



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

## **Bevisprovokasjon som etterforskningsmetode**

Om de rettslige begrensningene i politiets adgang til å benytte seg av bevisprovokasjon

Hanna Aronsen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, vår 2021

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Oppgavens metode .....	2
1.3	Den videre fremstillingen.....	3
2	Hva er bevisprovokasjon? .....	5
2.1	Begrepet «bevisprovokasjon» og skillet mot øvrig provokasjon.....	5
2.2	Den alminnelige handlefrihet som hjemmel for provokasjon.....	7
2.3	Relevante hensyn ved bevisprovokasjon.....	9
2.3.1	Hensynet til effektiv bekjempelse av kriminalitet.....	9
2.3.2	Kriminaliseringshensynet og misbrukshensynet.....	10
2.3.3	Personvern hensyn.....	11
3	Vilkårene for lovlig bevisprovokasjon.....	13
3.1	De materielle vilkårene .....	14
3.1.1	Grunnvilkåret – Forbud mot konstitutiv provokasjon.....	14
3.1.2	Kriminalitetskravet.....	17
3.2	De prosessuelle vilkårene.....	20
3.2.1	Subsidiaritetsprinsippet .....	20
3.2.2	Krav til forholdsmessighet .....	21
3.2.3	Fullgod saksbehandling.....	22
3.2.4	Ikke være i strid med andre prosessuelle grunnprinsipper.....	25
4	Legalitetsprinsippets betydning for bruk av bevisprovokasjon, jf. GrL. § 113.....	25
4.1	Hva utgjør et «inngrep»?.....	26
4.2	Hvilket krav stilles det til «grunnlag i lov»? .....	27
4.3	Analyse av HR-2020-2137-A.....	29
4.3.1	Faktum.....	29
4.3.2	Flertallets resultat og begrunnelse.....	30

4.3.3	Mindretallets resultat og begrunnelse .....	33
4.3.4	Dommens rekkevidde.....	36
5	EMKs betydning for adgangen til bruk av bevisprovokasjon.....	37
5.1	EMK artikkel 6 – Retten til rettferdig rettergang.....	37
5.1.1	Vernet mot selvinkriminering .....	38
5.1.2	Krav til saksbehandlingen og prosessuelle garantier .....	44
5.2	EMK artikkel 8 - Retten til respekt for privatlivet.....	45
5.2.1	Faller bruk av bevisprovokasjon innenfor virkeområdet til EMK art. 8 første ledd? 46	
5.2.2	Vilkår for å gjøre inngrep i retten til privatliv.....	49
6	Avsluttende bemerkninger .....	54
	Referanseliste .....	56

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er bevisprovokasjon som etterforskningsmetode og hvilke begrensninger legalitetsprinsippet, jf. lov 17. mai 1814 kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven, heretter Grl.) § 113 og Den Europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) setter for politiets adgang til å benytte seg av etterforskningsmetoden.

Politiet er satt til å etterforske mulige straffbare handlinger. Dette fordrer ulike etterforskningsmetoder. Ordinære etterforskningsmetoder kjennetegnes av åpenhet. Personen etterforskningen er rettet mot er normalt klar over at han blir etterforsket, og alle rettigheter er tydelig definert. Ordinære etterforskningsmetoder er for eksempel avhør eller åstedsgranskning. Noen saker er imidlertid av en slik karakter at politiet må gå mer aktivt til verks for å effektivt kunne bekjempe slik kriminalitet. Dermed benyttes enkelte etterforskningsmetoder i hemmelighet. Eksempler på slike etterforskningsmetoder er bevisprovokasjon, tiltaleprovokasjon, avvergelsesprovokasjon og «lokkedue». Dette omtales ofte som ekstraordinære eller utradisjonelle etterforskningsmetoder.<sup>1</sup> Denne avhandlingen er begrenset til å kun ta for seg bevisprovokasjon.

Bevisprovokasjon er en etterforskningsmetode hvor politiet opptrer fordekt, eller utnytter en villfarelse hos en mistenkt i den hensikt å fremskaffe bevis for en allerede begått straffbar handling til bruk i straffesaken mot mistenkte.<sup>2</sup> Denne typen etterforskningsmetode er ikke lovfestet, til tross for at dette har blitt foreslått flere ganger.<sup>3</sup>

I og med at bevisprovokasjon er en samlebetegnelse for en rekke ulike handlinger som politiet foretar seg, vil handlinger betegnet som bevisprovokasjon kunne utfordre mange ulike typer begrensninger satt i både nasjonalt og internasjonalt regelverk. Eksempler på dette er Grl. § 113 som forutsetter lovhjemmel når myndighetens handling anses å være et inngrep hos tiltalte, EMK artikkel 6 som blant annet verner mot tvungen selvinkriminering, og EMK artikkel 8 som verner mot inngrep i privatlivet.

---

<sup>1</sup> Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 17, Rt. 1984 s. 1076 side 1079.

<sup>2</sup> Auglend og Mæland (2016) s. 438.

<sup>3</sup> NOU 2004:6 kap. 1.3.3.1 side 17 og NOU 2016:24 side 107.

Nylig har Høyesterett behandlet et typetilfelle av bevisprovokasjon hvor flere av disse skrankene ble påberopt som grunnlag for at etterforskningsmetoden ikke var lovlig, og at bevisene derfor måtte avskjæres, jf. HR-2020-2137-A. Høyesteretts flertall på 4 dommere kom til at metoden ikke var i strid med de ovennevnte bestemmelsene, men hvor én dommer dissenterte med den begrunnelsen at bevisprovokasjonen var i strid med lovkravet i Grl. § 113. Legalitetsprinsippet har i rettspraksis vært gjenstand for utvikling de senere tiår. Det er derfor interessant å foreta en nærmere analyse av denne avgjørelsen for å se hvilken betydning Høyesterett tillegger legalitetsprinsippet ved bruk av bevisprovokasjon.

Da lovgiver ikke har tatt oppfordringen til å lovfeste grensene for bevisprovokasjon, spiller rettspraksis en sentral rolle for å fastlegge grensene for politiets handlefrihet på dette område. Høyesterett får bare forelagt seg enkeltsaker hvor bevisprovokasjon er benyttet, og dette medfører et fragmentarisk rettskildelære.<sup>4</sup> Det er derfor behov for en nærmere gjennomgang av rettspraksis for å klarlegge hvilke vilkår som gjelder for bruk av bevisprovokasjon, og å undersøke om Grl. § 113 legger begrensninger for politiets adgang til å benytte seg av metoden. I tillegg vil det være interessant å se hen til EMDs praksis tilknyttet EMK artikkel 6 og artikkel 8, for å undersøke hvordan dette kan påvirke hva politiet har lov til å gjøre når det gjelder innhenting av bevis ved bruk av bevisprovokasjon.

## 1.2 Oppgavens metode

Avhandlingen tar sikte på en rettsdogmatisk analyse og tar utgangspunkt i den alminnelige rettskildelære slik den er fremstilt av Skoghøy og Nygaard.<sup>5</sup> Fremstillingene er riktignok ikke helt like, men forfatterne er enig om hovedtrekkene for hvordan man går frem for å ta stilling til rettsspørsmål de lege lata. I tillegg vil avhandlingen gjennomgående inneholde egne vurderinger og betraktninger.

Da adgangen til å benytte seg av bevisprovokasjon er ulovfestet, vil det dermed primært sees hen til rettspraksis, teori og reelle hensyn i forsøket på å utpensle klarere rettsregler knyttet til dette. I tillegg har riksadvokaten laget et rundskriv hvor vilkårene for bruk av bevisprovokasjon blir redegjort for.<sup>6</sup> Riksadvokatens rundskriv er kun en intern instruks for påtalemyndigheten og politiet, og er ikke uten videre bindende for domstolen.<sup>7</sup> I

---

<sup>4</sup> NOU 2004:6 kap. 10.2.1.

<sup>5</sup> Nygaard (2004) og Skoghøy (2018).

<sup>6</sup> RA-2018-2.

<sup>7</sup> Skoghøy (2018) s. 237.

utgangspunktet vil rundskriv ikke tillegges større vekt enn juridisk teori, og rundskrivets gjennomslagskraft må bero på en avveining av de argumenter som er blitt benyttet.<sup>8</sup>

I tillegg skal oppgaven forsøke å klarlegge hvilke skranker EMK oppstiller for bruk av bevisprovokasjon. EMK er inkorporert og gitt forrang i norsk rett, jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven, heretter mrl.) §§ 2 og 3. EMD er den autoritative fortolkeren av EMK og håndhever EMK i siste instans, jf. EMK del II art. 19 mv. EMDs avgjørelser om innholdet i EMK vil derfor være av tung rettskildemessig vekt.

Prinsippene som ligger til grunn for EMDs tolkning av EMK følger av Wien-konvensjonen om traktattolkning, særlig artiklene 31-33.<sup>9</sup> Wien-konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men ettersom den gjelder som folkerettslig sedvane, anses Norge for å likevel være bundet av den. Videre skal menneskerettskonvensjonen tolkes som et «living instrument».<sup>10</sup> Dette betyr at innholdet i konvensjonsbestemmelsene må tolkes i tråd med samfunnets utvikling.<sup>11</sup>

### **1.3 Den videre fremstillingen**

Avhandlingens første del vil, som et nødvendig bakteppe for den videre vurderingen, ta for seg hva som kjennetegner bevisprovokasjon, samt hvor skillet til øvrig provokasjon går. I tillegg vil det gjøres rede for politiets rettsgrunnlag for å benytte seg av metoden, herunder en kort redegjørelse for diskusjonen om å lovfeste metoden. Til slutt vil det redegjøres for hvilke hensyn som taler for og mot bruk av provokasjon, og hvordan disse gjør seg gjeldende for bevisprovokasjon.

Under avhandlingens kap. 3 skal det først vurderes hvilke vilkår rettspraksis har oppstilt for at bevisprovokasjon skal anses for å være lovlig gjennomført. Deretter vil det gjøres rede for vilkårene hver for seg. Her er det hensiktsmessig å dele disse inn i materielle og prosessuelle vilkår.

I kap. 4 vil det redegjøres for hvilken betydning legalitetsprinsippet i Grl. § 113 har for bruk av bevisprovokasjon. Herunder skal det undersøkes hva som kan kategoriseres som et

---

<sup>8</sup> Skoghøy (2018) s. 237.

<sup>9</sup> The Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna 23. May 1969.

<sup>10</sup> Se blant annet *Tyrer v. The United Kingdom*, avsnitt 31.

<sup>11</sup> *Tyrer v. The United Kingdom*, avsnitt 31.

«inngrep», og hva som oppfyller kravet til «grunnlag i lov». Domsanalysen av HR-2020-2137-A utgjør en sentral del av redegjørelsen og vurderingen av legalitetsprinsippets betydning for politiets adgang til å benytte seg av bevisprovokasjon. Analysen begrenses til avgjørelsens dissensspørsmål - om GrL § 113 krever «grunnlag i lov» ved bruk av bevisprovokasjon. Her vil det først redegjøres kort for dommens faktum, og deretter vil flertallets og mindretallets resultat og begrunnelse analyseres hver for seg. Domsanalysen vil ta for seg hvordan Høyesterett har bygd opp resonnementet sitt ved hjelp av rettskildefaktorer. Her vil jeg fortløpende komme med egne vurderinger og betraktninger. Til slutt vil det vurderes hvilken betydning dommen har for bruk av bevisprovokasjon i fremtiden.

Under avhandlingens kap. 5 undersøkes det hvilke begrensninger EMK setter for bruken av bevisprovokasjon som etterforskningsmetode, herunder EMK art. 6 og 8. For å finne innholdet og betydningen rettighetsbestemmelsene har for bevisprovokasjon, vil et bredt antall dommer fra EMD bli analysert for å trekke ut relevante vilkår og momenter.

I forbindelse med EMK art. 6 er det selvinkrimineringsvernet og prosessuelle rettigheter og garantier som er interessant å undersøke, mens det for EMK art. 8 er retten til privatliv som vil være gjenstand for vurdering. I vurderingen av hvilken skranke EMK art. 8 legger på adgangen til å benytte seg av bevisprovokasjon, vil det vurderes om bevisprovokasjon er en del av den vernede sfæren etter bestemmelsens første ledd, samt om bevisprovokasjonens rettsgrunnlag i norsk rett oppfyller hjemmelskravet etter andre ledd. Etersom Høyesterett i HR-2020-2137-A tilsynelatende ikke gjorde en vurdering av om bevisprovokasjonen utgjorde en krenkelse av EMK art. 8, er det interessant å drøfte om provokasjonshandlingene politiet utførte i saken utgjør et inngrep i tiltaltes rett til privatliv etter EMK art. 8 nr. 1. Det er verdt å nevne at den ovennevnte høyesterettsavgjørelsen er anket inn for Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), slik at endelig resultat i saken, når det gjelder skrankene som EMK oppstiller, i hvert fall ikke kan sies å foreligge.

I lys av den pågående diskusjonen om ekstraordinære etterforskningsmetoder bør lovfestes, vil det avslutningsvis gjøres en vurdering av om bevisprovokasjon som etterforskningsmetode er moden for lovfesting.

## 2 Hva er bevisprovokasjon?

I dette kapittelet vil det først redegjøres for begrepet «bevisprovokasjon» og hvordan bevisprovokasjon skiller seg fra de øvrige provokasjonsmetodene. Deretter vil hva som er rettsgrunnlaget for bruk av bevisprovokasjon behandles, før det gjøres rede for hvilke hensyn som taler for og mot adgangen til å bruke bevisprovokasjon.

### 2.1 Begrepet «bevisprovokasjon» og skillet mot øvrig provokasjon

De ulike provokasjonsmetodene har forskjellige formål og er begrunnet i delvis ulike hensyn. Det er derfor nødvendig å ha et bevisst forhold til hva som ligger i de ulike provokasjonsbegrepene, herunder hva som omfattes av begrepet bevisprovokasjon og hvor grensen til andre former for provokasjon går. Man opererer normalt med følgende ulike kategorier av provokasjonsmetoder: bevisprovokasjon, tiltaleprovokasjon, avvergelsesprovokasjon og «lokkedue».<sup>12</sup>

Bevisprovokasjon er ikke legaldefinert. I juridisk teori benyttes begrepet som en betegnelse på en etterforskningsmetode som innebærer at politiet opptrer fordekt eller utnytter en villfarelse i den hensikt å fremskaffe bevis for en allerede begått straffbar handling.<sup>13</sup>

Begrepet bevisprovokasjon omfatter dermed kun forholdet til den straffbare handling *som allerede er begått*.<sup>14</sup> Det vil si at provokasjonshandlinger som begås *før* en straffbar handling finner sted, ikke er å anse som bevisprovokasjon. Bevisprovokasjon innebærer videre et element av påvirkning. Dersom det ikke foreligger et påvirkningselement, foreligger det ikke bevisprovokasjon.

Tiltaleprovokasjon er i teorien definert på ulike måter. Essensen er at politiet eller en privatperson som samarbeider med politiet, tar kontakt med en person og utnytter hans villfarelse til å blande seg styrende inn i et begivenhetsforløp som fører til en straffbar handling eller en mer straffverdig handling.<sup>15</sup> Tiltaleprovokasjon blir også omtalt som handlingsprovokasjon.<sup>16</sup> Formålet med tiltaleprovokasjon er å danne grunnlag for tiltale i

---

<sup>12</sup> Auglend og Mæland (2016) s. 437-440, Hopsnes (2003b) s. 80-81.

<sup>13</sup> Hopsnes (2003b) s. 86, Auglend og Mæland (2016) s. 438.

<sup>14</sup> Hopsnes, (2003a) s. 151.

<sup>15</sup> Hopsnes (2003b) s. 82-83, Øyen (2019) s. 174-175, Auglend og Mæland (2016) s. 437.

<sup>16</sup> Øyen (2019) s. 175.



saken. Dersom den straffbare handling det er benyttet provokasjon mot resulterer i tiltale, foreligger tiltaleprovokasjon.<sup>17</sup>

Det som først og fremst skiller bevisprovokasjon fra tiltaleprovokasjon er tidsaspektet. Bevisprovokasjon kjennetegnes ved at den benyttes etter at en straffbar handling har funnet sted, i motsetning til tiltaleprovokasjon som skjer i forkant av en straffbar handling. I tillegg er formålet forskjellig. Ved tiltaleprovokasjon er formålet å ta ut tiltale, mens ved bevisprovokasjon er formålet å fremskaffe bevis for en allerede begått straffbar handling. Dersom provokasjonen må antas å påvirke mistenkte til å enten begå en straffbar handling eller vedvare en fortsatt forbrytelse, står man ovenfor tiltaleprovokasjon.<sup>18</sup>

Grensen mellom bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon kan være vanskelig å trekke i de tilfeller hvor det går lang tid mellom politiet får mistanke om lovbruddet til provokasjonshandlingen foretas. Et eksempel er om politiet ved provokativ handling får en som er mistenkt for besittelse av narkotika til å selge narkotika til en politibetjent. Dersom det går lang tid mellom mistanken om besittelse og bevisprovokasjonen kan det i et slikt tilfelle være tvil om politiets provokasjon har medført at mistenkte har gått til innkjøp av narkotika med tanke på videresalg, eller om mistenkte allerede var i besittelse av narkotika. Torgersen uttaler i forbindelse med denne problematikken at «Dersom politiet uriktig tror det er begått et lovbrudd, og ved sin provokasjon fremkaller det lovbrudd som det etter planen skulle fremskaffes bevis for, mener jeg altså det er mest treffende å uttrykke det slik at det foreligger en konstitutiv tiltaleprovokasjon».<sup>19</sup> Dette vil bli nærmere drøftet under kap. 3.1.

En annen etterforskningsmetode som grenser mot bevisprovokasjon, er «lokkedue». «Lokkedue» innebærer at politiet tilrettelegger for en situasjon som fungerer som en fristelse til å begå en straffbar handling.<sup>20</sup> I likhet med de øvrige provokasjonsmetodene er mistenkte i villfarelse ettersom vedkommende ikke vet at det er politiet som står bak «agnet».<sup>21</sup> Et eksempel er at politiet oppretter et alias på et internetforum som tilsynelatende skal tilhøre et barn på 12 år. Potensielle overgripere vil da kunne bli fristet til å ta kontakt med «barnet».

---

<sup>17</sup> Hopsnes, (2003b) s. 66.

<sup>18</sup> Øyen (2019) s. 176.

<sup>19</sup> Torgersen (2009) s. 271 Fotnote ikke tatt med. Konstitutiv provokasjon er provokasjon som fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått. Nærmere om dette under kap. 3.1.1.

