et sentralt moment i EMDs tilgjengelighets- og forutberegnelighetsvurdering. Konvensjonen stiller ikke krav til at rettsregelen må offentliggjøres i en rettsakt. I *Zakharov v. Russia* godtok EMD at rettsregelen var publisert «in a official ministerial magazine» og ellers lå tilgjengelig for allmenheten på internett.¹⁹⁵ Må imidlertid rettsregelen utledes fra flere ulike kilder, vil allmenheten kunne ha problemer med å skaffe seg oversikt over innholdet av rettsregelen. Dette vil trekke i retning av at regelen ikke er tilgjengelig eller forutberegnelig. I *Kruslin v. France* konkluderte EMD med at det forelå konvensjonsbrudd som følge av at hjemmelsgrunnlaget var av så fragmentarisk karakter, at det ikke oppfylte kravet til tilgjengelighet og forutberegnelighet.¹⁹⁶

Det fremgår av oppgavens tredje kapittel at forarbeider, rettspraksis, rundskriv og juridisk litteratur samlet sett gir et helhetlig bilde av bevisprovokasjonsadgangen. Vilårene gir ikke en eksakt fasit på når og hvordan bevisprovokasjonshandlinger kan bli gjennomført. En slik regulering er, sett i lys av ovennevnt EMD-praksis, imidlertid ikke nødvendig. Kriminalitets-

¹⁹² *Malone v. The United Kingdom* (67-68).

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Roman Zakharov v. Russia* (242).

¹⁹⁶ *Kruslin v. France* (34).

og subsidiaritetsvilkåret ivaretar borgernes mulighet til å forutse hvilke omstendigheter som kan aktualisere inngrep i privatlivet, i form av bevisprovokasjon. Det er kun personer som mistenkes for alvorlig kriminalitet som kan rammes og det gjelder kun på områder hvor tradisjonelle etterforskningsmetoder ikke vil føre frem. En person som deltar i slike alvorlige straffbare handlinger vil med stor grad av sikkerhet være klar over at politiet vil kunne ta i bruk skjulte etterforskningsmetoder, herunder bevisprovokasjon for å oppklare saken. Det virker på bakgrunn av dette naturlig å konkludere med at nasjonal rett her sammenfaller med EMK art. 8.

Gjennomgangen av EMD-praksis viser at inngrep i privatlivet lettere aksepteres hvis det nasjonale hjemmelsgrunnlaget er egnet til å motvirke vilkårlighet og ellers sikrer tilstrekkelig grad av kontroll og notoritet. Det er i nasjonal rett oppstilt et krav om at bevisprovokasjonsadgangen må samsvare med prosessuelle grunnprinsipper, og det stilles krav til en fullgod saksbehandling. Utslaget av disse vilkårene er at det har blitt oppstilt krav til blant annet tilstrekkelig beslutningskompetanse, skriftlighet og etterprøvbarehet. Disse kravene bidrar til både å motvirke myndighetsmisbruk og vilkårlighet, samt sikre tilstrekkelig kontroll og notoritet. Høyesterett har også ved flere anledninger vist at de er villige til å foreta en reell prøving av disse vilkårene.¹⁹⁷ Det konkluderes derfor med at norsk rett på dette området oppfyller kravene utledet av EMK art. 8.

Det avgjørende spørsmålet blir om det nasjonale hjemmelsgrunnlaget anses å være av en så fragmentarisk karakter, at det ikke oppfyller kravet til tilgjengelighet og forutberegnelighet. For å danne seg et helhetlig bilde av bevisprovokasjonsadgangen etter norsk rett, må en rekke dommer, forarbeider og rundskriv gjennomgås. Til tross for at disse rettskildene både ligger tilgjengelig for offentligheten og i utgangspunktet kan aksepteres som hjemmelsgrunnlag etter EMK.¹⁹⁸ Kan det stilles spørsmål ved om alminnelige borgere skal forventes å kunne skaffe seg oversikt over et så stort og komplisert rettskildebilde. Det var usikkerheten tilknyttet dette spørsmålet som var avgjørende da Straffeprosessutvalget konkluderte med at de ønsket å lovfeste metoden. Det ble gitt uttrykk for at det var tvilsomt om det norske hjemmelsgrunnlaget ville bli akseptert i EMD, som følge av sin fragmentariske karakter.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Rt-2000-1223.

¹⁹⁸ Sunday Times v. The United Kingdom (49).

¹⁹⁹ NOU 2004:6 punkt 10.2.1.

Den generelle utviklingen blant konvensjonslandene er et argument som ytterligere taler for at den norske løsningen ikke samsvarer med EMK på dette området. Det har vært en trend blant konvensjonslandene å lovregulere flere av de skjulte etterforskningsmetodene. Dette har også vært tilfellet i flere «common law»-land, hvor en slik detaljert lovfesting tradisjonelt har vært uvanlig.²⁰⁰ Trenden kan blant annet skyldes at det, til tross for mangelen på krav om formell lovgivning, er vanskelig å oppfylle konvensjonens hjemmelskrav uten formell lov.²⁰¹ Dette vil i så fall være et argument som trekker i retning av at det norske hjemmelsgrunnlaget ikke vil aksepteres. Trenden kan også sies å gi uttrykk for en felles europeisk standard, noe som kan medføre at EMD vil stille enda strengere krav til hjemmelsgrunnlag nå enn tidligere.²⁰²

Straffeprosessutvalget har anført at EMD kan komme til å vurdere hjemmelskravet i lys av rettstradisjonen i det enkelte land.²⁰³ Norge skiller seg vesentlig fra «common law»-land. I Norge er rettstilstanden slik at ethvert inngrep krever hjemmel i formell lov. De fleste rettsområder er også vanligvis regulert gjennom formell lovgivning, selv der det ikke foreligger et inngrep. Skulle EMD vektlegge denne tradisjonen, vil det trekke ytterligere i retning av at hjemmelskravet i relasjon til EMK art. 8 ikke er oppfylt.

Etter å ha kartlagt innholdet av hjemmelskravet i EMK art. 8 og anvendt rettsregelen på den ulovfestede bevisprovokasjonsadgangen, taler de beste grunner for å konkludere med at det nasjonale hjemmelsgrunnlaget er av en så fragmentarisk karakter, at kravet til tilgjengelighet og forutberegnelighet etter EMK art. 8 ikke er oppfylt. Bevisprovokasjonshandlinger som utgjør et inngrep i privatlivet vil da, i tillegg til å være i strid med det nasjonale lovskravet etter Grl. § 113, bryte med EMKs egne lovskrav. Det foreligger altså en krenkelse av menneskerettskonvensjonen.

²⁰⁰ NOU 2004:6 10.2.1, Nordhus (2020) s. 178.

²⁰¹ Prop. 68 L (2015-2016) s. 40.

²⁰² NOU 2004:6 punkt 10.2.1.

²⁰³ Ibid.

5.3 Retten til en rettferdig rettergang som skranke for bevisprovokasjonsadgangen, jf. Grl. § 95 og EMK art. 6

Det følger av EMK art. 6. nr. 1 at «in determination [...] of any criminal charge [...] everyone is entitled to a fair [...] hearing.» Begrepet «fair hearing» omfatter flere ulike aspekter og rettigheter knyttet til straffesaksbehandlingen, herunder også de rettighetene som uttrykkelig nevnes i EMK art. 6 nr. 2 og 3. Den vide formuleringen gjør det umulig å gi en uttømmende oppregning av alle momenter som er av betydning for retten til en rettferdig rettergang.²⁰⁴ For å fastslå om det foreligger en krenkelse av retten til en rettferdig rettergang må det foretas en konkret vurdering av prosessen som helhet.²⁰⁵ Resultatet av vurderingen beror på om de ulike momentene samlet sett trekker i retning av at det foreligger en krenkelse. Denne samlede helhetsvurderingen gjør det vanskelig å si om et enkelt moment alene er tilstrekkelig for å konstatere krenkelse av art. 6, dette er imidlertid ikke utenkelig.²⁰⁶ I den hensikt å vise hvordan retten til en rettferdig rettergang setter begrensinger for bevisprovokasjonsadgangen, vil det først bli redegjort for sentrale saksbehandlingsregler og prosessuelle garantier. Deretter vil selvkrimineringsvernets betydning for bevisprovokasjonsadgangen bli behandlet.

5.3.1 Saksbehandlingsregler og prosessuelle garantier

EMD har anerkjent at det er nødvendig for politiet å kunne ta i bruk skjulte etterforskningsmetoder, slik som bevisprovokasjon, i kampen mot alvorlig kriminalitet.²⁰⁷

Bevisprovokasjonshandlinger krenker altså ikke i utgangspunktet retten til en rettferdig rettergang. Det er imidlertid gjennom EMD-praksis oppstilt en rekke krav til fremgangsmåte, saksbehandling og prosessuelle garantier.

EMD har oppstilt et krav om at politiet, eller personer som opptrer på vegne av politiet, ikke kan «exert such an influence on the subject as to incite the commission of an offence that would otherwise not have been committed, in order to make it possible to establish the offence, that is, to provide evidence and institute prosecution.»²⁰⁸ I likhet med det norske grunnvilkåret, er det altså ikke tillatt å fremprovosere en handling som ellers ikke ville blitt begått (entrapment). I vurderingen av om det foreligger «entrapment» vil EMD foreta en

²⁰⁴ Kjølbro (2020) s. 657.

²⁰⁵ Ibrahim and Others v. The United Kingdom (252).

²⁰⁶ Ibid. (251). Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain (68-69).

²⁰⁷ Khudobin v. Russia (128).

²⁰⁸ Ramanauskas v. Lithuania (55).

«substantive test of incitement». Det vil si at EMD realitetsbehandler om myndighetene faktisk har fremprovosert en straffbar handling eller ikke.²⁰⁹ Innholdet i denne vurderingen samsvarer i stor grad med innholdet i det norske grunnvilkåret.²¹⁰ Det er derfor naturlig å konkludere med at den norske bevisprovokasjonsadgangen så langt ikke strider med konvensjonen.