<sup>20</sup> Auglend og Mæland (2016) s. 439.

<sup>21</sup> Auglend og Mæland (2016) s. 439.

Dersom politiet forholder seg passiv og ikke tar initiativet, står man ovenfor etterforskningsmetoden «lokkedue».

«Lokkedue» som etterforskningsmetode skiller seg fra de øvrige provokasjonsmetodene ved at politiet ikke aktivt deltar i hendelsesforløpet. Politiets innvirkning begrenser seg til å legge til rette for at aktuelle gjerningspersoner kan begå den straffbare handlingen. «Lokkedue» skiller seg også fra bevisprovokasjon ved at «lokkedue» skjer i forkant av en straffbar handling, og ikke i ettertid.

Den siste provokasjonsmetoden er avvergende provokasjon. Auglend og Mæland definerer avvergende provokasjon slik: «(...) politiet fremprovoserer fullbyrdelsen av en straffbar handling for å hindre at den eller et annet straffbart forhold får alvorligere samfunnsmessige konsekvenser».<sup>22</sup> Det som kjennetegner avvergende provokasjon er dermed at det utelukkende skal tjene til å stanse, avbryte, eller forebygge et straffbart forhold. Denne etterforskningsmetoden har dermed hverken til formål å ta ut tiltale eller sikre bevis. Bevisprovokasjon er dermed den eneste provokasjonsmetoden som brukes i etterkant av en straffbar handling.<sup>23</sup>

## **2.2 Den alminnelige handlefrihet som hjemmel for provokasjon**

Bevisprovokasjon er en etterforskningsmetode som ikke er lovregulert. Politiet har basert sitt hjemmelsgrunnlag til å benytte bevisprovokasjon på den alminnelige handlefrihet.<sup>24</sup> Dette innebærer at politiet kan foreta handlinger på lik linje med den enkelte borger, det vil si handlinger som ikke er straffbare. Grensene for hvor langt politiet kan gå har vært gjenstand for domstolsbehandling og er behandlet i flere forarbeid. I tillegg er det bredt omtalt i juridisk litteratur.

Høyesterett fastslo i Rt. 1984 s. 1076 at provokasjon ikke var så inngripende at det krevde hjemmel i lov etter det tidligere ulovfestede legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet har siden da blitt lovfestet i Grl. § 113, og fått en styrket stilling i norsk rett.<sup>25</sup> Likevel sluttet flertallet i HR-2020-2137-A seg til denne løsningen. Høyesterett erkjenner likevel at provokasjon som

---

<sup>22</sup> Auglend og Mæland (2016) s. 439.

<sup>23</sup> Hopsnes (2003b) s. 86.

<sup>24</sup> NOU 2004:6 kap. 1.3.3.1 side 17, Hopsnes, (2003a) s. 126.

<sup>25</sup> Rt. 2014 s. 1105.

etterforskningsmetode *bør* lovfestes.<sup>26</sup> Det kan stilles spørsmål ved om Høyesterett i disse avgjørelsene faktisk mente at det aldri var krav om hjemmel ved bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder. Det vil gjøres en grundigere redegjørelse og analyse av HR-2020-2137-A i kap. 4.3, og jeg nøyer meg derfor med å peke på denne usikkerheten her.

Allerede i 2004 ønsket flertallet i Politimetodeutvalget å lovfeste politiprovokasjon som etterforskningsmetode.<sup>27</sup> Politimetodeutvalgets flertall pekte på at «det ikke [er] 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». Flertallet viste i tillegg til at både Storbritannia, Finland og Nederland har kodifisert provokasjon i sin rett, og at lovfesting av provokasjon som etterforskningsmetode derfor vil være i samsvar med trenden i Europa.

Straffeprosessutvalget har i NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov, igjen foreslått å lovfeste provokasjon som etterforskningsmetode.<sup>28</sup> Utvalget slutter seg til Politimetodeutvalgets flertall fra 2004 sin argumentasjon for lovfesting av politiprovokasjon.<sup>29</sup> Videre sier utvalget at «Den menneskerettslige – og til dels nasjonale – utviklingen i retning av et skjerpet hjemmelskrav også på straffeprosessens område tilsier at disse metodene lovfestes, om enn ikke i detalj». Både Politimetodeutvalgets flertall og Straffeprosessutvalget erkjenner dermed at provokasjon som etterforskningsmetode i noen tilfeller vil kreve hjemmel i lov i henhold til både Grl. § 113 og EMK art. 8 nr. 2 jf. nr. 1, og at etterforskningsmetoden derfor bør lovfestes.

Provokasjon som etterforskningsmetode ble utviklet på den tiden hvor generalfullmakten var politiets eneste grunnlag for bruk av maktmidler.<sup>30</sup> Generalfullmakten var en generell og sedvanerettslig myndighet politiet hadde til å iverksette de tiltak som måtte være nødvendige og forholdsmessige for å opprettholde offentlig ro og orden og forebygge lovbrudd.<sup>31</sup> En slik løsning var imidlertid svært uforutsigbar både for borgerne og polititjenestemennene, og videre ikke i samsvar med legalitetsprinsippet.<sup>32</sup> I tillegg var det stor risiko for usaklig forskjellsbehandling ettersom generalfullmakten ga den enkelte polititjenestemann vid

---

<sup>26</sup> HR-2020-2137-A avsnitt 43.

<sup>27</sup> NOU 2004:6 kap. 1.3.3.1 side 17.

<sup>28</sup> NOU 2016:24 side 107. Forslag til utforming av bestemmelsen finnes på side 58.

<sup>29</sup> NOU 2016:24 side 342-343.

<sup>30</sup> NOU 2004:6 kap. 5.1.

<sup>31</sup> Auglend og Mæland (2016) s. 610.

<sup>32</sup> NOU 2004:6 kap. 5.1.

skjønsmessig adgang til å vurdere hensiktsmessigheten av maktbruken.<sup>33</sup> Generalfullmakten er nå lovfestet i lov 04. august 1995 om politiet (politiloven) § 6. Mange av de samme hensynene som begrunnet lovfestingen av generalfullmakten, gjør seg også gjeldende for spørsmålet om å lovfeste politiprovokasjon.

Synspunktet om at provokasjon som politimetode bør lovfestes er i tillegg bredt omtalt i juridisk teori. For eksempel skriver Arne Fliflet i «*Politimetoder og rettsikkerhet – nå må lovgiver handle*», Lov og rett 2017 s. 307-308 at den alminnelige handlefrihet som rettsgrunnlag ikke er tilfredsstillende, og at lovfesting vil kunne bidra til at den friheten politiet i dag har, ikke blir misbrukt eller brukt vilkårlig. I tillegg skriver Ingvild Vågnes Johansen i «*Lovfesting av politiprovokasjon – er det viktig og riktig?*», Kritisk juss 2013 s. 229-233 etter en grundig redegjørelse av problemstillingen at «Etter min mening er det derfor ikke lenger tilstrekkelig å holde spørsmålet om lovregulering under oppsikt. Det er på høy tid å handle».

## **2.3 Relevante hensyn ved bevisprovokasjon**

Ettersom regelen om bevisprovokasjon er ulovfestet, vil reelle hensyn kunne gi viktig veiledning for å fastsette innholdet og adgangen til å benytte seg av metoden. Dette underkapittelet vil redegjøre for de mest sentrale hensynene og mothensyn som gjør seg gjeldende ved bruk av bevisprovokasjon.

### **2.3.1 Hensynet til effektiv bekjempelse av kriminalitet**

Hensynet som klarest taler for å tillate bevisprovokasjon er hensynet til effektiv bekjempelse av kriminalitet.<sup>34</sup> Kriminalitet utgjør et uønsket samfunnsproblem, som det er et felles mål å bli kvitt. Det er derfor viktig at politiet kan benytte seg av de midler og metoder som er nødvendige for å effektivt kunne utføre sin oppgave.

Bevisprovokasjon må anses som et straffeprosessuelt virkemiddel, og hovedhensynet bak straffeprosessen er blant annet å sikre at straffbare handlinger avdekkes og at skyldige personer straffes.<sup>35</sup> Bevisprovokasjon vil være et middel på veien for å oppfylle dette formålet.

---

<sup>33</sup> Ot.prp. nr. 22 (1994-1995) s. 9 og 10.

<sup>34</sup> Hopsnes (2003b) s. 67.

<sup>35</sup> Øyen (2019) s. 26.

Formålet med bevisprovokasjon er å skaffe gode bevis for en etterfølgende straffesak. Noen sakskompleks er av en slik karakter at ordinære etterforskningsmetoder ikke strekker til, og det blir derfor vanskelig for politiet å skaffe gode bevis eller noen ganger bevis i det hele tatt.<sup>36</sup> Det er typisk narkotikasaker som vanskelig lar seg avdekke ved bruk av alminnelige etterforskningsmetoder.<sup>37</sup> Begrunnelsen er at slike saker ofte er «offerløse» i den forstand at både selgeren og kjøperen har en felles interesse om å gjennomføre salget. I tillegg vil også kjøperen ha gjort seg skyldig i et lovbrudd, og dermed ikke ønske å rapportere inn lovbruddet. For å effektivt bekjempe denne typen kriminalitet må politiet derfor gå mer aktivt til verks.<sup>38</sup>

Hensynet til effektiv bekjempelse av kriminalitet gjør seg også særlig gjeldende i saker om menneskehandel. Menneskehandel er en svært alvorlig forbrytelse som har stort skadeomfang for de fornærmede. Selv om saker om menneskehandel ikke er «offerløse», vil det også i disse sakene ofte være behov for å bruke ekstraordinære etterforskningsmetoder. Begrunnelsen er at ofrene ofte er utsatt for trusler og tvang, og det er dermed vanskelig å få vitneforklaringer eller anmeldelser. Den teknologiske utviklingen medfører at slik kriminalitet i større grad skjer over internett og over landegrensene, noe som i seg selv styrker behovet for bevisprovokasjon i slike saker. For det første skaper dette en avstand mellom ofrene og kjøperen av overgrepene som gjør at ofrene ikke er i stand til å identifisere kjøperen. For det andre kan gjerningspersonen slette elektroniske spor ved bruk av ulike programmer.

### **2.3.2 Kriminaliseringshensynet og misbrukshensynet**

Et mothensyn som gjerne fremheves mot politiprovokasjon generelt sett, er hensynet til vern mot kriminalisering. Kriminaliseringshensynet går ut på at lovlydige borgere ikke skal kriminaliseres av politiet.<sup>39</sup> Politiets oppgave er å forhindre og avverge straffbare handlinger, og å avdekke og etterforske straffbare handlinger som allerede er begått, jf. politiloven § 2 nr. 2 og 3. Når politiet blander seg inn ved bruk av provokasjon, er det en fare for at politiet gjør det motsatte, altså bidrar til å skape kriminalitet som ikke ville skjedd uten politiets innblanding.

Kriminaliseringshensynet er tatt høyde for i sakene som har vært til behandling i rettspraksis ved at det er oppstilt et grunnvilkår som går ut på at politiets provokasjonshandling ikke må

---

<sup>36</sup> Hopsnes (2003b) s. 67-68.

<sup>37</sup> NOU 1997:15 kap. 4.2.8.5.

<sup>38</sup> NOU 1997:15 kap. 4.2.8.5.

<sup>39</sup> Hopsnes (2003b) s. 70.

ha fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått.<sup>40</sup> For bevisprovokasjon vil kriminaliseringshensynet imidlertid være mindre fremtredende ettersom provokasjonen skjer etter at en straffbar handling er blitt begått. Hensynet kan derimot gjøre seg gjeldende med styrke dersom politiet i forbindelse med bevisprovokasjon ikke kommer unna å skape ny kriminalitet. I et slikt tilfelle vil kriminaliseringshensynet tale mot bruk av bevisprovokasjon.

Videre representerer adgangen til å benytte seg av etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt en fare for misbruk. I dette ligger det en fare for at politiet skal bruke etterforskningsmetoden for å straffeforfølge bestemte personer, for eksempel på grunn av politisk standpunkt eller hevn. Hensynet gjør seg ikke like gjeldende i de tilfeller hvor den provokasjonsutsatte er tilfeldig og hvor det ikke er mulig å forutse på forhånd hvem som vil bli utsatt for etterforskningsmetoden, enn hvor politiet kan velge seg en bestemt person. Et eksempel på førstnevnte situasjon er at politiet forsøker å provosere frem bevis ved å engasjere seg i et forum hvor det mistenkes at de anonyme brukerne sprer overgrepsmateriale. I et slikt tilfelle vil det ikke være mulig for politiet å peke ut en bestemt person ettersom brukerne er anonyme. Misbrukshensynet vil da ikke gjøre seg like gjeldende.

På samme måte som kriminalitetshensynet gjør misbrukshensynet seg i størst grad gjeldende for bruk av tiltaleprovokasjon, og mindre ved bevisprovokasjon. Ettersom bevisprovokasjon skjer etter en straffbar handling allerede er begått, vil vedkommendes interesse være betydelig mindre verneverdig.<sup>41</sup> Det er likevel en fare for at bevisprovokasjon blir benyttet mot uskyldige personer. På grunn av de ulemper en urettmessig bruk av bevisprovokasjon medfører, er det viktig at vilkårene for bruk av etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt beskytter mot misbruk også ved bevisprovokasjon. Misbrukshensynet blir ivaretatt av kravet til fullgod saksbehandling. Dette vil bli redegjort for under kap. 3.2.3.

### **2.3.3 Personvern hensyn**

Til slutt, må hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse avveies mot personvern hensyn.<sup>42</sup> Hensynet til personvernet er et grunnleggende prinsipp i norsk rett, og innebærer at borgerne har rett til privatliv, kommunikasjon og til personlig integritet.<sup>43</sup> Hensynet til den personlige

---

<sup>40</sup> Se Rt. 1984 s. 1076 side 1080.

<sup>41</sup> Hopsnes (2003b) s. 72.

<sup>42</sup> Hopsnes (2003b) s. 73.

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 36.

integritet tilsier blant annet at den enkelte skal ha kontroll over opplysninger om seg selv, særlig personlige opplysninger, og til å være i fred fra andre.

Personvern hensynet kan gjøre seg gjeldende ved bruk av bevisprovokasjon ettersom provokasjonsobjektets rett til å være i fred som regel blir berørt. I tillegg vil hensynet gjøre seg gjeldende i de tilfeller hvor det benyttes avlyttings- og/eller videoutstyr i forbindelse med bevisprovokasjon, jf. straffeprosesslovens kap. 16a. Hvor stor vekt hensynet skal tillegges vekt vil variere. Vekten avhenger av hvor inngripende provokasjonshandlingen er, hvor alvorlig kriminalitet det er mistanke om, og hvor sterk mistanken er.<sup>44</sup>

Hensynet til personvern har fått økende oppmerksomhet i tråd med den teknologiske utviklingen.<sup>45</sup> Overvåkningskameraer, bruk av mobiltelefon, betalingskort og sosiale medier gir myndighetene store muligheter til å innhente informasjon om den enkelte. I tillegg kan politiet med nyere teknologi i større grad systematisere informasjonen.<sup>46</sup> Personvern hensyn kan dermed sies å gjøre seg mer gjeldende i dag enn for eksempel for 30 år siden, noe for eksempel General Data Protection Regulation (GDPR)<sup>47</sup> er et utslag av.

---

<sup>44</sup> Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 37.

<sup>45</sup> Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 37.

<sup>46</sup> Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 37.

<sup>47</sup> Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016.

### 3 Vilkårene for lovlig bevisprovokasjon

Under dette kapittelet vil det bli redegjort for hvilke vilkår som gjelder for at bevisprovokasjon skal være lovlig. Som tidligere nevnt er reglene om bevisprovokasjon ikke lovregulert. Vilkårene og vilkårenes innhold, er oppstilt i høyesterettspraksis og rettspraksis fra EMD, samt behandlet i forarbeider og bredt omtalt i juridisk teori.

Hvilke vilkår som gjelder for bevisprovokasjon synes å bli fastsatt i HR-2020-2137-A. Høyesterett går gjennom tidligere rettspraksis og finner at etterforskningsmetoden må være «forsvarleg», og at det er et «absolutt grunnvilkår at framferda til politiet ikkje fører til fullbyrding av ei strafflagd handling som elles ikkje ville blitt gjort».<sup>48</sup> Videre oppstiller Høyesterett fire tilleggsvilkår: i) metoden må kun brukes ved mistanke om alvorlig straffbar handling, ii) metoden må kun brukes når tradisjonelle etterforskningsmetoder er utilstrekkelig, iii) metodebruken må være proporsjonal, og iv) metodebruken må ikke være i strid med andre prosessuelle grunnprinsipp. Høyesterett uttaler til slutt at det kreves «ei fullgod sakshandsaming, både ved vedtaket om å bruke slike metodar og under gjennomføringa».

Vilkårene som Høyesterett oppstiller i HR-2020-2137-A samsvarer med vilkårene riksadvokaten oppstiller i rundskriv 2/2018. Riksadvokaten har på bakgrunn av rettspraksis, forarbeider og juridisk teori utgitt flere rundskriv med nærmere retningslinjer for bruk av provokasjon som etterforskningsmetode.<sup>49</sup> Rundskrivet fra 2018 gir en oversikt over vilkårene, samt en nærmere beskrivelse av vilkårenes innhold. Rundskriv må på generelt grunnlag anses å ha en begrenset rettskildemessig vekt da rundskriv kun er interne retningslinjer for påtalemyndigheten. Rundskrivet er følgelig ikke bindende for domstolen. Det aktuelle rundskrivet kan likevel være veiledende, særlig da det i all hovedsak bygger på rettspraksis, og ettersom Høyesterett i HR-2020-2137-A oppstiller de samme vilkårene.

I straffeprosessutvalgets forslag til ny straffeprosesslov er det foreslått at grunnvilkåret<sup>50</sup> kun skal gjelde for tiltaleprovokasjon, og ikke ved bevisprovokasjon.<sup>51</sup> Etter forslaget skal bevisprovokasjonen fortsatt være rettmessig, men den fremprovoserte straffbare handlingen

---

<sup>48</sup> Se avsnitt 39.

<sup>49</sup> RA-2000-2, RA-2018-2.

<sup>50</sup> Provokasjonshandlingen må ikke ha fremkalt en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått.