EMD begrenser seg imidlertid ikke til kun å vurdere om det materielt sett foreligger konvensjonsstridige provokasjonshandlinger. Konvensjonspraksis vektlegger også i hvilken grad klageren på en effektiv måte har fått prøvd og realitetsbehandlet «entrapment»-spørsmålet for nasjonale domstoler. Denne vurderingen er omtalt som «the procedural test of incitement».²¹¹

I *Lagutin and Others v. Russia* hadde politiet, uten å gi seg til kjenne, kjøpt narkotika av klagerne. Dette resulterte i at klagerne ble tiltalt og dømt for narkotikasalg. Sakens opplysninger var så mangelfulle at EMD var «unable to determine whether the authorities had had good reasons for mounting the covert operations and whether the undercover agents had exerted pressure on the applicants to commit the offences at issue.»²¹² Det var derfor umulig å konkludere med om det forelå «entrapment». EMD ga imidlertid uttrykk for at de mangelfulle saksopplysningene i seg selv medførte at den nasjonale domstolen ikke hadde overholdt sin plikt til å vurdere bevis som støttet oppunder «entrapment»-påstanden. Den nasjonale domstolen hadde da mislyktes i å etterkomme «the only safeguard against police provocation in a system where the authorisation of covert operations falls short of guarantees against abuse.»²¹³ På grunn av manglende notoritet og etterprøvbarhet konkluderte derfor EMD med at det forelå en krenkelse av EMK art. 6.

Saken *Bannikova v. Russia* omhandler også fremprovosering av narkotikasalg. I dommen ga EMD uttrykk for at EMK art. 6 oppstiller et krav om at relevant informasjon tilknyttet provokasjonsvurderingen, skal gjøres tilgjengelig både for forsvaret og de nasjonale domstolene. Det forventes også at politiagenten og andre vitner i utgangspunktet skal føres i

²⁰⁹ *Bannikova v. Russia* (37-50), *Lagutin and others v. Russia* (103-111).

²¹⁰ Kjølbros (2020) s. 671-672.

²¹¹ *Lagutin and others v. Russia* (112-125).

²¹² *Ibid.* (111).

²¹³ *Ibid.* (120).

retten og bli kryssforhørt av forsvaret. Hvis dette imidlertid ikke lar seg gjøre, må det i det minste foreligge en detaljert grunnngivelse på hvorfor dette er tilfellet.²¹⁴

Til tross for at de ovennevnte dommene omhandler tiltaleprovokasjon. Gjør de samme hensynene som begrunner saksbehandlingsreglene og de prosessuelle reglene seg gjeldende også ved bevisprovokasjon. Det antas derfor at de har overføringsverdi til bevisprovokasjonstilfellene. Konvensjonspraksis viser at det må foretas en helhetsvurdering av om det foreligger en «fair hearing». I denne vurderingen vil både kvaliteten av saksbehandlingen og ivaretagelsen av prosessuelle garantier stå sentralt. Mangelen på kontroll og notoritet vil sette begrensninger for politiets mulighet til å ta i bruk bevisprovokasjonshandlinger. Det forventes at nasjonale domstoler fører en reell prøving på dette området. Hvis ikke dette er tilfelle, vil det fort stride med retten til rettferdig rettergang, jf. EMK art. 6. For norsk retts vedkommende tar kravene til en fullgod saksbehandling og ivaretagelsen av prosessuelle grunnprinsipper sikte på å ivareta de hensyn som er behandlet ovenfor. Innholdet i det nasjonale regelverket samsvarer i stor grad med kravene som er utledet av EMD-praksis. Det er derfor nærliggende å konkludere med at den norske bevisprovokasjonsadgangen holder seg innenfor de skrankene som hittil er utledet av EMK art. 6.

5.3.2 Selvinkrimineringsvernets betydning for bevisprovokasjonsadgangen

Vernet mot selvinkriminering kommer ikke direkte frem i ordlyden til hverken GrL § 95 eller EMK art. 6. EMD har imidlertid gitt uttrykk for at personer som er anklaget for en forbrytelse har en rett til å forholde seg tause og de kan ikke tvinges til å inkriminere seg selv. Disse rettighetene springer ut av internasjonale standarder og er et viktig element i retten til en «fair hearing».²¹⁵ Selvinkrimineringsvernet bygger på tanken om å gi mistenkte en reell mulighet til å forholde seg taus. Dette formålet oppnås gjennom å sikre mistenkte mot press og trusler fra myndighetene. Kjernen i flere av bevisprovokasjonshandlingene er nettopp å forlede mistenkte til å inkriminere seg selv. Det kan derfor stilles spørsmål ved hvilke rammer selvinkrimineringsvernet setter for bevisprovokasjonsadgangen.

I *Bykov v. Russia* aksepterte EMD at politiet forledet klageren til selvinkriminering. Faktum i saken var at Bykov hadde inngått en avtale med V, om at V skulle drepe S. V gikk i stedet til

²¹⁴ *Bannikova v. Russia* (64-65).

²¹⁵ *Funke v. France* (41,44).

politiet. I den hensikt å fremskaffe bevis for drapsforsøket plasserte politiet to døde kroppar i huset til S og uttalte offentlig at S var død. Deretter møtte V, iført en båndopptaker, med Bykov. V informerte om at drapet var gjennomført og sikret et opptak av samtalen med Bykov, som senere ble brukt som bevis i straffesaken. Flertallet i EMDs storkammerdom konkluderte med at klagerens vern mot selvinkriminering ikke var krenket. Det ble særlig vektlagt at klageren var på frifot da bevisprovokasjonen fant sted, at politiagenten ikke utsatte klageren for press og at politiagenten ikke hadde et nært forhold til klageren.²¹⁶ EMD vektla i tillegg at beviset fremskaffet gjennom bevisprovokasjonshandlingen ikke var det eneste eller avgjørende beviset i straffesaken.²¹⁷

I *Allan v. The United Kingdom* kom EMD til at vernet mot selvinkriminering var krenket. Faktum i saken var at Allan var drapsmistenkt og han satt som følge av dette i arresten. Allan hadde uttrykkelig gitt uttrykk for at han ønsket å benytte seg av retten til å forholde seg taus. I den hensikt å fremskaffe bevis mot klageren, satte politiet en politiinformant (H) utstyrt med båndopptaker i fengselscellen til Allan. Båndopptaket og politiinformantens vitnemål ble senere brukt i straffesaken mot Allan. I sin avgjørelse la EMD vekt på at H hadde fått instruksjoner om å «push him [Allan] for what you can.»²¹⁸ Dette medførte at Allans inkriminerende uttalelser ikke kom naturlig frem i samtalsituasjonen. Uttalelsene ble tvert imot fremkalt gjennom politiinformantens vedvarende spørsmålsstilling som gjentatte ganger vinklet samtaletemaet inn mot drap. Dette ble gjort på en slik måte at samtalen nærmest lignet et politiavhør. Politiinformantens initiativtaking til, og påvirkning av, samtaletemaet trakk ifølge EMD i retning av at vernet mot selvinkriminering ikke var ivaretatt.²¹⁹ EMD virket i tillegg å vektlegge at Allan «consistently availed himself of his right to silence.»²²⁰ Dette kan tale for at anvendelsen av bevisprovokasjonshandlinger i situasjoner hvor mistenkte har benyttet seg av retten til å forholde seg taus kan ses på som et forsøk på å omgå denne rettigheten.

Allan var i motsetning til Bykov fengslet da politiet foretok bevisprovokasjonshandlingen. Dette ble av EMD brukt som et argument for at selvinkrimineringsvernet var krenket. Politiinformanten hadde ingen spesiell relasjon til Allan og det var ikke holdepunkter som

²¹⁶ Bykov v. Russia (94-102), Øyen (2010) s. 237-238.

²¹⁷ Ibid. (103).

²¹⁸ Allan v. The United Kingdom (13).

²¹⁹ Ibid (52).

²²⁰ Ibid.

tilsa at han utsatte Allan for press. EMD la likevel til grunn at Allan var utsatt for psykologisk press som følge av at han både var mistenkt i en drapssak, presset i politiavhør og fengslet på provokasjonstidspunktet. Ifølge EMD medførte dette at Allan «would have been susceptible to persuasion to take H., with whom he shared a cell for some weeks, into his confidence.»²²¹ Basert på en helhetsvurdering av de ovennevnte momentane konkluderte EMD med at «the information gained by the use of H. in this way may be regarded as having been obtained in defiance of the will of the applicant and its use at trial impinged on the applicant's right to silence and privilege against self-incrimination.»²²² Det forelå derfor brudd på EMK art. 6.

Som følge av at et eventuelt brudd på selvinkrimineringsvernet beror på en konkret helhetsvurdering av de ovennevnte momenter, er det vanskelig å fastslå det enkelte moments vekt. Øyen har gitt uttrykk for at politiet i utgangspunktet kan følge opp en samtale på en naturlig måte, uten at selvinkrimineringsvernet er krenket. Dette utgangspunktet gjelder selv om politiet har tatt initiativ til samtalen. Skulle imidlertid politiet i større grad påvirke samtalen i retning av å omhandle sentrale temaer for den strafferettslige bedømmelsen av den mistenkte, vil utgangspunktet være at det foreligger en krenkelse. Betydning av om mistenkte på bevisprovokasjonstidspunktet er frihetsberøvet, uttrykkelig har benyttet seg av retten til å forholde seg taus, eller innehar en relasjon til politiinformanten vil først og fremst bare begrense hvor aktivt politiet kan utøve bevisprovokasjonshandlingen uten å krenke selvinkrimineringsvernet.²²³

Betydningen av selvinkrimineringsvernet ved bevisprovokasjonshandlinger har ved ett tilfelle blitt vurdert i norsk rett. I Rt-1999-1269 hadde politiet mistanke om at en verksbetjent (A) hadde bistått en fange (B) med å rømme fra Ringerike fengsel. Politiet brukte en innsatt i fengselet som politiagent (C) i den hensikt å få A til å bistå med en ny rømning. A sa seg villig til å tegne en skisse av fengselet mot et vederlag. Skissen ble overlevert til sivilpoliti (D) iført båndopptaker. Under overleveringen av skissen spurte D om A's involvering i B's rømning. A innrømmet å ha bistått B og ga informasjon om hvordan dette hadde foregått. Høyesterett uttalte at «Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffellelse.»²²⁴ Høyesterett vektla at A, uten å selv ha invitert til kontakt med C og D, var

²²¹ Ibid.