<sup>51</sup> NOU 2016:24 s. 345 og s. 58.



kan ikke påtales. Straffeprosessutvalgets forslag er ikke fremmet for Stortinget, og dermed vil ikke vilkårene forslaget oppstiller være avgjørende.<sup>52</sup> Ettersom Høyesterett dømmer i siste instans, jf. Grl. § 88, er dens avgjørelser et uttrykk for gjeldende rett. Vilrårene som ble oppstilt i HR-2020-2137-A må derfor legges til grunn, og grunnvilkåret gjelder således for bevisprovokasjon.

Når det kommer til hvilket beviskrav som gjelder for avgjørelsen av om vilrårene er oppfylte, har Høyesterett slått fast at det er det alminnelige strafferettslige beviskravet som gjelder i vurderingen av grunnvilkåret.<sup>53</sup> Det strafferettslige beviskravet er at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. For de øvrige vilrårene er det imidlertid alminnelig sannsynlighetsovervekt som gjelder.<sup>54</sup> En mulig forklaring for å benytte ulike beviskrav kan skyldes at en innsigelse om at påtalemyndigheten har fremprovosert en handling som ellers ikke ville blitt begått knytter seg til skyldspørsmålet, mens de øvrige knytter seg til saksbehandlingen.<sup>55</sup> Det vil dermed være naturlig å anvende samme beviskrav slik som ved andre forhold som angår skyldspørsmålet. Dessuten taler hensynet til tiltaltes rettssikkerhet for en slik løsning ettersom grunnvilkåret blant annet er ment å beskytte borgerne mot at påtalemyndigheten misbruker instituttet.

I det videre vil vilrårene HR-2020-2137-A oppstiller bli nærmere redegjort for. De materielle vilrårene vil bli behandlet først, deretter de prosessuelle.

### **3.1 De materielle vilrårene**

#### **3.1.1 Grunnvilkåret – Forbud mot konstitutiv provokasjon**

Grunnvilkåret innebærer at politiet ikke kan fremkalle lovbrudd som ellers ikke ville blitt begått.<sup>56</sup> I juridisk teori omtales dette også som et forbud mot *konstitutiv provokasjon*.<sup>57</sup> Grunnvilkåret henger sammen med kriminaliseringshensynet ved at politiet ikke skal skape ny kriminalitet.

Som det er redegjort for under kap. 2.3.2, er det som utgangspunkt ikke en fare for at bevisprovokasjon skal fremkalle lovbrudd som ellers ikke ville blitt begått ettersom

---

<sup>52</sup> Skoghøy (2018) s. 82

<sup>53</sup> Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 39.

<sup>54</sup> Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 39.

<sup>55</sup> Strandbakken (2003) s. 508.

<sup>56</sup> Rt. 1984 s. 1076 s. 1080.

<sup>57</sup> Se for eksempel Hopsnes (2003b) s. 115-118 og Keiserud (2020) s. 930.

bevisprovokasjon først skjer *etter* at en straffbar handling er begått. Høyesterett uttaler i HR-2020-2137-A at det er «eit absolutt grunnvilkår at framferda til politiet ikkje fører til fullbyrding av ei strafflagd handling som elles ikkje ville blitt gjort». Det er dermed på det rene at grunnvilkåret gjelder ved bruk av bevisprovokasjon. Spørsmålet er imidlertid om grunnvilkåret kan få reell betydning for grensen til lovlig bevisprovokasjon.

I riksadvokatens rundskriv 2/2018 blir det fremholdt at grunnvilkåret regelmessig vil være oppfylt hvor provokasjonen kun tar sikte på å fremskaffe bevis for allerede begåtte straffbare handlinger og rent faktisk kun tjener dette formålet. Det blir likevel påpekt at det kan ha en viss betydning for de tilfeller hvor det har gått lang tid mellom bevisprovokasjonen og fremskaffelsen av beviset.<sup>58</sup> Som eksempel nevnes det en person som blir utsatt for provokasjon, stjeler våpnene som en følge av politiets bevisprovokasjon. Dette gjør han i den tro at han har en kjøper. I et slikt tilfelle har provokasjonshandlingen foranlediget innkjøpet av våpnene, og er følgelig i strid med grunnvilkåret.

Det kan imidlertid argumenteres for at man her står overfor en kombinasjon av bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon. Det er begått bevisprovokasjon for den opprinnelige mistanken om besittelse av våpen, mens det er begått tiltaleprovokasjon for tyveriet av våpnene. Rundskrivet på sin side virker derimot å legge til grunn at det er påtalemyndighetens hensikt, ikke den faktiske handlingen, som er avgjørende for om man står ovenfor bevisprovokasjon eller annen provokasjon.

Rettspraksis kan se ut til å legge til grunn at det er den faktiske handlingen, og ikke politiets intensjon, som er avgjørende for om man står ovenfor bevisprovokasjon eller tiltaleprovokasjon. Et eksempel er Rt. 2000 s. 1223. I denne saken hadde en kvinne i et narkotikamiljø varslet en politibetjent om at hun var blitt tilbudt å kjøpe ett kilo heroin. Politiet pågrep den mistenkte, men vedkommende var da ikke i besittelse av heroin. Kvinnen og den mistenkte inngikk senere en avtale om at hun skulle kjøpe ett kilo heroin fra den mistenkte, og kvinnen varslet politiet om dette. Politiet planla da bevisprovokasjon hvor det skulle fremprovoseres en salgssituasjon der hensikten var å føre bevis for erverv og oppbevaring av heroin, samt å beslaglegge stoffet. Det ble lagt til grunn at avtalen utløste anskaffelsen av heroinet. Flertallet uttaler i sin vurdering at «(...)begrepet «bevisprovokasjon»

---

<sup>58</sup> RA-2018-2 kap. 2.1.

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». <sup>59</sup> Mindretallet uttaler seg i samme retning: «Jeg finner det for min del klart at det (...) ikke her foreligger noen form for bevissikringsprovokasjon». Både flertallet og mindretallet viser til at det i realiteten foreligger tiltaleprovokasjon. Flertallet og mindretallets uttalelser i denne saken kan tas til inntekt for at det er politiets faktiske handlinger, og ikke deres intensjon, som er avgjørende for hvilken provokasjonshandling man står overfor.

Det kan videre virke som at forarbeidene til ny straffeprosesslov også legger til grunn at dersom bevisprovokasjonen fører til ny straffbar handling så står man overfor både bevisprovokasjon og en ulovlig tiltaleprovokasjon. <sup>60</sup> Forslaget innebærer at grunnvilkåret ikke skal gjelde ved bevisprovokasjon, men at et fremprovosert straffbart forhold i slike tilfeller ikke kan påtales. Dette tyder på at forarbeidene legger til grunn at man i slike tilfeller står overfor en kombinasjon av bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon.

Problemstillingen er videre berørt i juridisk teori. Torgersen mener at det etter hans begrepsbruk ikke gir mening å snakke om brudd på grunnvilkåret ved bevisprovokasjon. <sup>61</sup> Han legger til grunn at det er de faktiske forhold, og ikke politiets intensjon, som må være avgjørende for om man står overfor bevisprovokasjon eller tiltaleprovokasjon. Han illustrerer dette med et eksempel hvor politiet uriktig tror at det er begått et lovbrudd, og ved sin provokasjon fremkaller det lovbrudd som de opprinnelig skulle fremskaffe bevis for. Han mener da at det er mest treffende at man står ovenfor konstitutiv provokasjon.

Torgersens standpunkt om at det må være de faktiske forhold, og ikke politiets intensjon, som må være avgjørende for begrepsbruken, har gode grunner for seg. Bevisprovokasjon kjennetegnes ved at metoden benyttes *etter* at en straffbar handling har funnet sted. Dersom det som ledd ved den provokative handling oppstår et nytt straffbart forhold, vil den provokative handlingen ha skjedd *før* den straffbare handlingen. Det er etter dette naturlig å se på provokasjonshandlingen som fører til en ny straffbar handling som tiltaleprovokasjon.

---

<sup>59</sup> Rt. 2000 s. 1223 side 1229.

<sup>60</sup> NOU 2016:24 s. 345.

<sup>61</sup> Torgersen (2009) s. 271.

Det kan tenktes at grunnvilkåret blir oppstilt som et vilkår også for bevisprovokasjon for å tydeliggjøre at fremprovoserte straffbare handlinger som ellers ikke ville oppstått (konstitutiv provokasjon) ikke kan påtales. Eventuelt kan grunnvilkåret være en sikkerhetsventil for de tilfeller hvor bevisprovokasjon uforutsett går over til å bli en tiltaleprovokasjon. Dette for å sikre seg at begrepsbruken ikke skal være avgjørende for om siktede påtales for en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått.

For å konkludere, vil grunnvilkåret trolig aldri i realiteten ha en reell betydning for en provokasjonshandling som *faktisk kun* skaffer bevis for en allerede begått straffbar handling. Dersom provokasjonshandlingen i tillegg fremprovoserer en ny straffbar handling, vil grunnvilkåret gjøre seg gjeldende med full kraft, men det vil da ikke lengre være snakk om bevisprovokasjon.

### 3.1.2 Kriminalitetskravet

Det andre materielle vilkåret er at bevisprovokasjon kun kan benyttes ved «mistanke om alvorlige strafflagde handlingar».<sup>62</sup> Dette vilkåret blir også omtalt som et kriminalitetskrav, og går ut på at den straffbare handlingen som det er mistanke om er begått må være av en viss alvorlighetsgrad.<sup>63</sup> Kriminalitetskravet henger sammen med kravet til proporsjonalitet ettersom provokasjon er å anse som en offensiv etterforskningsmetode og således kun bør brukes ved mistanke om alvorlige lovbrudd.<sup>64</sup>

I HR-2020-2137-A uttaler ikke Høyesterett seg om hva som skal til for at en lovovertrødelse skal anses for å være «alvorlig». I Rt. 1993 s. 473 side 475 fremheves det derimot at ved bedømmelsen av om det dreier seg om alvorlig kriminalitet «bør man nok ikke bare se på strafferammen, men også ta hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet». Høyesterett slår her fast at strafferammen ikke er avgjørende for om en straffbar handling skal anses som alvorlig nok. Dette innebærer at også lovovertrødelse med lav strafferamme vil kunne oppfylle kravet til kriminalitet forutsett at lovbruddet av andre grunner må anses alvorlig. Den samfunnsmessige betydningen av å bekjempe den aktuelle kriminaliteten oppstilles som et hensyn som må tillegges vekt. I denne

---

<sup>62</sup> HR-2020-2137-A avsnitt 34.

<sup>63</sup> Auglend og Mæland (2016 s. 438.

<sup>64</sup> Andorsen (2001) s. 12.

dommen var tiltaleprovokasjon benyttet overfor drosjepiratkjøring. Høyesterett fant at piratdrosjekjøring ikke nådde opp til alvorlighetskravets nedre grense.

Videre har narkotikakriminalitet i flere saker blitt ansett som «alvorlig». Et eksempel er Rt. 1984 s. 1076. I forbindelse med vurderingen av behovet for provokasjon som etterforskningsmetode for narkotikakriminalitet uttalte Høyesterett at «Narkotikaovertredsenes samfunnsfarlige karakter tilsier at etterforskningen av disse forbrytelser må prioriteres høyt(...)».<sup>65</sup> Det kan imidlertid neppe legges til grunn at enhver narkotikasak er av en slik alvorlighetsgrad at det oppfyller kriminalitetskravet. Eksempler på hva rettspraksis har godtatt som alvorlig narkotikakriminalitet er kvantum på 3 kg amfetamin, 1 kg heroin og 235 gram heroin.<sup>66</sup> Det disse størrelsene har til felles er at det ikke er brukerdoser, men store kvantum som etter all sannsynlighet er ment for videresalg. Besittelse av brukerdoser vil tvilsomt oppfylle kriminalitetskravet da det ikke er av en slik «samfunnsfarlig[e] karakter», men først og fremst bare er skadelig for brukeren selv. Spesielt med henblikk til den foreslåtte rusreformen er det nærliggende å anta at det er et midlere syn på straff hva gjelder brukerdoser og at brukerdoser heller ikke i fremtiden vil anses for å oppfylle kriminalitetskravet.<sup>67</sup> Det må derfor gjøres en vurdering av hvilken samfunnsmessig betydning bekjempelsen av det aktuelle narkotikalovbruddet representerer.<sup>68</sup>

Også seksuelle overgrep mot barn, menneskehandel og vinningskriminalitet har blitt ansett å tilfredsstillende vilkåret om alvorlig kriminalitet.<sup>69</sup> Når det gjelder overgrep mot barn, vil det tilsvarende som med narkotikakriminalitet trolig måtte gjøres en konkret vurdering av om det aktuelle lovbruddet oppfyller kriminaliseringskravet. Det kan tenkes tilfeller av overgrep mot barn som ikke oppfyller kriminalitetskravet. For eksempel vil det per definisjon være overgrep mot barn at en 18-åring har nakenbilder av en 17 år gammel jente, selv om disse er sendt frivillig, jf. lov 20. mai 2005 om straff (straffeloven, heretter strl.) § 311 bokstav c jf. andre ledd. Et slikt tilfelle vil neppe oppfylle kriminalitetskravet. Derimot vil

---

<sup>65</sup> Rt. 1984 s. 1076 side 1080.

<sup>66</sup> Rt. 1984 s. 1076, Rt. 2000 s. 1223 og Rt. 1992 s. 1088.

<sup>67</sup> Prop. 92 L (2020-2021). Forslaget ble imidlertid stanset da Arbeiderpartiet stemte ned forslaget i landsmøtet 15. til 17. april. Arbeiderpartiet ønsker likevel en rusreform, bare ikke den som ble foreslått. Link til Arbeiderpartiets hjemmesider, hvor deres politikk på rus blir redegjort for. <https://www.arbeiderpartiet.no/politikken/rus/> (hentet 22. april 13:02).

<sup>68</sup> Rt. 1993 s. 473.

<sup>69</sup> Rt. 2011 s. 1455 og HR-2020-2137-A.

kriminalitetskravet presumptivt være oppfylt dersom mistenkte i stor skala distribuerer eller besitter overgrepsmateriale av barn under 16 år.<sup>70</sup>

I vurderingen av om vinningskriminalitet oppfyller kriminalitetskravet, la Høyesterett i Rt. 1998 s. 407 vekt på om gjenstanden hadde en «særdeles høy både økonomisk og ideell verdi».<sup>71</sup> Saken gjaldt heleri av maleriet «skrik» av Edvard Munch, og Høyesterett konkluderte med at kriminalitetskravet var oppfylt. Dette kan tas til inntekt for at økonomisk og ideell verdi kan være momenter i vurderingen av om vinningskriminalitet oppfyller kriminalitetskravet. Dette kan sees i sammenheng med den totale samfunnsmessige byrden – dess høyere økonomisk og ideell verdi, dess større samfunnsmessig byrde representerer vinningskriminaliteten.

I motsetning til overgrep mot barn og vinningskriminalitet, vil trolig menneskehandel i alle tilfeller oppfylle kriminalitetskravet. Menneskehandel er blant annet når en person ved trusler, vold, misbruk av sårbar situasjon, eller annen utilbørlig atferd tvinger, utnytter eller forleder noen til prostitusjon, arbeid eller tjenester, jf. strl. § 257. Menneskehandel krenker en persons grunnleggende rettigheter, og er svært skadelig for fornærmede. Derfor bør menneskehandel kunne anses som så alvorlig at det alltid vil oppfylle alvorlighetskravet.

Andorsen peker på at organisert kriminalitet vil tilfredsstille vilkåret om alvorlig kriminalitet. Som eksempler nevner han omfattende, ulovlig innførsel og omsetning av sprit eller mer variert kriminalitet i lukkede miljøer, som narkotikaomsetning og «torpedo-inkasso» i MC-klubber.<sup>72</sup> I motsatt retning mener han at kommunal bevillingskontroll med salg og skjenking av alkohol etter alkoholloven<sup>73</sup> § 1-9 ikke har samfunnsinteresse av slik tyngde at det kvalifiseres som «alvorlig» kriminalitet i forbindelse med politiprovokasjon.<sup>74</sup> Organisert kriminalitet vil trolig oppfylle kriminalitetskravet, men også her bør det gjøres en konkret vurdering av det aktuelle tilfellet for å avgjøre om man står overfor en alvorlig straffbar handling.

Riksadvokaten på sin side har ikke funnet det hensiktsmessig å nærmere instruksfeste i detalj hvilke straffbare forhold bevisprovokasjon kan anvendes på. Det vises til de lovbruddene som

---

<sup>70</sup> Se for eksempel HR-2020-2137-A.

<sup>71</sup> Rt. 1998 s. 407 s. 409.

<sup>72</sup> Andorsen (2001) s. 12.

<sup>73</sup> Lov 2. juni 1989 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. (alkoholloven).

<sup>74</sup> Andorsen (2001) s. 13.

rettspraksis har ansett som alvorlig kriminalitet, og for øvrig uttaler riksadvokaten at metoden kan brukes ved ulovlig handel med våpen, grove voldslovbrudd og alvorlig datakriminalitet.<sup>75</sup> Videre uttaler riksadvokaten at «Bedømmes kriminaliteten som et alvorlig samfunnsønde på grunn av dens omfang eller karakter, kan metoden benyttes, forutsatt at tilleggsvilkårene er oppfylt». Med andre ord beror det på en helhetsvurdering om et lovbrudd er «alvorlig».

Oppsummert må det gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfelle om den aktuelle straffbare handling må anses som alvorlig. I vurderingen må samfunnsinteressen av å bekjempe den typen kriminalitet vektlegges tungt, uavhengig av den aktuelle strafferammen.

## **3.2 De prosessuelle vilkårene**

Ettersom bevisprovokasjon kjennetegnes blant annet ved at subjektet under etterforskning ikke er klar over at det pågår en etterforskning av ham, er det nødvendig med prosessuelle vilkår for bruk av metoden. Dette for å sikre at etterforskningen foregår på en trygg og forsvarlig måte, men også for å sikre at politiet ikke overtrer mistenktes rettssikkerhetsvern.

### **3.2.1 Subsidiaritetsprinsippet**

Rettspraksis har slått fast at det gjelder et krav til subsidiaritet for at bevisprovokasjon lovlig kan benyttes. I HR-2020-2137-A avsnitt 34 uttaler Høyesterett at ekstraordinære etterforskningsmetoder bare kan «nyttast når tradisjonelle etterforskningsmetoder er utilstrekkelege». Riksadvokaten skriver i rundskriv 2/2018 at subsidiaritetsprinsippet ikke nødvendigvis krever at politiet først har forsøkt å nå frem med alminnelige etterforskningsmetoder.<sup>76</sup> Videre peker riksadvokaten på at visse sakstyper av erfaring ikke lar seg håndteres ved kun bruk av tradisjonell etterforskning. Spredning av film eller bilder som viser seksuelle overgrep mot barn blir trukket frem som eksempel. Subsidiaritetsprinsippet krever således en vurdering av muligheten for å nå frem med ordinære metoder.<sup>77</sup>

Begrunnelsen for at det ikke er et krav om at politiet har forsøkt å nå frem med alminnelig etterforskningsmetoder, er at politiet ofte vil havne i situasjoner hvor det er tidspress, eller at situasjonen ikke tillater at man kan prøve mindre inngripende metoder. Dessuten kan forsøk

---

<sup>75</sup> RA-2018-2 kap. 2.2.

<sup>76</sup> RA-2018-2 kap. 2.3.

<sup>77</sup> Andorsen (2001) s. 15.

på å benytte seg av alminnelige etterforskningsmetoder føre til at formålet med etterforskningen blir forspilt. Som eksempel kan nevnes at det åpnes etterforskning mot en gruppe som mistenkes for omsetning av narkotika. Dersom politiet forsøker å avhøre personer tilknyttet gruppen, er det risiko for at vedkommende vil nekte å forklare seg og i tillegg vil varsle de øvrige medlemmene slik at de kan forspille bevis. I et slikt tilfelle kan bevisprovokasjon være nødvendig for å oppnå formålet. Dessuten innebærer en del etterforskningsmetoder at vedkommende etterforskningen rettes mot anses som siktet i saken, som igjen normalt gir vedkommende et krav på å gjøres kjent med saken, jf. blant annet EMK art. 6 nr. 3 bokstav a jf. lov 22. mai 1981 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven, heretter strpl.) § 82 tredje ledd.

Subsidiaritetsprinsippet kan videre begrunnes i hensynet til den enkelte borger. Ettersom politiet ved bevisprovokasjon kan sies å blande seg i objektets rett til å være i fred, er det viktig at borgerne ikke utsettes for bevisprovokasjon dersom andre mindre tyngende metoder er tilstrekkelige. Subsidiaritetsprinsippet beskytter videre mot vilkårlig myndighetsmisbruk og styrker borgernes rettssikkerhet ved at politiet må gjøre en vurdering av om det er mildere metoder som kan benyttes.

### **3.2.2 Krav til forholdsmessighet**

Neste vilkår er at bevisprovokasjonen må være forholdsmessig, jf. HR-2020-2137-A avsnitt 34. Etter strpl. § 170a kan ikke et tvangsmiddel benyttes dersom det etter «sakens art og forholdene ellers» medfører et «uforholdsmessig inngrep». Bestemmelsen knytter seg til tvangsmidlene som har hjemmel i straffeprosesslovens kap. 14, men vil likevel gi veiledning i fastleggelsen av innholdet i kravet til forholdsmessighet ettersom bestemmelsen gir uttrykk for det ulovfestede forholdsmessighetsprinsippet.<sup>78</sup>

Forholdsmessighetskravet kommer for det første til uttrykk gjennom kravet til alvorlig kriminalitet.<sup>79</sup> Ettersom bevisprovokasjon kun kan benyttes ved alvorlig kriminalitet, vil inngrepet være mer proporsjonalt. Dersom politiet benytter seg av metoden for lovovertridelser av straffebud som ikke beskytter særlig viktige samfunnsinteresser, vil

---

<sup>78</sup> Auglend og Mæland (2016) s. 638.

<sup>79</sup> RA-2018-2 kap. 2.4.



inngrepet provokasjonen representerer være uproporsjonalt i forhold til fordelene med å bekjempe den aktuelle kriminaliteten.

For det andre har vilkåret selvstendig betydning i de tilfeller hvor bevisprovokasjon blir benyttet i kombinasjon med andre etterforskningsmetoder.<sup>80</sup> I slike tilfeller vil forholdsmessighetsprinsippet medføre at man må ta hensyn til den samlede byrden mistenkte har vært, og kommer til å bli, utsatt for. Et eksempel kan være at politiet har benyttet seg av kommunikasjonskontroll, jf. strpl. § 216 a, overfor en mistenkt. Ved en vurdering av om det i tillegg kan utføres bevisprovokasjon, må det vurderes hvor inngripende og tyngende kommunikasjonskontroll og bevisprovokasjon til sammen vil være for mistenkte. Med andre ord må den samlede byrden for mistenkte være proporsjonal i forhold til den fordelene inngrepene medfører.<sup>81</sup>

En annen side ved forholdsmessighetsvurderingen er mistankekravet. For å benytte seg av bevisprovokasjon må det være skjellig grunn til mistanke om at en person har begått en alvorlig straffbar handling.<sup>82</sup> Graden av mistanke vil igjen påvirke hvor forholdsmessig bruk av bevisprovokasjon er, da det vil være mindre proporsjonalt dersom mistanken er svak enn hvor den er sterk. Desto sterkere mistanke, desto mer taler det for at bevisprovokasjonen er forholdsmessig.

### **3.2.3 Fullgod saksbehandling**

I HR-2020-2137-A avsnitt 34 uttaler Høyesterett at det «krevst ei fullgod sakshandsaming, både ved vedtaket om å bruke slike metodar og under gjennomføringa». Høyesterett presiserer ikke hva som må til for at en saksbehandling kan anses som «fullgod». Vilkaåret stiller imidlertid krav til både vedtaket og gjennomføringen. Etter riksadvokatens rundskriv knytter vilkaåret seg til krav til beslutningsnivå, notoritet, og planlegging av og kontroll med operasjonen.<sup>83</sup>

Beslutning om bruk av bevisprovokasjon skal treffes av statsadvokaten etter anmodning fra politimesteren eller visepolitimesteren.<sup>84</sup> Det er gjort unntak der hvor det ved opphold er fare

---

<sup>80</sup> RA-2018-2 kap. 2.4.

<sup>81</sup> RA-2018-2 kap. 2.4.

<sup>82</sup> RA-2018-2 kap. 2.4.

<sup>83</sup> RA-2018-2 kap. 3, se også Torgersen (2009) s. 262.

<sup>84</sup> RA-2018-2 kap. 3.

for at etterforskningen vil lide. Da kan politimesteren selv beslutte bruk av provokasjon. Det gamle rundskrivet fra 2000 inneholdt ikke et slikt unntak. Unntaket er tatt med i det nye rundskrivet i tråd med uttalelser fra Høyesterett. I Rt. 2007 s. 268 ble det ikke innhentet samtykke fra statsadvokaten før provokasjonen ble satt i gang. Til dette uttaler Høyesterett at

«beslutning om å benytte etterforskningsmetoder som nevnt, vil imidlertid ofte (...) måtte treffes raskt og på tidspunkt når statsadvokaten ikke vil være umiddelbart tilgjengelig. Det er da formentlig rimelig å lese riksadvokatens rundskriv med den reservasjon at kravet om statsadvokatens samtykke forutsetter at dette praktisk sett kan innhentes innenfor den tidsramme som er til rådighet».<sup>85</sup>

Høyesterett slår her fast at vilkåret ikke er absolutt. Dette henger sammen med at vilkåret om personell kompetanse er en intern instruks, og således ikke bindende for domstolen. Dersom den benyttede metoden må anses forsvarlig, vil ikke en personell mangel nødvendigvis føre til at bevisprovokasjonen er ulovlig. Det beror dermed på en helhetsvurdering om saksbehandlingen er forsvarlig til tross for at beslutningen ikke er fattet på riktig påtalenivå.

Kravet til beslutningsnivå er en viktig rettssikkerhetsgaranti da den fordrer en overveid beslutning ettersom problemstillingen må drøftes både på politimesternivå og statsadvokatnivå. I tillegg harmonerer kravet til beslutningsnivå med de krav som stilles i en rekke andre tvangsmidler med hjemmel i straffeprosessloven. For eksempel er det retten som må gi tillatelse for å ta i bruk kommunikasjonsavlytting, jf. strpl. § 216a, og påtalemyndigheten som kan beslutte pågripelse, jf. strpl. § 175.

Etter riksadvokatens rundskriv skal anmodning og beslutning være skriftlig og inneholde en kortfattet gjennomføringsplan som beskriver tiltaket. Det skal også utarbeides en plan som skal inngå i sakens dokumenter. Dette er for å sikre notoritet i saksbehandlingen, slik at opplysningene som innhentes ved bruk av metoden er egnet til å benyttes som bevis i en eventuell etterfølgende straffesak. Planen skal også være utformet slik at den belyser om etterforskningen er utført i samsvar med de krav som gjelder ved en eventuell etterfølgende domstolsprøving.

---

<sup>85</sup> Rt. 2007 s. 268 avsnitt 20.

Rt. 1998 s. 407 illustrerer viktigheten av at påtalemyndigheten sikrer god kontroll og notoritet i forbindelse med etterforskning med provokasjonstilsnitt. Dommen omhandler tiltaleprovokasjon, men vil være veiledende også for bevisprovokasjon ettersom det er det samme kravet til forsvarlig saksbehandling. Høyesterett uttaler på side 412 at etterforskningen «er beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for en domfellelse». Særlig to momenter ble tillagt vekt. For det første var ikke agentene som samarbeidet med politiet i tilstrekkelig grad under kontroll av politiet. For det andre var aksjonen «ikke dokumentert eller belyst på den måten bruk av en så vidt ekstraordinær etterforskningsmetode bør være».<sup>86</sup> Dette viser at både mangel på notoritet og kontroll kan gjøre at saksbehandlingen blir uforsvarlig.

Et annet eksempel finnes i Rt. 2000 s. 1223. I denne saken hadde politiet brukt en informant som var narkotikamisbruker i forbindelse med bevisprovokasjon.<sup>87</sup> Høyesteretts flertall<sup>88</sup> uttalte på side 1231:

«I en slik situasjon forekommer det meg i strid med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper at politiet velger en informant som selv er narkotikamisbruker, som enten har eller kan få straffesiktelser mot seg og som i det hele vil føle seg – og er – avhengig av sin politikontakt».

Dette representerte en fare for at informanten ville overskride de rammene som gjelder for bevisprovokasjon, og gjorde at informanten var uskikket til å innta den sentrale posisjonen. Dette mente Høyesterett var en så alvorlig mangel ved saksbehandlingen at det ikke kunne godtas som grunnlag for domfellelse. Dette viser at valg av informant kan være avgjørende for om saksbehandlingen kan anses å være forsvarlig.

Notoritet og kontroll er svært viktig for mistenktes rettssikkerhet. God notoritet vil sikre mistenktes rett til kontradiksjon, da mistenkte vil være bedre i stand til å imøtegå riktigheten av beviset, herunder ved at mistenkte kan påvise svakheter ved provokasjonshandlingen. Ved god kontroll av operasjonen er det mindre risiko for at mistenktes rettigheter, for eksempel selvinnskrimineringsforbudet, blir krenket. I tillegg vil fravær av klarhet ved innhenting av

---

<sup>86</sup> Dommens mindretall er enig i førstevoterendes vurdering på dette punkt.

<sup>87</sup> Grundigere fremstilling av faktum er behandlet under kap. 3.1.1.

<sup>88</sup> Mindretallet på én dommer tok ikke stilling til dette spørsmålet.

beviset ved bruk av provokasjonsmetoden gjøre at det hefter mindre tvil ved riktigheten av beviset.

### **3.2.4 Ikke være i strid med andre prosessuelle grunnprinsipper**

Til slutt er det et vilkår at bevisprovokasjonen ikke er i strid med andre prosessuelle grunnprinsipper. Høyesterett i HR-2020-2137-A sier ingenting om hvilke prosessuelle grunnprinsipper som gjør seg gjeldende. Trolig er dette vilkåret oppstilt av pedagogiske grunner, da prosessuelle grunnprinsipper vil gjøre seg gjeldende uavhengig av om de er oppstilt som et vilkår eller ikke.

Det er flere prosessuelle grunnprinsipper som kan gjøre seg gjeldende ved bevisprovokasjon, herunder orienteringsplikten, jf. strpl. § 232, retten til kontradiksjon, selvinkrimineringsvernet og legalitetsprinsippet. Betydningen av disse prinsippene vil bli behandlet nedenfor.

## **4 Legalitetsprinsippets betydning for bruk av bevisprovokasjon, jf. Grl. § 113**

Grl. § 113 lyder som følger «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Med andre ord er det et lovkrav for det tilfellet man står overfor det som må anses som et «inngrep». Grl. § 113 gir uttrykk for legalitetsprinsippet som tidligere var konstitusjonell sedvanerett. Lovfestingen av prinsippet medførte ingen endring av rettstilstanden.<sup>89</sup> I dette kapitlet vil det redegjøres for Grl. § 113 sin betydning ved bruk av bevisprovokasjon. Dette gjøres ved å redegjøre for formål og vilkår, etterfulgt av en analyse av dissensspørsmålet i HR-2020-2137-A.

I Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26 blir formålet bak lovkravet beskrevet slik:

«Lovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. også Grunnloven § 98 første ledd som slår fast at «[a]lle er like for loven». Lovkravet støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grunnloven § 75 [bokstav] a og den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos

---

<sup>89</sup> Innst.186 S (2013-2014) s. 32 og Dokument 16 (2011-2012) s. 248.

en folkevalgt nasjonalforsamling: Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for».<sup>90</sup>

Som man ser ut fra dette, er formålet å fremme forutberegnelighet, motvirke vilkårlig og usaklig forskjellsbehandling, og ivareta folkesuverenitetsprinsippet. Når det gjelder bevisprovokasjon vil det være forutberegneligheten som er viktig for den enkelte borger at ivaretas. Dette for at den enkelte skal kunne innrette seg og forutse sin rettsstilling. I redegjørelsen for Grl. § 113 er det hensiktsmessig å følge bestemmelsens oppbygning. Dette innebærer å først se på hva som kan anses for å være et «inngrep», og deretter hva som tilfredsstillende kravet om «grunnlag i lov».

#### **4.1 Hva utgjør et «inngrep»?**

Grunnloven angir ikke hva som faller inn under ordlyden «inngrep». Ordlyden kan tolkes slik at det innebærer en innblanding, kontrollering, eller lignende, overfor den enkelte. I dokument 16 (2011-2012) s. 147 følger det at «For at man kan tale om et «inngrep», må det foreligge kvalifiserte forhold som rammer den enkelte (...)». Videre fremkommer det at «det er uten betydning for kravet om lovhjemmel hvorvidt offentlige myndigheter treffer beslutninger eller utøver faktiske handlinger. Myndighetene trenger uansett hjemmel i lov for å gripe inn i den enkeltes rettssfære».<sup>91</sup> Med andre ord kan både vedtak og fysiske handlinger anses som «inngrep». Rettslige normeringer som pålegger et rettsobjekt enten en plikt eller et påbud utgjør alltid et «inngrep» i Grl. § 113 forstand.<sup>92</sup>

Hva som kan anses som et «inngrep» er bredt behandlet i juridisk teori. Øyen viser til at alle har visse friheter og rettigheter i kraft av å være borgere, og at disse utgjør «den enkeltes rettssfære».<sup>93</sup> Videre nevner han handlefrihet, bevegelsesfrihet, ytringsfrihet, retten til fysisk og psykisk integritet, og retten til en privatsfære som eksempler på «den enkeltes rettssfære». Fysiske handlinger slik som å låse en person inne eller å legge vedkommende i håndjern, er lett å kategorisere som et «inngrep» etter Grl. § 113, ettersom dette åpenbart griper inn i vedkommendes bevegelsesfrihet. Å trekke grensen for når det foreligger et inngrep i den private sfære kan imidlertid være mer problematisk. Inngrepsterskelen vil variere alt etter

---

<sup>90</sup> Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26.

<sup>91</sup> Dokument 16 (2011-2012) s. 248.

<sup>92</sup> Hopsnes/Solberg (2005) s. 107, med videre henvisninger i note 99.

<sup>93</sup> Øyen (2019) s. 162.

tiltakets art, omfang og varighet.<sup>94</sup> Hopsnes og Solberg skriver i forbindelse med dette at «Dersom det offentliges samlede kontroll med individet blir stor, kan dette tale for å utvide legalitetsprinsippets forbudsnorm av hensyn til frihet som verdi».<sup>95</sup>

Høyesterett vurderte i Rt. 1984 s. 1070 om etterforskning med provokasjonstilsnitt er et «inngrep» som krever hjemmel i lov. I denne saken hadde politiet brukt en mistenkte fasttelefon for å oppnå kontakt med en utenlandsk narkotikaleverandør. Høyesterett uttalte at:

«I og for seg er det klart at enkelte etterforskningsskritt representerer et slikt inngrep overfor den det rettes mot, at det ut fra legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel. Men jeg kan ikke se at bruk av slike ekstraordinære etterforskningsmetoder som det er tale om i vår sak, er av en slik art».<sup>96</sup>

Uttalelsen kan tolkes slik at dommens prejudikat begrenses til å kun gjelde for slik provokasjon som ble benyttet i den saken, eller slik at ekstraordinære etterforskningsmetoder aldri krever hjemmel i lov. I HR-2020-2137-A gjør Høyesterett en vurdering av om dette «prinsippet» fortsatt gjør seg gjeldende. Dette vil behandles under kap. 4.3.2 og 4.3.4, herunder en vurdering av hvilken betydning dommen har for rettstilstanden.

Oppsummert må det gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle om politiets provokasjonshandling er av en slik art, omfang og varighet at det griper så sterkt inn i et retts gode at den må klassifiseres som et inngrep.

## **4.2 Hvilket krav stilles det til «grunnlag i lov»?**

For det tilfellet det blir konstatert at det foreligger et «inngrep», krever Grl. § 113 «grunnlag i lov». I forarbeidene er det slått fast at det med formell lov siktes til lover gitt av Stortinget i henhold til Grl. §§ 76 flg. eller øvrige rettsregler som kan utledes av slik formell lovgivning.<sup>97</sup> Eckhoff skriver imidlertid at det er «(...) ikke riktig at hjemmel i «lov» alltid er nødvendig: det er ikke tvil om at også andre rettsgrunnlag (f.eks. skattevedtak, provisorisk anordning, avtale mv. (...)) vil kunne strekke til».<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> Hopsnes/Solberg (2005) s. 120-121.

<sup>95</sup> Hopsnes/Solberg (2005) s. 121.

<sup>96</sup> Rt. 1984 s. 1070 s. 1079.

<sup>97</sup> Dokument 16 (2011-2012) s. 246.

<sup>98</sup> Eckhoff (2020) s. 343.