²²² Ibid.

²²³ Øyen (2010) s. 252.

²²⁴ Rt-1999-1269 s. 1271-1272.

blitt forledet til å forklare seg om sentrale temaer for etterforskningen. Høyesterett konkluderte derfor med at vernet mot selvinkriminering var krenket. Høyesterettsdommen har flere likhetstrekk med Allan v. The United Kingdom og resultatet samsvarer i stor grad med den linjen EMD har lagt seg på. I begge sakene kan politiets bevisprovokasjonshandling sees på som et surrogat for avhør. De prosessuelle rettighetene mistenkte vanligvis har under avhør var imidlertid ikke til stede. Misbrukshensyn taler derfor mot å tillate slik opptreden, da det muliggjør en omgåelse av sentrale prosessuelle rettigheter.

6 Andre momenter av betydning for lovreguleringsspørsmålet

6.1 Innledning

Til tross for at Høyesterett i HR-2020-2137-A ikke fant det betenkelig å hjemle bevisprovokasjonshandlingen i ulovfestet rett, ble det gitt uttrykk for at tiden kunne være inne for lovregulering av metodebruken.²²⁵ Flertallet begrunnet imidlertid ikke dette utsagnet. Det vil derfor bli foretatt en redegjørelse av utvalgte momenter og hensyn som kan tenkes å ha betydning for lovreguleringsspørsmålet.

6.2 Demokratisk legitimitet

Mindretallet i HR-2020-2137-A uttalte at det på bevisprovokasjonsområdet forelå et «openbert behov for å sikre demokratisk legitimitet.»²²⁶ Stortinget er Norges folkevalgte forsamling og gir i kraft dette uttrykk for folkeviljen. Lover vedtatt av Stortinget har derfor demokratisk legitimitet. Som følge av at bevisprovokasjonsadgangen er ulovfestet, kan den ikke sies å ha forankring i folkeviljen. Dette er problematisk da metodebruken både er omdiskutert og byrdefull. Det kan argumenteres for at Høyesteretts rettsavklarende rolle er så akseptert i samfunnet at hensynet til demokratisk legitimitet er ivaretatt. Høyesterett er imidlertid ikke et folkevalgt organ, så et slikt argument vil vanskelig føre frem. Det sentrale er at borgerne, gjennom Stortinget, skal kunne bestemme hvilke byrdefulle handlinger eller inngrep de skal måtte finne seg i. Dette hensynet er ikke ivaretatt så lenge etterforskningsmetoden forblir ulovfestet.

6.3 Kriminaliserings- og misbrukshensynet

En sentral del politiets rolle er å forebygge, avdekke, avverge og stanse kriminell virksomhet.²²⁷ Det ville derfor virke imot sin hensikt om politiet gjennom sin etterforskningsvirksomhet skapte kriminalitet eller kriminaliserte lovlydige borgere.²²⁸ Det er en risiko for at politiet, ved å benytte seg av provokasjon, oppnår dette uheldige resultatet.

²²⁵ HR-2020-2137-A (43).

²²⁶ HR-2020-2137-A (117).

²²⁷ Politiloven § 2 nr. 2 og 3.

²²⁸ NOU 2004:6 punkt 7.5.2.5.1.

Risikoen gjør seg særlig gjeldende på provokasjonshandlinger som foretas før den straffbare handlingen er gjennomført, slik som ved tiltaleprovokasjon. Det foreligger i disse situasjonene en reell fare for at politiet går for langt og fremprovoserer en straffbar handling som ikke ellers ville blitt begått. For bevisprovokasjonstilfellene er derimot ikke hensynet like fremtredende, som følge av at den straffbare handlingen allerede er begått. Hensynet er likevel av betydning, da bevisprovokasjonshandlingen kan føre til at det blir begått nye straffbare handlinger. Hensynet gjorde seg for eksempel gjeldende i en situasjon hvor politiet under fremskaffelsen av bevis for allerede begåtte overgrep, ble tilbudt nye overgrepvideoer. Politiet måtte da avslutte bevisprovokasjonshandlingen.²²⁹ En slik kriminaliseringsrisiko kan trekke i retning av at metoden burde lovfestes.

I tillegg til kriminaliseringsfaren, aktualiserer det seg en fare for misbruk av provokasjonsinstituttet. Særlig gjør dette seg gjeldende i situasjoner hvor politiet på forhånd kjenner provokasjonsobjektets identitet. Det er i slike situasjoner en mulighet for at politiet, på usaklig vis, kriminaliserer bestemte personer.²³⁰ Bruken av provokasjonshandlinger er på den andre siden mindre betenkelig når den anvendes på uidentifiserte objekter. Hvis en person allerede har begått en straffbar handling, vil hans interesser være vesentlig mindre verneverdige.²³¹ Misbrukshensynet vil på bakgrunn av dette være av noe mindre betydning for bevisprovokasjonstilfellene enn for tiltaleprovokasjonstilfellene. Misbruksfaren er forsøkt avbøtet gjennom kravet til en fullgod saksbehandling, som tar sikte på å sikre en effektiv kontroll med politiet. Det er imidlertid ikke gitt at en slik kontroll vil være mulig under alle deler av etterforskningen. Visse bevisprovokasjonshandlinger kan kreve at agenten må gå undercover, da kan den overordnede mulighet til å føre kontroll bli sterkt redusert. Faren for misbruk er derfor fremdeles til stede, noe som taler for lovfesting.

6.4 Tillitt til politiet

I oppgavens punkt 2.3.3 ble det vist til at borgernes tillitt til politiet nødvendigvis gjør bruken av bevisprovokasjon som etterforskningsmetode. Tillitten til politiet har imidlertid flere sider og det kan argumenteres for at manglende lovregulering skader denne tillitten.

²²⁹ HR-2020-2137-A (29).

²³⁰ NOU 2004:6 punkt 7.5.2.5.1, Hopsnes (2003) s. 101.

²³¹ Hopsnes (2003) s. 72.

Det fragmentariske rettskildebildet som bevisprovokasjonsadgangen bygger på, kan gjøre det vanskelig for politiet å praktisere metodebruken innenfor lovlige rammer. Det kreves oversikt over et stort antall dommer, forarbeider og rundskriv for å danne seg et helhetlig bilde av praksisen og det må foretas vanskelige vurderinger i hver enkelt sak. Det uoversiktlige og fragmentariske rettskildebildet kan medføre at politiet uaktsomt anvender bevisprovokasjon i strid med gjeldende rett. Ulovlig bevisprovokasjonsbruk er egnet til å skade befolkningens tillitt til politiet. Mannen i gata vil ha vanskeligheter med å forstå hvorfor en tiltalt som har gjort seg skyldig i alvorlige lovbrudd får gå fri som følge av at politiet ikke har overholdt bevisprovokasjonsvilkårene. Hensynet taler for at reguleringen av bevisprovokasjonsadgangen må være både oversiktlig og lett å forholde seg til, slik at politiet unngår å gjøre feil. Dette vil enklest mulig oppnås gjennom lovregulering.

Personvern hensyn har også en side til befolkningens tillitt til politiet. Det gjelder som et grunnleggende prinsipp at alle borgere i utgangspunktet har rett til privatliv og respekt for sin personlige integritet. I dette ligger det blant annet at borgerne har rett til fritt å kommunisere uten statlig overvåkning eller innblanding.²³² En bevisprovokasjonshandling vil normalt påvirke og/eller innskrenke disse rettighetene.²³³ Dette taler for at det må føres tilstrekkelig kontroll med metodebruken, gjerne med mulighet for rettslig overprøving. Sees det hen til lovregulerte, skjulte tvangsmidler, for eksempel kommunikasjonskontroll, fremgår det at domstolen kontrollerer metodebruken før den iverksettes av politiet.²³⁴ Lovligheten av metodebruken vil også i ettertid vurderes ved en eventuell hovedforhandling. Domstolen driver altså både primær- og sekundærkontroll. Dette er ikke tilfellet for bevisprovokasjonsbruken, hvor domstolen kun gjennomfører sekundærkontroll. All den tid politisaker ikke går til hovedforhandling, vil det altså ikke bli ført noe rettslig kontroll med bevisprovokasjonsbruken utover den kontrollen politiet og påtalemyndigheten selv utøver. Dette trekker i retning av at metodebruken burde lovreguleres, da helst med en mulighet for rettslig primærkontroll.

²³² Grl. § 102. Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 36, Hopsnes (2003) s. 73.

²³³ Rt-1984-1076 s. 1080.

²³⁴ Strpl. § 216 (1).

6.5 Endringer i rettskulturen

I oppgavens drøftelse av legalitetsprinsippet ble rettskulturendringer brukt som et argument for å anse inngrepsterskelen som senket. Det kan imidlertid også stilles spørsmål ved om endringene i rettskulturen kan tillegges selvstendig vekt i lovreguleringsspørsmålet.

Fra lovfestingsspørsmålet først ble tatt opp rundt 1970-tallet og frem til i dag, har den nasjonale rettskulturen vært gjenstand for en stor endring. Denne endringen kommer blant annet til uttrykk gjennom de ulike lovarbeidene som har gått fra å anbefale den ulovfestede praksisen, til å holde praksisen under oppsikt, for så å anbefale lovfesting.²³⁵ I senere tid har også Høyesterett tilsluttet seg synspunktet om at bevisprovokasjonspraksisen er moden for lovregulering.²³⁶ Det samme synspunktet nyter også stor støtte innenfor juridisk litteratur.²³⁷ Hever man blikket utenfor Norges grenser, har også andre land i Europa gått i retning av å lovfeste provokasjonsmetoden.²³⁸ Dette kan tas til inntekt for at det ikke bare foreligger en endring i den nasjonale rettskulturen, men at det også foreligger en felles europeisk rettskulturendring. Ved å beholde den ulovfestede bevisprovokasjonsadgangen vil gjeldende rett i stor grad avvike fra det som ut ifra rettskulturen burde være gjeldende rett. Dette avviket kan i seg selv begrunne en endring rettstilstanden.