Det må likevel være et skjerpet kvalitativt krav til rettskildefundament for inngripende tiltak.<sup>99</sup> Høyesterett uttaler i Rt. 1995 s. 530 side 537 at «kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes». Dette kan tas til inntekt for at kravet til lovhjemmel er relativ, og vil varierer ut ifra hvilket inngrep man står ovenfor.

Et eksempel på hvor det ble vurdert om sedvaner og domstolskapt rett kunne tilfredsstillende kravet til grunnlag i lov finnes i Rt. 2007 s. 404. Saken gjaldt spørsmål om en midlertidig forføyning om forbud mot sending av et TV-program om politiets etterforskningsmetoder i Nokas-saken var i strid med Grl. § 100 eller EMK art. 10. Høyesterett henviste til forarbeidene til Grl. § 100 som uttalte at inngrep i ytringsfriheten unntaksvis kan skje med hjemmel i det da ulovfestede personvernet. Det ble presisert at det forutsatte at kravene til tilgjengelighet og forutsigbarhet i EMK artikkel 10 nr. 2 var oppfylt, og at inngrepet oppfylte vilkårene i Grl. § 100 andre ledd.<sup>100</sup> Høyesterett kom til at inngrepets virkning var så omfattende at hensynet til personvernet ikke kunne gi grunnlag for et forbud mot kringkasting, og det da ulovfestede personvernet tilfredsstilte ikke kravet til hjemmel i lov.

Sammenlignet med legalitetskravet etter EMK, beskytter ikke legalitetskravet i norsk rett bare forutberegneligheten, men også maktfordelingen og gir inngrepene en demokratisk forankring.<sup>101</sup> Ved å kreve at inngrep kun kan skje med grunnlag i lov, sikrer man at hverken utøvende eller dømmende makt opptrer som lovgivende makt på dette området. Dersom forvaltningspraksis brukes som hjemmel for inngrep, vil den utøvende makt få en lovgivende rolle. Likedan, dersom man tillater dømmende makt å skape ulovfestet rett som godkjennes som hjemmel for inngrep, vil de ta over lovgiverrollen. Dette vil være i strid med maktfordelingsprinsippet som gir den lovgivende makt lovgivningskompetanse.

Som vi ser av det ovenstående, er det holdepunkter for at «grunnlag i lov» ikke nødvendigvis krever formell lov, men også andre rettsgrunnlag vil kunne tilfredsstillende kravet. Kravet til «grunnlag i lov» må imidlertid nyanseres ut fra hvilket område man befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som blir rammet, men utgangspunktet må uansett sies å være at det kreves formell lov. Bevisprovokasjon er en

---

<sup>99</sup> Hopsnes/Solberg (2005) s. 133.

<sup>100</sup> Rt. 2007 s. 404 avsnitt 67.

<sup>101</sup> Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26

etterforskningsmetode, og vi befinner oss dermed på straffeprosessens område. Lovkravet vil således ikke være like strengt som etter det strafferettslige legalitetsprinsippet, jf. Grl. § 96, hvor det er et absolutt krav til hjemmel i formell lov og at hjemmelen må være tilstrekkelig klar.<sup>102</sup> Likevel tilsier mange av de ovennevnte momentene at dersom man ved en bevisprovokasjon står overfor et inngrep etter Grl. § 113, bør det være krav om formell lov.

### **4.3 Analyse av HR-2020-2137-A**

#### **4.3.1 Faktum**

I HR-2020-2137-A tar Høyesterett for seg hvor fritt politiet står til å bruke utradisjonelle etterforskningsmetoder for å etterforske overgrep begått over internett. Saken gjaldt en mann som over en seksårsperiode hadde medvirket til grove seksuelle overgrep mot barn fra Romania, Filipinene og andre steder. Politiet hadde under etterforskningen benyttet seg av bevisprovokasjon ved å overta mannens skype-konto med den hensikt å skaffe bevis mot tiltalte som kunne styrke en mistanke om at han hadde kjøpt overgrepsmateriale.

Politiet fant tiltaltes skype-adresser fra chat-logg innlevert av samboer, samt i beslaglagt materiale. I et tidsrom på 3 måneder og 10 dager brukte politiet tiltaltes skype-identitet til å ta kontakt med personer dem antok han hadde vært i kontakt med tidligere. Politietterforskerne brukte en standardtilnærming som var basert på tiltaltes språklige formuleringer og dialogmodus. Kontaktene ble spurt om de husket brukernavnet til tiltalte, om de hadde gjort noen «show» (direkteføring av film som viser nakne personer i ulike former for seksuell aktivitet) for ham tidligere, og om de kunne sende tidligere logg fra de andre skype-identitetene til tiltalte. Politiet lyktes etter hvert med å få en av kontaktene til å oversende kopier av chat-logger mellom vedkommende og tiltalte, og senere fikk politiet flere av kontaktene til å oppgi hvilke tjenester de kunne tilby. Bevisene innhentet fra samtalene var egnet til å styrke mistanken om at tiltalte hadde opptrådt slik som beskrevet i tiltalen.

Dommens dissens knytter seg til hvorvidt politiets handlinger er et «inngrep» etter Grl. §113 som krever lovhjemmel. Det er dette spørsmålet som den videre analysen vil knytte seg til. Det vil først redegjøres for flertallets resultat og begrunnelse, og deretter mindretallets. Til slutt vil det gjøres en vurdering av dommens rekkevidde.

---

<sup>102</sup> Eskeland (2017) s. 101-102.



### 4.3.2 Flertallets resultat og begrunnelse

Høyesteretts flertall på 4 av 5 dommere kom til at det ikke er krav om lovhjemmel, jf. Grl. § 113, for å benytte seg av slik bevisprovokasjon som ble brukt i denne saken, og videre at vilkårene for bevisprovokasjon var oppfylt. Bevisene fra provokasjonen var dermed lovlig innhentet.

I dommens avsnitt 29 starter flertallet med dommens dissensspørsmål. Flertallet erkjenner i avsnitt 36 at etterforskningsmetodene som er brukt i den foreliggende saken «i og for seg kan reknast som eit inngrep i privatlivet til A». En slik uttalelse synes å invitere til også en annen problemstilling: om etterforskningsmetoden som er benyttet i denne saken representerer en krenkelse av tiltaltes rettigheter etter EMK artikkel 8 nr. 1. Flertallet går likevel ikke inn på denne problemstillingen, og nøyer seg med å vurdere om Grl. § 113 krever hjemmel. Begrunnelsen kan være at problemstillingen ikke er anført eller at Høyesterett ikke ser problemstillingen. En annen mulig forklaring er at flertallet ikke ser det som nødvendig ettersom flertallet kommer til at det ikke foreligger et «inngrep» etter Grl. § 113, og dermed tenker at det da ikke har skjedd en krenkelse av tiltaltes rett til privatliv, jf. EMK art. 8. Likevel er det her viktig å merke seg at et inngrep etter EMK art. 8 ikke nødvendigvis representerer et inngrep etter Grl. § 113, og omvendt. Det bør derfor gjøres en konkret vurdering av begge skranker.

Flertallet gjør hverken en ordlydsfortolkning eller bruker øvrige rettskilder for å klarlegge hva som utgjør et «inngrep». Flertallet prøver i stedet å gjøre rede for hva som har blitt uttalt i ulike forarbeider om spørsmålet om å lovfeste ekstraordinære etterforskningsmetoder. Dette gjøres ved å vise til oppsummeringen av forarbeider i Erik Keiseruds m.fl. kommentarutgave av straffeprosessloven.<sup>103</sup> Av oppsummeringen av forarbeidene trekker flertallet den slutning at «ei eventuell lovfesting av utradisjonelle etterforskningsmetodar langt på veg har blitt sett på som eit spørsmål om kva som er tenleg».<sup>104</sup> Det virker her som om flertallet kun har tatt i betraktning de uttalelser som kom i forbindelse med forarbeidene fra før 2000-tallet, og ikke har vurdert betydningen av at forarbeidene etter dette tidspunktet gikk i retning av at politiprovokasjon bør lovfestes. Som det er gjort rede for under kap. 2.2 viser de senere forarbeidene at de forskjellige utvalgene mener det er tvilsomt om den ulovfestede adgangen

---

<sup>103</sup> Se Keiserud m.fl. (2020) s. 932.

<sup>104</sup> Avsnitt 38.

til å bruke provokasjon som etterforskningsmetode er i tråd med Grunnloven § 113 og Norges forpliktelser etter EMK. I forarbeidene fra 2004 ble det uttalt at det var ønskelig med lovregulering, men at utvalgets mandat ikke strakk seg til å omfatte utradisjonelle etterforskningsmetoder.<sup>105</sup> I tillegg foreslo utvalget i forarbeidene til ny straffeprosesslov å lovfeste etterforskningsmetoden.<sup>106</sup>

Sistnevnte forarbeid har likevel kommet etter at Grl. § 113 ble vedtatt, og kan dermed ikke kaste lys over hva Stortinget mente ved vedtakelsen av bestemmelsen. I tillegg har forslaget aldri vært til behandling av Stortinget, og kan sånn sett vanskelig avspeile Stortingets vilje. Likevel kan det argumenteres for at synspunktene som fremkommer der ikke var nye, slik at man også i 2014, i motsetning til hva Høyesterett synes å legge til grunn, fra flere hold mente at denne type etterforskningsmetoder ikke hadde tilstrekkelig lovhjemmel i enkelte tilfeller, også på vedtakstidspunktet for Grl. § 113. Selv om de senere forarbeidene som det blir vist til ikke har like høy rettskildemessig vekt, kan det argumenteres for at de inviterer til en mer konkret vurdering av om det aktuelle tilfellet av bevisprovokasjon er et «inngrep».

Flertallet beveger seg så over til rettspraksis, og viser til Rt. 1984 s. 1076. Denne saken gjaldt lovligheten av bevisprovokasjon hvor politiet hadde brukt siktedes fasttelefon for å oppnå kontakt med en utenlandsk narkotikaleverandør. Høyesterett kom til at det daværende ulovfestede legalitetsprinsippet ikke krevde hjemmel for slik bevisprovokasjon som ble benyttet i den saken. Flertallet i HR-2020-2137-A erkjenner at den aktuelle dommen ble avsagt «ein mannsalder sidan», og går inn for å vurdere om «prinsippet framleis gjeld, i lys av auka vektlegging av legalitetsprinsippet og samfunnsutviklinga elles».

Først og fremst kan det argumenteres for at Høyesterett i dommen fra 1984 ikke oppstilte et *prinsipp* om at etterforskning med provokasjonstilsnitt generelt ikke krever hjemmel i lov, men at Høyesterett kun mente at den aktuelle provokasjonshandlingen som ble begått i *den saken* ikke krevde hjemmel. Høyesterett sier på side 1079:

«I og for seg er det klart at enkelte etterforskningsskritt representerer et slikt inngrep overfor den det rettes mot, at det ut fra legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel.

---

<sup>105</sup> NOU 2004:6 s. 175.

<sup>106</sup> NOU 2016:24 kap. 14.10.2.

Men jeg kan ikke se at bruk av slike ekstraordinære etterforskningsmetoder *som det er tale om i vår sak*, er av en slik art». <sup>107</sup>

Formuleringen «som det er tale om i vår sak» synes å peke mot den konkrete provokasjonshandlingen som ble benyttet i den saken, og ikke en generell uttalelse om ekstraordinære etterforskningsmetoder som helhet. Det juridiske fagmiljøet synes imidlertid å legge til grunn at Høyesterett i 1984 slo fast at ekstraordinære etterforskningsmetoder aldri krever hjemmel i lov. <sup>108</sup>

Det er litt uklart hvilken forståelse flertallet i HR-2020-2137-A legger til grunn. Først uttaler flertallet at «Høyesterett slo fast at det ikkje var krav om lovheimel *for den aktuelle framferda*». Deretter omtales konklusjonen fra 1984-dommen som et prinsipp. <sup>109</sup> En mulig forklaring er at det etter flertallets oppfatning er samme provokasjonshandling i saken fra 1984 og 2020. Etersom flertallet i forbindelse med sin konklusjon i avsnitt 43 omtaler «utradisjonelle etterforskningsmetoder» i flertall, er det mer nærliggende å tolke flertallet slik at de mener at Høyesteretts standpunkt fra 1984 var at legalitetsprinsippet generelt ikke krever hjemmel i lov ved ekstraordinære etterforskningsmetoder.

For å avgjøre om prinsippet fra 1984-dommen fortsatt gjelder, går Høyesterett over til å undersøke forarbeidene til Grl. § 113. Flertallet påpeker at Grl. § 113 kun var ei lovfesting av det ulovfestede legalitetsprinsippet og ikke skulle medføre en endring i rettsstillingen. På bakgrunn av dette mener flertallet at det er nærliggende at lovgiver hadde gitt uttrykk for at politiprovokasjon krevde lovhjemmel dersom det var tilfellet. Flertallet bruker med andre ord fraværet av behandling av spørsmålet om lovkrav ved bevisprovokasjon som argument for at det ikke er krav om hjemmel. På denne bakgrunn er det etter flertallets syn «ikkje grunn til å fråvike setninga frå Rt-1984-1076 om at det ikkje er krav om lovheimel for slike utradisjonelle etterforskningsmetodar som har blitt nytta i saka her».

Det synes som om flertallet her fastsetter at utradisjonelle etterforskningsmetoder aldri krever hjemmel i lov. Flertallets begrunnelse for at prinsippet fra 1984-dommen fortsatt gjelder, fremstår imidlertid noe svak. Som det er gjort rede for under kap. 4.1 må det gjøres en konkret

---

<sup>107</sup> Rt. 1984 s. 1070 s. 1079 (Min utheving).

<sup>108</sup> Se for eksempel Hopsnes (2003b) s. 75 og Andorsen (2001) s. 3.

<sup>109</sup> HR-2020-2137-A avsnitt 39 (Min utheving).

vurdering for hvert enkelt tilfelle om politiets provokasjonshandling er av en slik art, omfang og varighet at det griper såpass sterkt inn i et retts gode at den må klassifiseres som et «inngrep». Flertallet har her ikke konkret vurdert om overtakelse av siktedes skype-identitet kvalifiseres som et «inngrep» etter Grl. § 113. De forskjellige provokasjonshandlinger er av så ulik art at det trolig ikke er riktig å si at *ingen* provokasjonshandlinger trenger hjemmel. Høyesterett burde her, i stedet for å vurdere om en eldre dom fortsatt gjør seg gjeldende, heller vurdert konkret om overtakelse av tiltaltes internettidentitet er av en slik inngripende karakter at Grl. § 113 krever hjemmel.

### 4.3.3 Mindretallets resultat og begrunnelse

I motsetning til flertallet, kommer mindretallet på én dommer til at bevisprovokasjonen utført av politiet var et «inngrep» som krever hjemmel i lov, jf. Grl. § 113.

Dissenterende dommer starter sin begrunnelse med å vise til formål og hensyn bak Grl. § 113 – å fremme forutberegnelighet, motvirke vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, og folkesuverenitetsprinsippet. På bakgrunn av dette slår mindretallet fast at en rekke etterforsknings- og politimetoder krever hjemmel for å benyttes. Her nevner mindretallet blant annet innblanding i kommunikasjonsfriheten som eksempel, herunder overvåking av kommunikasjon.<sup>110</sup> Mindretallet uttaler i forbindelse med dette:

«I dette tilfellet har politiet ikkje overvakt den tiltaltes kommunikasjon med andre. Politiet har på eit vis gått eitt steg vidare, ved sjølv å setje i gang eller halde fram kommunikasjonen. Det dreier seg difor ikkje om ein situasjon der politiet berre opptrer fordekt og/eller gjev seg ut for å vere ein fiktiv person»<sup>111</sup>

Mindretallet sammenligner her identitetsovertakelse med kommunikasjonsovervåking, og mener at det er mer inngripende å overta skype-kontoen til siktede enn å overvåke tiltaltes kommunikasjon. Mindretallet ser her ut til å trekke en slutning om at det er nærliggende å anse identitetsovertakelse som et «inngrep» etter Grl. § 113, ettersom kommunikasjonsovervåking er ansett å være det.

Disse etterforskningsmetodene har flere likhetstrekk. Begge metodene foregår i det skjulte og er egnet til å fremskaffe bevis for en straffbar handling. Ved kommunikasjonsovervåking så

---

<sup>110</sup> Avsnitt 103-105.

<sup>111</sup> Avsnitt 106.

forholder politiet seg imidlertid passiv, i motsetning til ved identitetsovertakelse.

Identitetsovertakelse kan dermed være mer effektiv enn kommunikasjonsovervåking, da man ved førstnevnte kan styre samtalen inn på temaer av betydning for straffesaken. I tillegg kan det føles mer inngripende for mistenkte at politiet begir seg ut for å være vedkommende, i motsetning til der hvor politiet kun overvåker samtaler vedkommende har med andre.

Vedkommende har i sistnevnte situasjon selv kontroll på hva som blir sagt til hans kontakter. Det kan kanskje argumenteres for at identitetsovertakelsen i denne saken er mindre inngripende ettersom de personene politiet har snakket med ikke er i nær relasjon til mistenkte, men det må likevel kunne anses som minst like inngripende som kommunikasjonsovervåking.

Til støtte for sitt synspunkt om at identitetsovertakelsen er et inngrep, viser mindretallet til at en persons identitet er et retts gode som er vernet etter strl. § 202. Mindretallet går imidlertid ikke inn på vurderingen av om politiet ved sin identitetsovertaking har overtrådt gjerningsbeskrivelsen i strl. § 202. Dette er trolig fordi det ikke kreves at det foreligger brudd på en straffebestemmelse, for at myndighetens handling skal anses som et «inngrep».

Videre skriver mindretallet i avsnitt 107 at «I tillegg kjem at ei slik identitetsovertaking også kan gripe inn overfor kontaktane. Dei blir lokka og kontrollerte». Det er uklart om mindretallet med dette mener at et inngrep overfor en tredjeperson, kan føre til at bevis som følger av bevisprovokasjon, må avskjæres. En mulig forklaring er at mindretallet anser å verne om en tredjeperson, som et argument for at bevisprovokasjon bør lovfestes. At politiet gjør inngrep overfor en tredjeperson kan imidlertid tvilsomt medføre at det foreligger et inngrep ovenfor mistenkte.