6.6 Momenter som talte imot lovfesting, gjør seg ikke lenger gjeldende

Da det først ble tatt stilling til om bevisprovokasjonsadgangen burde lovfestes, var et av hovedargumentene imot lovfesting at det ville være lovteknisk utfordrende å lage lovhjemmelen.²³⁹ Dette momentet sto sterkt da metodebruken var ny. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om momentet fremdeles kan tillegges vekt. I dag kan det, av høyesterettspraksis, forarbeider og Riksadvokatens rundskriv, utledes relativt klare retningslinjer og vilkår rundt bruken av bevisprovokasjon.²⁴⁰ Som følge av at bevisprovokasjon har blitt anvendt i lengere tid, foreligger det også bedre kjennskap til de problematiske sidene ved metodebruken. Retningslinjene, vilkårene og oversikten over

²³⁵ Ot.prp. nr. 35 (1978–1979) s. 179, Ot.prp. nr. 64 (1998–1999) s. 122-124, NOU 2004:6 punkt 10.2.1, NOU 2016:24 punkt 14.10.2.

²³⁶ HR-2020-2137-A (43).

²³⁷ Fliflet (2017), Johansen (2013).

²³⁸ NOU 2004:6 punkt 1.3.31.

²³⁹ Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) s. 179.

²⁴⁰ HR-2020-2137-A, RA-2018-2.

aktuelle problemstillinger vil i stor grad kunne være veiledende for lovgivningen. I lovutkastet til den nye straffeprosessloven er det allerede formulert bestemmelser som tar sikte på å regulere bevisprovokasjonsadgangen.²⁴¹ Lovtekniske vanskeligheter er derfor et moment som ikke lenger bør tillegges vekt.

Et annet moment som støttet oppunder den ulovfestede løsningen, var at en eventuell lovfesting ble ansett å gjøre etterforskningsmetoden infleksibel og lite anvendelig. Det ble særlig vist til at bruken av provokasjon falt betraktelig etter at metodebruken ble lovfestet i Danmark.²⁴² Dette fallet ble tatt til inntekt for at en lovfesting ville vanskeliggjøre politiets mulighet til å avdekke alvorlig kriminalitet.²⁴³ Dette argumentet ble imidlertid kritisert i NOU 2004:6, hvor flertallet uttalte at:

«Problemene med å benytte metoden i Danmark skyldes for det første forbudet mot å bruke sivile provokatører. I tillegg var mistankekravet tidligere «særlig bestyrket» mistanke, noe som ligger tett opp til kravet for domfellelse. Når mistanken er så sterk, vil politiet normalt være kommet så langt i etterforskningen at det vil være liten grunn til å bruke provokasjon. Det er ikke vanskelig å unngå at lovfesting får slike uheldige konsekvenser. I Nederland er provokasjon lovfestet uten at lovfestingen har gjort metoden mindre anvendelig.»²⁴⁴

Problemene var altså i stor grad knyttet til de ulike vilkårene i lovhomehlen. Det var etter alt å dømme dette som gjorde bevisprovokasjonsbruken lite anvendelig. Det var altså ikke lovfestingen i seg selv som utgjorde problemet og argumentet faller derfor bort.²⁴⁵

²⁴¹ NOU 2016:24 s. 57-58 § 21-4 til § 21-6.

²⁴² NOU 1997:15 punkt 6.10.2.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ NOU 2004:6 punkt 10.7.5.1.

²⁴⁵ Johansen (2013) s. 231.

7 Bør bevisprovokasjonsadgangen lovfestes?

Oppgaven har pekt på flere skranker som setter begrensninger for bruken av bevisprovokasjon som etterforskningsmetode. Det er en snever adgang til å benytte bevisprovokasjons-handlinger i tråd med legalitetsprinsippets rammer, jf. Grl. § 113. Adgangen er begrenset til ikke-inngripende tiltak som ikke er forbudt ved lov, og inngrepsterskelen antas å være relativ lav. Samtidig viser redegjørelsen av Grl. § 102, jf. EMK. art. 8 at det ikke skal mye til før bevisprovokasjonshandlinger utgjør et inngrep i retten til privatlivet. I de situasjonene hvor dette er tilfellet må inngrepet hjemles i formell lov for å være i tråd med nasjonal rett, jf. Grl. § 113. Gode grunner taler også for at den ulovfestede rettstilstanden ikke oppfyller EMKs egne lovkrav, jf. EMK art. 8 nr. 2. Inngrep i retten til «private life» i form av bevisprovokasjonshandlinger vil derfor utgjøre en krenkelse av menneskerettskonvensjonen. Disse omstendighetene taler for at det foreligger et klart behov for å lovfeste metodebruken. Lovfestingsbehovet underbygges ytterligere av at det foreligger en mulighet for at den ulovfestede bevisprovokasjonsadgangen kan krenke andre sentrale rettigheter, slik som retten til en rettferdig rettergang, jf. Grl. § 95, jf. EMK art. 6. Det bør også tillegges vekt at en eventuell lovregulering i større grad vil sikre demokratisk legitimitet, tillitt til politiet og motvirke kriminaliserings- og misbruksfaren. Rettstilstanden vil også i større grad samsvare med den generelle oppfatningen i samfunnet. Samlet sett utgjør disse momentene et klart signal overfor lovgiver – tiden for lovfesting er moden.