Mindretallet viser til at flertallet, som støtte for at det ikke er krav om hjemmel, la vekt på at spørsmålet om lovfesting av bevisprovokasjon ikke var behandlet i forbindelse med lovfestelsen av Grl. § 113. Mindretallet er uenig med flertallet i at dette kan tillegges særlig vekt, ettersom Stortinget hverken har uttalt seg spesielt om bevisprovokasjon, eller om noen andre etterforskningsmetoder ved lovfestelsen. Flertallet og mindretallet har med andre ord ulik oppfatning av hvor mye vekt man i dette tilfellet kan tillegge fravær av behandling av etterforskningsmetoden. Hvor mye vekt man kan tillegge fravær av behandling av et tema,

varierer. Det fremgår riktignok av forarbeidene<sup>112</sup> at lovfestelsen ikke skal medføre endring i rettstilstanden, som kan tilsi at lovgiver ville presisert at det var krav til hjemmel ved bevisprovokasjon dersom de mente det. Det kan likevel sies at en slik slutning er å tillegge lovgiver en mening de ikke har uttalt seg om, og at dette vil være å vektlegge taushet. Det er mulig at lovgiver ikke har vært oppmerksom på problemstillingen, og man bør derfor være varsom ved å tillegge taushet for mye vekt.

Mindretallet går så over til å begrunne hvorfor Rt. 1984 s. 1070 ikke kan være avgjørende for løsningen av den foreliggende sak, og utpeker særlig tre grunner.<sup>113</sup> For det første legger mindretallet vekt på at det i dommen fra 1984 ikke var politiet som hadde tatt initiativet, men den medskyldige. Mindretallet mener imidlertid at dette ikke er en forskjell som alene kan begrunne at dommen ikke skal få anvendelse. For det andre mener mindretallet at legalitetsprinsippet har fått en sterkere stilling i strafferetten i nyere tid, og at dette til en viss grad har smittet over på straffeprosessen. Som eksempel vises det til rettspraksis hvor Høyesterett har lagt seg på en streng linje, henholdsvis Rt. 2009 s. 394, Rt. 2014 s. 1105 og HR-2016-1833-A.

For det tredje, legger mindretallet vekt på at det har skjedd en betydelig endring i folks kommunikasjonsformer siden 80-tallet. Det blir pekt på at alle, i dagens samfunn, enkelt har tilgang på internett, og at det er vanlig å ha en rekke identiteter som man kan kommunisere med hvem som helst med, herunder kjente og ukjente. Internett gir følgelig politiet flere muligheter enn en fasttelefon, og dermed er kontrasten til situasjonen i 1980-årene markant. Mindretallet slår fast at mulighetene internettet medfører og konsekvensen av dette, er noe nytt og annet enn hva som ble foretatt i 1984-dommen, og at kravet til lovhjemmel derfor kommer i en annen stilling enn før.

Kontrasten fra 1984 og 2020 er et viktig argument. Det må kunne sies at det er en markant forskjell fra å svare på en telefon som ringer uten å avsløre at det er politiet vedkommende snakker med, enn hva det er å benytte en persons internettidentitet. I sistnevnte situasjon kan vedkommende snakke med hvem som helst i verden som bruker internett. Den markante utviklingen i kommunikasjonsformer gjør i tillegg at andre hensyn gjør seg gjeldende nå, enn hva det gjorde da. Som eksempel kan personvern hensyn nevnes. Folk bruker store deler av

---

<sup>112</sup> Innst.186 S (2013-2014) s. 32 og Dokument 16 (2011-2012) s. 248.

<sup>113</sup> Avsnitt 110-114.

tiden sin på internett, og dersom politiet kan benytte seg av denne metode uten lovhjemmel, åpner det for uendelige muligheter for politiet som følgelig medfører en økt risiko for maktmisbruk. Dette gjør at de to situasjonene ikke kan sammenlignes.

På bakgrunn av dette konkluderer mindretallet med at bevisprovokasjonen som er benyttet i denne saken er å anses som et «inngrep» etter Grl. § 113. I tillegg peker mindretallet på at formålet med lovkravet understøtter konklusjonen, da det er et «openbert behov for å sikre demokratisk legitimitet til slike etterforskningsmetodar som denne saka gjeld. Lovgjeving vil også kunne klargjere dei nærare avgrensingane. Dette vil i sin tur gje eit betre og sikrare grunnlag for domstolskontrollen».<sup>114</sup>

#### **4.3.4 Dommens rekkevidde**

Bevisprovokasjon er kun en samlebetegnelse på ulike provokasjonshandlinger som benyttes for å fremskaffe bevis. Det er vanskelig å tenke seg alle mulige provokasjonshandlinger politiet kommer til å benytte seg av. Det det kan derfor stilles spørsmål om rekkevidden av uttalelsene i HR-2020-2137-A når det gjelder adgangen til å benytte seg av bevisprovokasjon uten hjemmel i lov.

Fordi provokasjonshandlingene kan være svært ulike, må det også kunne sies at styrken av inngrepet i borgernes rettssfære kan være forskjellig i de ulike handlingene. Følgelig kan det tenkes at visse provokasjonshandlinger kan gripe så sterkt inn overfor en mistenkt at det må anses som et inngrep etter Grl. § 113, selv om Høyesterett ikke fant at det var tilfelle i herværende sak.

Det er uklart om flertallet i HR-2020-2137-A mener at ekstraordinære etterforskningsmetoder generelt ikke krever hjemmel i lov, eller om den aktuelle provokasjonshandlingen som ble benyttet i denne saken ikke utløser hjemmelskravet. Som det påpekes i kap. 4.3.2 skriver flertallet i avsnitt 42 at «det ikkje er krav om lovheimel for slike utradisjonelle etterforskningsmetodar som har blitt nytta i saka her».<sup>115</sup> Uttalelsen kan tolkes på begge måter. Ettersom det er usikkert hva flertallet her mener, og det er uklart i hvilken grad Høyesterett har tatt i betraktning også mer inngripende provokasjonshandlinger enn hva som er tilfelle i

---

<sup>114</sup> Avsnitt 117.

<sup>115</sup> HR-2020-2137-A avsnitt 39 (min utheving).

denne saken, taler gode grunner for å være varsom med å gi avgjørelsen en generell anvendelse.

Etter dette bør derfor HR-2020-2137-A ikke tolkes slik at den gir en generell adgang til å utføre enhver bevisprovokasjon uten krav til lovhjemmel, men bare slik at tilsvarende typetilfeller som i dommen her, ikke kan anses som så inngripende at Grl. § 113 oppstiller et lovkrav.

## **5 EMKs betydning for adgangen til bruk av bevisprovokasjon**

Den europeiske menneskerettskonvensjonen er ratifisert i norsk lov etter menneskerettsloven og skal etter § 3 gå foran annen lovgivning ved motstrid. Etter Grl. § 92 skal «statens myndigheter respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Dette innebærer at statens myndigheter skal sikre at borgernes rettigheter og friheter ikke krenkes ved offentlig myndighetsutøvelse.

De menneskerettighetene som har særlig betydning ved anvendelse av bevisprovokasjon er retten til rettferdig rettergang, jf. EMK art. 6, og rett til respekt for privatlivet, jf. EMK art. 8. Det vil i dette kapitlet gjøres rede for rettighetenes innhold hver for seg, herunder hvordan de legger begrensninger på adgangen til å benytte seg av bevisprovokasjon.

### **5.1 EMK artikkel 6 – Retten til rettferdig rettergang**

Vernet EMK art. 6 oppstiller er absolutt i den forstand at myndighetene ikke under noen omstendigheter kan gjøre unntak fra de rettighetene bestemmelsen oppstiller. Etter EMK art. 6 har enhver «in determination (...) of any criminal charge» rett til en «fair (...) hearing». Bestemmelsen oppstiller videre flere rettigheter, blant annet uskyldspresumsjonen og kontradiksjonsretten, jf. EMK art. 6 nr. 2 og nr. 3 bokstav d. Etersom begrepet «fair hearing» er så vidt formulert vil begrepet omfavne de øvrige oppstilte rettighetene. Det overordnede vurderingstemaet blir dermed om siktede har fått en «fair (...) hearing».<sup>116</sup> Dette blir i

---

<sup>116</sup> Rui (2017) s. 126.



litteraturen også omtalt som «fair trial» eller «rettferdig rettergang» etter bestemmelsens overskrift.

Hva som anses som en «fair trial» gir bestemmelsen ingen klare holdepunkter på, men EMD har gjennom en rekke avgjørelser forankret flere rettigheter til begrepet, herunder vernet mot selvinkriminering og krav til saksbehandlingen og prosessuelle garantier.<sup>117</sup> Det er disse rettighetene som er interessante i forbindelse med bevisprovokasjon. I dette underkapittelet vil det dermed først redegjøres for selvinkrimineringsvernet, og deretter behandles kravet til saksbehandlingen og prosessuelle garantier.

### **5.1.1 Vernet mot selvinkriminering**

I forbindelse med bevisprovokasjon, oppstår spørsmålet om mistenktes vern mot selvinkriminering er tilstrekkelig ivaretatt. Vernet mot selvinkriminering fremgår også av GrL § 95 og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14 nr. 3 bokstav g. I tillegg kommer den til uttrykk gjennom en rekke bestemmelser i straffeprosessloven.<sup>118</sup> Denne fremstillingen vil fokusere på vernet mot selvinkriminering i medhold av EMK art. 6 ettersom vernet i de øvrige bestemmelsene vist til over, ikke er ansett å strekke seg lengre, og fordi vernet etter EMK er utpenslet gjennom en rekke dommer i motsetning til de øvrige bestemmelsene.<sup>119</sup>

Vernet mot selvinkriminering innebærer at den som er mistenkt for en straffbar handling har rett til å forholde seg taus, og har ingen plikt til å bidra til egen domfellelse.<sup>120</sup> Formålet bak selvinkrimineringsvernet er at siktede skal slippe å bli utsatt for press, trusler og lignende, slik at hans rett til å forholde seg taus blir reell.<sup>121</sup> I motsatt fall, dersom det ikke fantes et selvinkrimineringsvern, ville siktede vært pliktig til å forklare seg, som videre betyr at myndighetene måtte hatt effektive sanksjonsmuligheter. Effektive sanksjonsmuligheter kan være press, trusler eller fengsling. Denne løsningen har vist seg uhensiktsmessig da den kan resultere i falske tilståelser. Et eksempel er Fritz Moen- saken, hvor granskningsutvalget som ble satt til å vurdere påtalemyndighetens og rettens rolle i saken, fant at Moen var utsatt for «et betydelig press» i forbindelse med avhør, varetekt m.m. og «utelukker ikke at tilståelser

---

<sup>117</sup> Funke v. France [C] 1993, no. 10828/84, V. v. Finland, no. 40412/98, 24. April 2007, og Lagutin and others v. Russia, no. 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 and 7451/09, 24. April 2014.

<sup>118</sup> Se for eksempel Strpl. § 232 og § 90.

<sup>119</sup> Rui (2017) s. 125.

<sup>120</sup> Øyen (2010) s. 15.

<sup>121</sup> Strandbakken (2003) s. 202.

fra Moens side [...] var utslag av dette».<sup>122</sup> Dermed vil også hensynet til materielt riktig resultat tilsi at bevis fremskaffet ved bruk av tvang, press eller vold ikke aksepteres.

Spørsmålet om selvinkrimineringsvernet er tilstrekkelig ivaretatt er særlig aktuell ved bruk av såkalt «skjult avhør» ettersom mistenkte i en slik situasjon ikke blir opplyst om sin rett til å forholde seg taus, jf. strpl. § 232 første ledd. I dette underkapittelet vil det ved hjelp av praksis fra både EMD og norske høyesterettsavgjørelser, lages en fremstilling av hvilken skranke selvinkrimineringsvernet setter på politiets adgang til å benytte seg av bevisprovokasjon, herunder hvilke momenter som er av betydning ved avgjørelsen av om selvinkrimineringsvernet er krenket.

Ikke sjeldent benytter politiet seg av privatpersoner for å utføre bevisprovokasjon. Siden det er myndighetene som er forpliktet til å sikre menneskerettighetene, jf. Grl. § 92 og EMK art. 1, oppstår spørsmålet om vernet mot selvinkriminering gjelder uavhengig av om det er myndighetene selv som utfører bevisprovokasjonen eller om det er en privatperson som utfører provokasjonen på vegne av politiet. I EMD-dommen *Allan v. The United Kingdom* var det spørsmål om lovligheten av bevisprovokasjon utført av en informant på vegne av politiet.<sup>123</sup> EMD kom til at vernet mot selvinkriminering var krenket uten å vurdere betydningen av at det ble brukt en informant og ikke en polititjenestemann. Dette kan tas til inntekt for at politiet må identifiseres med en privatperson som samarbeider med politiet.<sup>124</sup> Dette er naturlig da det ellers ville vært enkelt å omgå rettigheten ved å engasjere en privatperson til å utføre bevisprovokasjonen.

Motsetningsvis vil en privatperson som ikke samarbeider med politiet, ikke kunne krenke en persons selvinkrimineringsvern. Det kan argumenteres for at det er lite sammenheng når det ikke er i strid med selvinkrimineringsvernet at et vitne forklarer seg om en samtale hvor mistenkte inkriminerer seg selv, mens det er i strid med selvinkrimineringsvernet dersom mistenkte inkriminerer seg selv til en provokatør. Øyen begrunner dette med at mistenkte anser det som mindre sannsynlig at en venn eller et familiemedlem som han fortror seg til skal bringe opplysningene videre til politiet, mens sannsynligheten ved bruk av provokatør endres fra lite sannsynlig til sikkert.<sup>125</sup> Et annet poeng er at selvinkrimineringsvernet er ment

---

<sup>122</sup> NOU 2007:7 s. 316.

<sup>123</sup> *Allan v. The United Kingdom*, no. 48539/99, 5. november 2002.

<sup>124</sup> Hopsnes (2003b) s. 89-90.

<sup>125</sup> Øyen (2010) s. 231-232.

å beskytte mistenkte fra press fra politiet, og ikke mot inkriminering som skjer på eget initiativ. Det er dermed naturlig at det ikke strider med selvinkrimineringsvernet at et vitne forklarer seg om hva mistenkte har sagt.

For å finne momenter som har betydning i vurderingen av om selvinkrimineringsvernet er krenket må det sees hen til de typetilfellene EMD har hatt oppe til avgjørelse. I *Allan v. The United Kingdom* hadde politiet plassert en informant med lydopptaker i samme fengselscelle som Allan som var mistenkt for drap. Hensikten var at informanten skulle prøve å få inkriminerende informasjon av Allan.<sup>126</sup> Informanten fikk instruksjoner om å «push him for what you can». Domstolen konstaterte at vernet mot selvinkriminering var krenket ved at opptakene av samtalen med politiinformanten ble brukt som bevis i straffesaken. I begrunnelsen for rettens resultat ble det lagt vekt på at Allan i tidligere avhør hadde benyttet seg av retten til taushet. Dette viser at en del av selvinkrimineringsvernet handler om at myndigheten skal respektere mistenkte sitt ønske om å ikke forklare seg. Videre var det et moment at bevisene var et resultat av «persistent questioning», og at informanten aktivt hadde ledet samtalen inn på spørsmålet om drapet. Slik fikk situasjonen preg av å være et avhør uten rettsikkerhetsgarantier.<sup>127</sup> Til slutt påpeker domstolen at selv om det ikke kunne bevises at informanten hadde presset Allan, så innebar den situasjonen Allan befant seg i, i seg selv tilstrekkelig press. Av dette kan man se at hvem som tar initiativet, hvor stort press som blir pålagt mistenkte, og om vedkommende er fengslet, er momenter av betydning.

Selvinkrimineringsvernet vil ikke i alle tilfeller være et hinder for å benytte seg av forklaringer som politiet har fått ved bruk av skjult opptak om allerede begått kriminalitet. Et typetilfelle er hvor politiet har direkte kontakt med mistenkte, uten å målrettet utspørre ham om et straffbart forhold. Slik var situasjonen i *Bykov v. Russia*.<sup>128</sup> I denne saken hadde Bykov avtalt med person V om at V skulle ta livet av en av Bykovs tidligere forretningspartner S. V fortalte om dette til politiet, og politiet utarbeidet og iverksatte da en operasjon for å sikre bevis for forsøk på medvirkning til drap. Politiet la to døde mennesker i hjemmet til S, deretter ble V utstyrt med skjult radiooverført mikrofon slik at politiet kunne høre og ta opptak av samtalen. V fortalte Bykov at han hadde gjennomført mordet og mottok betaling for drapet. Opptaket ble benyttet som bevis i straffesaken mot Bykov. Bykov anførte at

---

<sup>126</sup> Se dommens avsnitt 13.

<sup>127</sup> *Allan v. The United Kingdom*, no. 48539/99, 5. november 2002, para 52.

<sup>128</sup> *Bykov v. Russia*, no. 4378/02, 10. March 2009.

opptaket var i strid med forbudet mot selvinkriminering, men flertallet på 11 dommer kom til av selvinkrimineringsvernet ikke var krenket. Resultatet ble begrunnet med at Bykov ikke var utsatt for et press fra politiagenten, han var på frifot når samtalen tok sted, og det var ikke et nært personlig forhold mellom Bykov og politiagenten.<sup>129</sup> Videre var det av betydning hvordan domstolen hadde brukt beviset i straffesaken mot Bykov. For det første ble det lagt vekt på at den nasjonale domstolen ikke direkte hadde støttet seg på opptaket av Bykovs samtale med V, eller prøvde å få frem spesifikke uttalelser under samtalen. For det andre ble ikke samtalen behandlet som en tilståelse, og beviset spilte en begrenset rolle som en del av et større bevisbilde.<sup>130</sup>

Mindretallet i Bykov-dommen kom til motsatt resultat. Fem av de seks dissenterende dommerne begrunnet sitt resultat med at samtalen tilsvarte et avhør slik at samtalen fungerte som et substitutt for et ordinært politiavhør. I tillegg var det avgjørende at politiet organiserte hendelsesforløpet slik at «his statements and reaction cannot reasonably be said to have been voluntary or spontaneous».<sup>131</sup> Vi ser her at pressmomentet er avgjørende for begge sider, men det synes at de har ulik vurdering av hvor frivillig og spontan forklaringen var.

Et annet typetilfelle er hvor politiet forholder seg passiv, men arrangerer situasjonen. Dette var tilfellet i *Wood v. The United Kingdom*.<sup>132</sup> Etter en rekke ran og tyverier som det var vanskelig å oppklare, ble det besluttet å benytte bevisprovokasjon. De mistenkte ble arrestert i grupper, og deretter satt sammen i avlyttede fengselsceller i håp om at de skulle komme med inkriminerende uttalelser. Arrestasjonene var lovlig, men de gjaldt andre forhold. De mistenkte ble deretter avhørt én etter én om de forhold som operasjonen egentlig tok sikte på. Dette skulle generere samtaler mellom de medsiktete om disse lovbruddene da de kom tilbake til fengselscellen. Operasjonen var vellykket, og politiet sikret seg lydopptak av inkriminerende uttalelser. Klageren anførte blant annet at vernet mot selvinkriminering var krenket. EMD avviste klagen på dette punkt og uttalte at «(...) the Court does not find any element of coercion or oppression inducing the applicants to break their silence as occurred in

---

<sup>129</sup> Bykov v. Russia, op.cit. para 102.

<sup>130</sup> Bykov v. Russia, op.cit. para 103.

<sup>131</sup> Bykov v. Russia, op.cit. para 30 i dissensen.

<sup>132</sup> *Wood v. The United Kingdom*, no. 23414/02, 16. November 2004.

Allan v. the United Kingdom».<sup>133</sup> EMD legger her vekt på at selvinkrimineringen ikke var preget av overtalelse eller press, slik det var i saken Allan v. The United Kingdom.

Spørsmålet om bevisprovokasjon kan være i strid med retten til å forholde seg taus har også blitt behandlet av Høyesterett. I Rt. 1999 s. 1269 var saken at en vaktmester i et fengsel var mistenkt for å ha hjulpet en fange med å flykte. For å skaffe bevis foretok en fordekt polititjenestemann skjult avhør hvor polititjenestemannen spurte om mistenktes deltakelse i fangens flukt. Mistenkte innrømmet å ha hjulpet til med flukten, og ga en nærmere forklaring på hvordan dette skjedde. Høyesterett kom til at politiets provokasjon ikke i tilstrekkelig grad respekterte mistenktes rett til å forholde seg taus. Det ble lagt vekt på at mistenkte allerede var siktet og hadde blitt avhørt seks ganger. I tillegg viser Høyesterett til at politiet under det skjulte avhøret, uttrykkelig spurte om mistenktes medvirkning.

Strandbakken har argumentert for at avgjørelsen fra 1999 går for langt ved å tillegge selvinkrimineringsvernet for stor vekt på bekostning av hensynet til den materielle sannhet.<sup>134</sup> Han mener at hensynene som ligger bak selvinkrimineringsvernet tilsier at vernet begrenses til den formelle avhørssituasjon og at avgjørelsen går lenger enn hva som kreves etter EMK art. 6.<sup>135</sup> Han viser til at EMD i flere saker har vurdert om beviset utgjør «a significant part» av påtalemyndighetens bevisførsel. Han skriver i tilknytning til dette at

«I stedet for å vurdere om beviset i Ullersmosaken hadde innvirket på dommens innhold, burde man anvendt doktrinen om det hovedsakelige bevis. Som nevnt forelå det andre bevis, og det kan ikke utelukkes at disse ville vært tilstrekkelig til en fellende dom».<sup>136</sup>

Torgersen er uenig i Strandbakkens vurdering, og begrunner dette blant annet med at siktede ikke får muligheten til å gjøre et informert valg om hvorvidt han vil forklare seg til politiet, og eventuelt uten advokat til stede.<sup>137</sup> I tillegg kan en fordekt utspørring i en slik situasjon ha karakter av omgåelse av legitime rettigheter.

---

<sup>133</sup> Wood v. The United Kingdom, op.cit. para 2.

<sup>134</sup> Strandbakken (2003) s. 202.

<sup>135</sup> Strandbakken (2003) s. 202.

<sup>136</sup> Strandbakken (2003) s. 203.

<sup>137</sup> Torgersen (2009) s. 284-287.

Resultatet i Rt. 1999 s. 1269 virker å være i tråd med de uttalelser EMD har kommet med i nyere tid. Blant annet taler misbrukshensynet sterkt mot å tillate bevis fra et slikt skjult avhør. Dersom man tillater slike skjulte avhør, vil politiet i for stor grad ha adgang til å omgå de prosessuelle rettigheter mistenkte har. Retten til å forholde seg taus og retten til å la seg bistå av forsvarer vil være særlig viktig i slike situasjoner for at mistenkte skal kunne ta informerte valg. Et tenkt eksempel er at politiet foretar et fordekt avhør av en uskyldig person. Mistenkte blir psykisk manipulert i form av at han blir fristet av å kunne få et lønnsomt oppdrag. Ettersom mistenkte ikke er klar over at han snakker med politiet, kan han være fristet til å skryte på seg tidligere lovbrudd for å sikre seg oppdraget. Dersom mistenkte var klar over at han snakket med politiet, ville han ikke løyet om å ha begått tidligere lovbrudd. Følgelig vil også hensynet til materielt riktig resultat tale for et forbud mot slikt fordekt avhør som ble benyttet i denne saken.

Også i HR-2020-2137-A ble det anført at politiets bevisprovokasjon ikke tilfredsstilte mistenktes rett til å forholde seg taus.<sup>138</sup> Politiet hadde under etterforskingen benyttet seg av mistenktes skype-konto og brukt hans alias for å skrive med personer de antok han hadde vært i kontakt med tidligere. På denne måten skaffet politiet bevis både mot siktede og mot personene politiet var i kontakt med over skype. Høyesterett kom enstemmig til at bevisprovokasjonen ikke var i strid med siktedes vern mot selvinkriminering. Det ble pekt på at personene politiet var i kontakt med ble lurt til å avsløre egne straffbare handlinger, men at dette ikke var i strid med selvinkrimineringsvernet ettersom de berørte ikke ble etterforsket, og det var ikke vurdert å reise tiltale mot dem. Høyesterett tar imidlertid forbehold om at dette kunne stilt seg annerledes dersom politiet hadde samarbeidet med politiet i det landet som kontaktene var i. Til slutt påpeker Høyesterett at det kun er den krenkede som kan påberope seg brudd på selvinkrimineringsvernet.

Etter dette er det på det rene at politiet ikke kan utføre bevisprovokasjon som krenker mistenktes selvinkrimineringsvern. Oppsummert er det etter praksis fra EMD to minstekrav for at selvinkrimineringsvernet *kan* være krenket.<sup>139</sup> Det første spørsmålet er om politiet, eller noen som samarbeider med politiet, har deltatt i samtalen med mistenkte. Dersom politiet eller politiets samarbeidspartner ikke deltar i samtalen, vil det aldri medføre krenkelse av

---

<sup>138</sup> Se avsnittene 48-52.

<sup>139</sup> Øyen (2010) s. 241.

selvinkrimineringsvernet. Et eksempel er ved kommunikasjonsavlytting, jf. strpl. § 216a. Her vil politiets innblanding begrenses til å lytte til mistenktes samtaler og politiet deltar da ikke i samtalen. Selvinkrimineringsvernet vil her ikke være krenket selv om mistenkte inkriminerer seg selv. Det andre spørsmålet er om politiet initiert at samtalen beveger seg over til det relevante for den strafferettslige bedømmelsen av mistenkte. Dersom mistenkte på eget initiativ inkriminerer seg selv, vil vernet ikke være krenket. Minstekravene er en konsekvens av at selvinkrimineringsvernet er ment å beskytte mistenkte fra press fra myndighetene. Dersom mistenkte på eget initiativ inkriminerer seg selv gjør ikke dette hensynet seg gjeldende.

Dersom minstekravene er oppfylt, må det bero på en helhetsvurdering om vernet er krenket i det aktuelle tilfelle.<sup>140</sup> I denne vurderingen skal det, etter dommene gjennomgått ovenfor, legges vekt på hvor stor aktivitet politiet utviser og hvor stort press som blir pålagt mistenkte. Herunder er det av betydning om mistenkte er fengslet eller på frifot, hvor det taler for krenkelse dersom mistenkte er fengslet. I tillegg vil direkte spørsmål av betydning for den strafferettslige bedømmelsen av mistenkte tale for krenkelse, mens mer indirekte spørsmål eller at mistenkte uoppfordret fører samtalen til det aktuelle temaet, tale mot krenkelse. Dersom polititjenestemannen eller politiets samarbeidspartner tilskynder, oppmuntrer, overtaler, eller på annen måte presser mistenkte over på temaer av betydning for den strafferettslige bedømmelsen av mistenkte, er det nærliggende at selvinkrimineringsvernet er krenket.

### **5.1.2 Krav til saksbehandlingen og prosessuelle garantier**

Etter EMD-praksis oppstiller retten til rettferdig rettergang, jf. EMK art. 6, også krav til saksbehandlingen og prosessuelle garantier. EMD har konstatert krenkelse av EMK art. 6 i tilfeller hvor mangler ved saksbehandlingen eller mangel på prosessuelle garantier tilsa at en person ikke har fått en «fair trial». Et eksempel er *V v. Finland*<sup>141</sup> som gjaldt tiltaleprovokasjon, men som likevel er relevant i denne sammenheng da de samme krav til saksbehandlingen må sies å gjelde for bevisprovokasjon. EMD konstaterte at det forelå en krenkelse av EMK art. 6 fordi at «the defence were not kept informed and were not permitted to make submissions and participate in the above decision-making process as far as was

---

<sup>140</sup> Øyen (2010) s. 241.

<sup>141</sup> *V. v. Finland*, no. 40412/98, 24. April 2007.

possible», og at «the material which was not disclosed related to an issue of fact highly relevant to the alleged entrapment».<sup>142</sup> At klageren ikke hadde fått noen reell mulighet til å reise spørsmålet om det forelå en urettmessig etterforskningsmetode for noen nasjonal instans, medførte dermed at klageren ikke hadde fått en «fair trial».

Et eksempel hvor EMD har konstatert krenkelse på grunn av manglende prosessuelle garantier finnes i *Lagutin and others v. Russia*.<sup>143</sup> I denne saken hadde politiet utført målrettet infiltrasjon i form av testkjøp av narkotika overfor fem personer. EMD konstaterte brudd på EMK art. 6 ovenfor alle de fem klagerne, fordi «in all the applicants' cases the domestic courts took no steps to verify the content of the operational files allegedly implicating them in drug trafficking».<sup>144</sup> I tillegg var det ikke dokumentert hvorfor det ble benyttet provokasjon, omfanget av politiets involvering i lovbruddet, og arten av oppfordring og press som søkerne hadde blitt utsatt for. Disse manglene medførte at den nasjonale domstolen ikke kunne gjennomføre effektiv rettslig overprøving, og dermed «failing to comply with the only safeguard against police provocation in a system where the authorisation of covert operations falls short of guarantees against abuse».<sup>145</sup> I denne saken var det dermed så mangelfulle prosessuelle garantier knyttet til fremgangsmåten til politiet og den nasjonale domstolen at det representerte en krenkelse av EMK art. 6.

Som nevnt innledningsvis, ser vi her at EMD i *V. v. Finland* og *Lagutin and others v. Russia* bruker EMK artikkel 6 som en generell vurdering av om klageren har fått en «fair trial». Mangel på prosessuelle garantier og mangler ved saksbehandlingen vil på denne måten begrense politiets adgang til å benytte seg av bevisprovokasjon. Denne begrensningen er imidlertid ivaretatt gjennom kravet om fullgod saksbehandling og at provokasjonshandlingen ikke må være i strid med prosessuelle grunnprinsipper. Det er derfor ikke grunn til å tro at kravet EMK art. 6 oppstiller i forbindelse med saksbehandlingen og prosessuelle garantier går lengre enn hva Høyesterett legger til grunn i rettspraksis.

## **5.2 EMK artikkel 8 - Retten til respekt for privatlivet**

EMK art. 8 nr. 1 lyder «Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence». Etter bestemmelsens nr. 2 kan det gjøres inngrep i

---

<sup>142</sup> *V. v. Finland*, no. 40412/98, 24. April 2007, para 77.

<sup>143</sup> *Lagutin and others v. Russia*, no. 6228/09, 24. April 2014.

<sup>144</sup> *Op. cit.*, para 124.

<sup>145</sup> *Op. cit.*, para 124.



rettighetene etter nr. 1 på visse vilkår. Ved redegjørelsen av EMK art. 8 sin betydning for politiets adgang til å benytte bevisprovokasjon er det hensiktsmessig å følge bestemmelsens struktur. Det vil si at man må klarlegge om bevisprovokasjon representerer inngrep i en rettighet som er vernet av bestemmelsen, og deretter om hvilke vilkår som gjelder for inngrep i den rettigheten, jf. nr. 2. Under redegjørelsen for virkeområdet, vil det gjøres en vurdering av om det aktuelle tilfellet i HR-2020-2137-A kan representere en krenkelse av EMK art. 8 nr. 1. Til slutt vil det etter redegjørelsen for unntaket i EMK art. 8 nr. 2, drøftes om Norges ulovfestede adgang til bruk av bevisprovokasjon tilfredsstiller lovkravet etter EMK art. 8 nr. 2.

### **5.2.1 Faller bruk av bevisprovokasjon innenfor virkeområdet til EMK art. 8 første ledd?**

Ordlyden «private (...) life» er så altomfattende at det omfavner «family life, his home and his correspondence».<sup>146</sup> Dette innebærer at dersom et av de øvrige alternativene rammes, vil det samtidig foreligge en krenkelse av vedkommendes privatliv. I den videre fremstillingen vil det derfor kun refereres til «private life».

En naturlig språklig forståelse av «private life» kan tilsi at alt som angår en persons personlige liv, avgrenset mot det offentlige, omfattes. Aall beskriver det som «en sfære hvor individet kan motsette seg at andre, det være seg private eller offentlige myndigheter, griper inn uten samtykke».<sup>147</sup> EMD har ikke tatt stilling til om bevisprovokasjon i sin alminnelighet representerer et inngrep i retten til privatliv. I tillegg er praksis fra EMD svært kasuistisk og gir ikke klare grenser for hva som omfattes og ikke.

En nøyaktig angivelse av hva som faller inn under privatlivet er vanskelig å fastslå, og må følgelig bero på en konkret vurdering.<sup>148</sup> Enhver innblanding i privatlivet vil ikke nødvendigvis representere en krenkelse av privatlivet - privatlivet er kun vernet dersom inngrepet er av en viss intensitet.<sup>149</sup> I det følgende vil det redegjøres for hvilke momenter EMD legger vekt på i sin vurdering av om det foreligger et inngrep i retten til privatliv.

---

<sup>146</sup> Aall (2018) s. 214.

<sup>147</sup> Aall (2018) s. 214 Fotnote ikke tatt med.

<sup>148</sup> P.G. and J.H. v. The United Kingdom no. 44787/98 25. September 2001, para 57.

<sup>149</sup> Lüdi v. Switzerland no. 12433/86, 15. june 1992, para 39-40.

For det første, har EMD lagt vekt på om politiets politimetoder retter seg mot mistenktes private hjem. Særlig romavlytting og telefonavlytting vil normalt falle inn under EMK art. 8 nr. 1. Et eksempel er *Khan v. The United Kingdom*<sup>150</sup> hvor det ikke var tvil om at politiets romavlytting i Khans private hjem var et inngrep i retten til privatliv, jf. EMK art. 8 nr. 1.

Videre har EMD slått fast i *Niemietz v. Germany*<sup>151</sup> at privatlivet også strekker seg ut over kontroll i det private hjem. Dommen omhandler imidlertid ransaking, men vil fortsatt kunne gi veiledning for å fastsette omfanget av vernet etter EMK art. 8 nr. 1. EMD kom her til at advokatkontoret var omfattet av «home» og «private life». EMD uttalte at «Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings».<sup>152</sup> Domstolen virker her å legge til grunn at retten til privatliv også omfatter muligheten til samkvem og å bygge relasjoner med andre.

For det andre, har EMD lagt vekt på om mistenkte kunne forvente at politiet fulgte med. Resultatet i *Lüdi v. Switzerland* er illustrerende.<sup>153</sup> Klageren hadde påstått at politiets langvarige bruk av infiltrasjon var brudd på EMK art. 8. EMD kom til at det ikke forelå brudd på EMK art. 8 blant annet fordi Lüdi var klar over at han drev med alvorlig narkotikakriminalitet. Følgelig måtte han være klar over risikoen for at politiet fulgte med og benyttet seg av infiltratører. EMD la også vekt på dette momentet i *P.G. and J.H. v. The United Kingdom*. Retten uttalte i avsnitt 57 at «a person's reasonable expectations as to privacy may be a significant, although not necessarily conclusive, factor». Det var følgelig et moment av betydning om objektet for metoden hadde innrettet seg på privat samkvem og dermed ikke forventet å bli kontrollert.

For det tredje, er varigheten og intensiteten av politiets innblanding av betydning.<sup>154</sup> I *P.G and J.H v. The United Kingdom* avsnitt 57 uttaler EMD «Private- life considerations may arise, however, once any systematic or permanent record comes into existence of such material from the public domain». Dette kan tas til inntekt for at systematisk og langvarig innsamling av informasjon som stammer fra åpne kilder eller fra at den som er utsatt for provokasjonen opptrer i offentligheten, kan medføre at man beveger seg inn på det område artikkel 8 verner.

---

<sup>150</sup> *Khan v. The United Kingdom*, no. 35394/97, 12. May 2000.

<sup>151</sup> *Niemietz v. Germany*, no. 13710/88, 16. December 1992.

<sup>152</sup> *Niemietz v. Germany*, no. 13710/88, 16. December 1992 para 29.

<sup>153</sup> *Lüdi v. Switzerland*, no. 12433/86, 15. June 1992.

<sup>154</sup> *P.G and J.H v. The United Kingdom* op.cit., para 57.

For det fjerde, vil bruk av tekniske hjelpemidler for å innhente informasjon raskt falle inn under bestemmelsens vern.<sup>155</sup> For eksempel retningsbestemt mikrofon og lyd- og videoopptaker. Til slutt vil fraværet av prosessuelle og personelle garantier ha betydning for vurderingen.<sup>156</sup>

Det er flere forfattere<sup>157</sup> som har tatt til orde for at provokasjon som etterforskningsmetode etter omstendighetene vil kunne falle inn under art. 8. Ettersom EMD ikke har slått fast at bevisprovokasjon i sin alminnelighet representerer et inngrep i retten til privatliv, må det likevel bero på en konkret helhetsvurdering av om politiets provokasjonshandlinger griper såpass sterkt inn i privatlivet, at det må klassifiseres som et inngrep.