Kildeliste

Litteratur:

Aall (2017)

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2017.

Auglend/Mæland (2016)

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

Bårdsen (2015)

Bårdsen, Arnfinn, «Norges Høyesterett som konstitusjonsdomstol», *Lov, sannhet, rett: Norges Høyesterett 200 år*, Gunnar Bergby, Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy, Toril M. Øie, Universitetsforlaget 2015, s.291-316.

Dorenfeldt (1978)

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

Eckhoff/Smith (2018)

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2018.

Fliflet (2017)

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

Fredriksen (2011)

Fredriksen, Steinar, «Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett», *Jussens venner* 2011/49 s. 37-64.

Frøberg (2015)

Frøberg, Thomas, «Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet», *Jussens Venner* 2015/50 s. 46-71.

Hopsnes (2003)

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

Hopsnes/Solberg (2005)

Hopsnes, Roald og Solberg, Raymond, «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.

Kjelby (2019)

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

Kjølbrot (2020)

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske menneskerettigheds konvention for praktikere*, 5. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020.

Nilsen (2021)

Nilsen, John Reidar, Konstitusjonelle skranker for politiets politiaere virksomhetsutøvelse, Skipnes Kommunikasjon / Universitetet i Bergen 2021.

Nygaard (2004)

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

Nordhus (2020)

Nordhus, Magnus A., «Straffelovgivningens betydning for politiets kompetanse til å anvende provokasjon», *Tidsskrift for strafferett*, 2020 s. 156-180.

Smith (2017)

Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2017.

Torgersen (2009)

Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, 1. utgave, Calax 2009.

Øyen (2019)

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

Øyen (2010)

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

Lover, Norge:

Grunnloven – Grl.

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

Menneskerettsloven – mrl.

Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Politolven – pl.

Lov 4. august 1995 om politiet.

Straffeprosessloven – strpl.

Lov 22. mai 1981 om rettergangsmåten i straffesaker.

Forskrifter og Instruksjer:

Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen) 1986.

Forarbeider:

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

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

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

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

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

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

Rundskriv:

RA-1999-3 Etterforskning.

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

RA-2022-1 Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2022.

Høyesterettsdommer:

Rt-1973-433.

Rt-2000-1223.

Rt-1984-1076.

Rt-2000-1482.

Rt-1993-473.

Rt-2007-268.

Rt-1994-319.

Rt-2011-1455.

Rt-1995-20.

Rt-2012-313.

Rt-1995-530.

Rt-2014-238.

Rt-1998-407.

Rt-2014-1105.

Rt-1999-1269.

HR-2020-2137-A.

Konvensjoner:

Den europeiske menneskerettskonvensjonen – EMK.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950.

Avgjørelser fra den europeiske menneskerettsdomstolen:

Allan v. The United Kingdom (J), application no. 48539/99, 5. November 2002.

Bannikova v. Russia (J), application. no. 18757/06, 4. November 2010.

Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain (P), application no. 10590/83, 13. June 1994.

Bykov v. Russia (GC), application no. 4378/02, 10. March 2009.

Camenzind v. Switzerland (C), application no. 21353/93, 16. December 1997.

Chappell v. The United Kingdom (C), application no. 10461/83, 30. March 1989

Conka and Others v. Belgium (J), application no. 51564/99, 13. March 2001.

Funke v. France (C), application no. 10828/84, 25. February 1993.

Ibrahim and Others v. The United Kingdom (GC), application no. 40351/09, 13. September 2016.

Khadija Ismayilova v Azerbaijan (J), application no. 65286/13, 10. January 2019.

Khan v. The United Kingdom (J), application no. 35394/97, 12. May 2000.

Khudobin v. Russia (J), application no. 59696/00, 26. October 2006.

Kruslin v. France (C), application no. 11801/85, 24. April 1990.

Lagutin and Others v. Russia (J), application no. 6228/09, 24. April 2014.

Lüdi v. Switzerland (C), application no. 12433/86, 15. June 1992.

Malone v. The United Kingdom (P), application no. 8691/79, 2. August 1984.

Mikulic v. The United Kingdom (J), application no. 53176/99, 7. February 2002.

Niemietz v. Germany (C), application no. 13710/88, 16. December 1992.

P.G. and J.H. v. The United Kingdom (J), application no. 44787/98, 25. September 2001.

Peck v. The United Kingdom (J), application no. 44647/98, 28. January 2003.

Petri Sallinen v. Finland (J), application no. 50882/99, 27. September 2005.

Ramanauskas v. Lithuania (GC), application no. 74420/01, 05. February 2008.

Roman Zakharov v. Russia (GC), application no. 47143/06, 4. December 2015.

Silver and Others v. The United Kingdom (C), application no. 7136/75, 25. March 1983.

Stubbings and Others v. The United Kingdom (C), application no. 22083/93, 22. October 1996.

Sunday Times v. The United Kingdom (P), application no. 6538/74, 26. April 1974.

Valenzuela Contreras v. Spain (C), application no. 27671/95, 30. July 1998.