### **5.2.1.1 Er overtakelse av siktedes skype-konto et inngrep i siktedes rett til privatliv, jf. EMK art. 8 nr. 1?**

Ettersom Høyesterett i HR-2020-2137-A tilsynelatende ikke vurderte om politiets overtakelse av siktedes skype-konto var en krenkelse av tiltaltes rett til privatliv, jf. EMK art. 8, vil det nå gjøres en drøftelse av om det aktuelle tilfellet kan anses som en krenkelse. Faktumet er grundig gjort rede for under kap. 4.3.1.

På den ene siden så hadde tiltalte grunn til å tro at politiet fulgte med, ettersom han var klar over at det var ulovlig å kjøpe overgrepsmateriale.<sup>158</sup> Når en person begår alvorlige forbrytelser vil vedkommendes interesser være mindre verneverdig.<sup>159</sup> I tillegg hadde tiltalte mange forskjellige nettiditeter hvor alle var anonyme. Internettidentiteten kan da anses for å være mindre personlig, og følgelig kan overtakelse av disse identiteter anses for å være mindre inngripende for tiltalte.

På den andre siden, bør det ikke være avgjørende for om man er vernet etter EMK art. 8 nr. 1 om en person har flere internettidentiteter og at disse er anonyme. I dagens samfunn er det ikke uvanlig å ha flere anonyme internettidentiteter. Disse benyttes til å kommunisere med venner og bekjente, men også til å skape nye relasjoner. Store deler av folks kommunikasjon

---

<sup>155</sup> P.G and J.H v. The United Kingdom op.cit., para 57.

<sup>156</sup> Lüdi v. Switzerland no. 12433/86,15. june 1992, para 40.

<sup>157</sup> Se blant annet Hopsnes (2003a), side 139, Berg (2001) s. 72, Fliflet (2017) s. 307-308.

<sup>158</sup> P.G and J.H v. The United Kingdom op.cit., para 57.

<sup>159</sup> Hopsnes (2003b) s. 72.

foregår over internett, og for noen går mesteparten av kommunikasjonen over internett.<sup>160</sup> Satt på spissen, kan man sammenligne politiets opptreden i denne saken med en situasjon hvor politiet hadde mulighet til å kle seg ut for å være en person og snakke med hans bekjente ansikt til ansikt. Dette taler for at internettidentiteter er en del av det vernede privatliv etter EMK art. 8 nr. 1. Det er også verdt å påpeke at en persons identitet er vernet etter strl. § 202, og selv om det her ikke foreligger et brudd på straffebestemmelsen, kan det tas til inntekt for at en persons identitet er et retts gode i sin alminnelighet.

Dissenterende dommers uttalelse i HR-2020-2137-A om at politiets identitetsovertakelse går lenger enn simpel overvåking av kommunikasjon, har gode grunner for seg.<sup>161</sup> Ved kommunikasjonsovervåking vil politiet kun få adgang til de samtaler som tiltalte selv inngår, mens politiet i denne saken har tatt i bruk de muligheter tiltaltes internettidentitet gir, herunder tilliten hans kontakter har til tiltalte. Slik identitetsovertakelse åpner for flere muligheter enn hva simpel overvåking gjør, og derfor bør identitetsovertakelse anses som mer inngripende enn kommunikasjonsovervåking. Ettersom kommunikasjonsovervåking er vernet etter EMK art. 8, taler dette for at også identitetsovertakelse er vernet. I tillegg må det være av betydning at identitetsovertakelsen foregikk i over 3 måneder. Dette må anses som en relativ lang periode når det handler om identitetsovertakelse.<sup>162</sup>

Rettskildene synes etter dette å tale for at politiets overtakelse av siktedes skype-konto er en krenkelse av EMK art. 8.

## **5.2.2 Vilkår for å gjøre inngrep i retten til privatliv**

Dersom en handling under bevisprovokasjon faller inn under den vernede sfæren etter EMK art. 8 nr. 1, må det vurderes om vilkårene for inngrep er oppfylt. Retten til privatliv er ikke en av EMKs ubetingede rettigheter. Bestemmelsens andre ledd åpner for at myndighetene, på visse vilkår, kan gripe inn i rettigheten. Dette ut fra et syn om at den enkeltes privatliv ved behov må vike for overordnede samfunnsmessige hensyn.

For at et inngrep i retten til privatliv skal være lovlig, må det være «in accordance with the law» og «necessary in a democratic society», jf. EMK art. 8 nr. 2. Med andre ord oppstilles

---

<sup>160</sup> Artikkel fra NRK.no om en undersøkelse gjort av Norstat som viser at ungdommer kommuniserer mer over sosiale medier enn ansikt til ansikt. <https://www.nrk.no/norge/tenaringer-kommuniserer-mer-digitalt-enn-ansikt-til-ansikt-1.12480922> (hentet 06.04.2021 kl. 12:55).

<sup>161</sup> HR-2020-2137-A avsnitt 106.

<sup>162</sup> Praksis fra EMD hvor varighet blir tillagt vekt: P.G and J.H v. The United Kingdom op.cit., para 57.

det et hjemmelskrav og nødvendighetskrav. Kravet om at inngrepet skal være «necessary in a democratic society», innebærer at inngrepet må motsvare «a pressing social need», og være «proportionate to the legitimate aim pursued».<sup>163</sup> Det er altså et krav om legitimt formål og at inngrepet må være proporsjonalt i forhold til det legitime formålet som ønskes oppnådd. Nødvendighetskravet vil som hovedregel være oppfylt så lenge de nasjonale kravene til alvorlighetsgrad og subsidiaritet er fulgt. Ettersom reglene om bevisprovokasjon er ulovfestet, er det vilkåret «in accordance with the law» som er interessant i denne sammenheng. I det følgende skal det først redegjøres for innholdet i hjemmelskravet, og deretter vurderes om den norske ulovfestede adgangen til bruk av bevisprovokasjon tilfredsstiller dette kravet.

Ordlyden «in accordance with the law» kan tyde på at inngrep krever hjemmel i formell lov. EMD uttaler imidlertid i *Sunday Times v. The United Kingdom* at «The Court observes that the word "law" in the expression "prescribed by law" covers not only statute but also unwritten law».<sup>164</sup> Etter dette inneholder lovkravet i EMK ikke et absolutt krav om at grunnlaget for inngrepet må være fastsatt i *formell lov*. Det stilles likevel visse krav til hjemmelsgrunnlagets innhold. I *Kruslin v. France* uttaler EMD at «(...) it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences for him, and compatible with the rule of law».<sup>165</sup> Hjemmelsgrunnlaget for inngrepet må følgelig være tilstrekkelig klart og forutberegnelig. Dette innebærer at også forskrifter, forarbeider og rettspraksis kan utgjøre primær rettshjemmel, forutsatt at de er offentliggjort på en tilstrekkelig klar måte.<sup>166</sup>

I *Malone v. The United Kingdom* drøftes det hvorvidt det kan stilles like strenge krav til hjemmelens tilgjengelighet og klarhet i etterforsknings saker der politiets fremgangsmåte må holdes hemmelig for mistenkte. Denne saken gjaldt kommunikasjonsskontroll, men kan likevel være veiledende for vurderingen av hjemmelskravet for bevisprovokasjon, da også bevisprovokasjon er en etterforskningsmetode som holdes skjult for mistenkte. Domstolen uttaler at «(...) the requirement of foreseeability cannot mean that an individual should be enabled to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he

---

<sup>163</sup> *A, B and C v. Ireland*, no. 25579/05, 16. December 2010, para 229.

<sup>164</sup> *Sunday Times v. The United Kingdom*, no. 6538/74, 26. April 1979, para 47. Saken gjaldt EMK art. 10, men det samme gjelder for EMK art. 8, jf. *Silver and others v. The United Kingdom*, no. 5947/72, 25. March 1983, para 85-86.

<sup>165</sup> *Kruslin v. France*, no. 11801/85, 24. April 1990, para 27.

<sup>166</sup> *Sunday Times v. The United Kingdom*, no. 6538/74, 26. april 1974.

can adapt his conduct accordingly».<sup>167</sup> Dette tyder på at domstolen oppstiller lempeligere krav til forutberegnelighet og klarhet for skjulte etterforskningsmetoder. Dersom mistenkte kan forutse med sikkerhet at politiet vil benytte seg av bevisprovokasjon, vil han kunne tilpasse sin opptreden deretter, og etterforskningsmetoden mister da sin hensikt.

Det stilles likevel krav til at hjemmelen må være «sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life (...)».<sup>168</sup> Det må dermed være klare rammer for hvilke vilkår som gjelder, slik at borgerne med rimelighet kan få en indikasjon på hvilke omstendigheter som kan gi grunnlag for inngrep i privatlivet. Videre er kravet til klarhet og tilgjengelighet relativt, i den forstand at kravet øker med inngrepets styrke.<sup>169</sup>

Et annet moment i forutberegnelighet- og tilgjengelighetsvurderingen er om hjemmelsgrunnlaget fremstår som fragmentarisk. I *Kruslin v. France* måtte hjemmelen utledes av en rekke ulike kilder, og EMD kom blant annet av den grunn til at det forelå konvensjonsstrid.<sup>170</sup> Dersom hjemmelsgrunnlaget er spredt ut i forskjellige rettskilder, vil det være svært vanskelig for en person å få et klart bilde av regelen, og følgelig vil regelen være både utilgjengelig og lite forutberegnelig.

I forutberegnelighetsvurderingen har EMD oppstilt strenge krav til kontroll av politiets fremgangsmåte for etterforskningsmetoder der det er nødvendig med hemmelighold ovenfor den mistenkte. Dette for å sikre mistenktes rettssikkerhet. *Huvig v. France* er illustrerende. I denne saken kom retten til at kravet til tilgjengelighet var oppfylt, men ettersom hjemmelsgrunnlaget ikke var tilstrekkelig presist, forelå det en krenkelse av EMK art. 8. Fransk lovgivning, skrevet og uskrevet, indikerte ikke med rimelig klarhet hvem som kunne utsettes for avlytting og måten den skulle foregå på. Selv om kravet til tilgjengelighet var oppfylt, var ikke dette tilstrekkelig når loven ikke garanterte visse beskyttelsesmekanismer.<sup>171</sup>

I Prop. 68 L (2015-2016) s. 40 blir det påpekt at selv om hjemmelskravet i EMK artikkel 8 nr. 2 ikke krever formell lov, har det i konvensjonspraksis vist seg at andre hjemler enn

---

<sup>167</sup> *Malone v. The United Kingdom*, no. 8691/79 02. August 1984, para 67.

<sup>168</sup> *Malone v. The United Kingdom*, op.cit., para 67.

<sup>169</sup> *Klass and others v. Germany*, no. 5029/71 06. September 1978, para 50.

<sup>170</sup> *Kruslin v. France*, no. 11801/85, 24. April 1990, para 34.

<sup>171</sup> *Huvig v. France*, no. 11105/84, 24. April 1990, para 34.

formell lov vanskelig vil oppfylle de øvrige deler av konvensjonens hjemmelskrav. Forarbeidene viser til at de sentrale dommene som har utviklet kravene til forutberegnelighet og klarhet, gjelder saker der engelske rettsregler ikke har oppfylt hjemmelskravet. Dette har ført til at Storbritannia nå har fått detaljert lovverk om politimetoder. Også Australia og Canada er eksempler på common law-stater som, etter gjentatte lovrevisjonsarbeider, har vedtatt lovgivning som regulerer politiets kompetanse til å anvende provokasjon som etterforskningsmetode.<sup>172</sup>

Vi ser av dette at hjemmelskravet stiller en rekke krav til innhold og form, og at dette må vurderes opp mot inngrepets karakter.

### **5.2.2.1 Tilfredsstill den ulovfestede adgangen til bruk av bevisprovokasjon lovkravet etter EMK art. 8 nr. 2?**

Spørsmålet i det følgende er om den ulovfestede adgangen til bevisprovokasjon som fremkommer av rettspraksis kan anses å tilfredsstill kravene til klarhet og forutberegnelighet, herunder tilgjengelighet, og om det foreligger tilstrekkelig kontroll med politiets praksis.

Hva gjelder kravet til tilgjengelighet, er vilkårene for bevisprovokasjon fastsatt i rettspraksis som i utgangspunktet blir ansett å oppfylle kravet til tilgjengelighet etter EMK art. 8 nr. 2.<sup>173</sup> Det må antas at de fleste er klar over at politiet jevnlig benytter seg av provokasjonshandlinger for å skaffe beviser. Dette tilsier at metoden er relativt kjent, slik at personer som begår straffbare handlinger med rimelighet kan sies å være klar over risikoen for at de kan bli utsatt for bevisprovokasjon. Det kan da argumenteres for at den som skulle ha interesse av å nærmere finne innholdet i politiets adgang til å benytte seg av metoden, har mulighet til å sette seg inn i den rettspraksis som finnes på området.

På den andre siden, var det et sentralt argument for at flertallet i Politimetodeutvalget ønsket å lovfeste provokasjon som politimethode, at det var tvil om rettsgrunnlaget oppfylte hjemmelskravet til EMK art. 8 nr. 2, sett hen til regelgrunnlagets fragmentariske karakter.<sup>174</sup> Dersom noen ønsker å nærmere finne innholdet i politiets adgang til å benytte seg av bevisprovokasjon, må vedkommende skaffe oversikt over en relativt stor mengde rettspraksis. Riksadvokatens rundskriv gir en oversikt over vilkårene som fremgår av rettspraksis, men

---

<sup>172</sup> Nordhus (2020) s. 178.

<sup>173</sup> Sunday Times v. The United Kingdom, no. 6538/74, 26. april 1974.

<sup>174</sup> NOU 2004:6 kap. 10.2.1.

dette kan imidlertid ikke kunne anses for å være særlig «tilgjengelig» for den gjennomsnittlige nordmann. Både rettspraksisen og rundskrivet er offentlig tilgjengelig, men det er usannsynlig å anta at den alminnelige borger vil være egnet til å sette seg inn i regelsettet. Det må sies å kreves en viss juridisk kunnskap for å finne frem til kildene og deretter forstå innholdet.

I tillegg er det ikke utenkelig at EMD i en vurdering av hvilket krav som stilles til hjemmelsgrunnlaget vil se hen til tradisjonen i det enkelte land.<sup>175</sup> Det aller meste norske myndigheter gjør overfor en borger er basert og utført med hjemmel i lov. Norge opererer dermed i utgangspunktet med at enhver inngripen skal ha hjemmel i lov, og sjeldent er det basert på ulovfestet rett. Dette kan gjøre at EMD ikke vil godta det ulovfestede grunnlaget til å benytte seg av bevisprovokasjon som hjemmelsgrunnlag ved en eventuell behandling av en klage til EMD. Etter dette er det en viss tvil om politiets ulovfestede adgang til å benytte bevisprovokasjon oppfyller kravet til tilgjengelighet.

Når det gjelder kravet til klarhet og forutberegnelighet, så gir ikke rettspraksis holdepunkter for hvordan bevisprovokasjon kan utføres. Det vil imidlertid være vanskelig å nøyaktig angi hvordan bevisprovokasjon kan utføres, da hver sak vil være forskjellig slik at et utvalg av metoder vil trolig være svært begrensende for politiet. Dessuten kan en angivelse av hvilke metoder politiet kan benytte seg av, resultere i at den mistenkte kan tilpasse seg etter den informasjonen, og dermed forspilles formålet med bevisprovokasjonen. Til tross for dette, må det kunne anses som klart hvem som kan utsettes for bevisprovokasjon. En person som har begått et alvorlig straffbart forhold, er klar over at politiet har en interesse i å oppklare saken og at det dermed er en risiko for at politiet da vil benytte seg av ulike etterforskningsmetoder. Kravet til klarhet og forutberegnelighet kan dermed anses som oppfylt.

Kravet til tilstrekkelig kontroll, må også kunne anses for å være oppfylt. Det er i rettspraksis stilt opp krav til beslutningsnivå, notoritet, og planlegging av og kontroll med operasjonen.<sup>176</sup> Disse kravene blir kontrollert av domstolen og har en reell betydning, se for eksempel Rt. 1998 s. 407 og Rt. 2000 s. 1223.

---

<sup>175</sup> NOU 2004:6 s. 175.

<sup>176</sup> RA-2018-2 kap. 3, se også Torgersen (2009) s. 262.



Ut fra det ovenstående må kravet til klarhet, forutberegnelighet og tilstrekkelig kontroll kunne anses som oppfylt, men på grunn av rettsgrunnlagets fragmentariske karakter er det tvil om den ulovfestede bevisprovokasjonsadgangen oppfyller kravet til tilgjengelighet.

## 6 Avsluttende bemerkninger

Avhandlingens redegjørelse har vist at det oppstilles flere begrensninger i politiets adgang til å benytte seg av bevisprovokasjon. De begrensningene vilkårene, menneskerettighetene og legalitetsprinsippet oppstiller, er spredt utover flere rettskilder, og det kan derfor være vanskelig å få full oversikt. Bevisprovokasjon blir ikke sjeldent benyttet av politiet, men kun et fåtall av sakene blir behandlet av Høyesterett. Dette medfører at det både kan være vanskelig for en etterforsker å vite hva han lovlig kan foreta seg, men også vanskelig for den enkelte borger å forutse hvilke etterforskningsmetoder man kan bli utsatt for. Det er absolutt et behov for bruk av bevisprovokasjon for å effektivt bekjempe kriminalitet, men spørsmålet er om metoden bør lovfestes eller forbli ulovfestet.

Både maktfordelingsprinsippet og hensynet til demokratisk legitimitet taler for å lovfeste reglene. Lover har demokratisk legitimitet fordi de er vedtatt av den folkevalgte forsamlingen på Stortinget. Ettersom bevisprovokasjon i noen grad er omdiskutert og i enkelte tilfeller kan oppfattes som inngripende, må det sies at legitimiteten av bruken av metoden er ekstra viktig. Grunntanken er at borgerne gjennom de folkevalgte selv skal bestemme hvilke inngrep de kan utsettes for, og når ulovfestet rett gir grunnlag for at myndighetene kan gjøre inngrep, strider dette med denne grunntanken. Høyesterett har riktignok både en rettsavklarende og rettsutviklende rolle som er akseptert i samfunnet, men Høyesterett er ikke folkevalgt. Når det er tale om en etterforskningsmetode som er omdiskutert på grunn av at metoden må sies å ligge nær grensen til legalitetsprinsippets område og hva som er akseptert etter menneskerettighetene, taler det med styrke for lovfesting.

En lovfesting av etterforskningsmetoden kan imidlertid medføre at politiets fleksibilitet ved bruk av metoden blir begrenset. Provokasjonshandlinger er svært ulike, og det kan være vanskelig å forutse hvilke provokasjonshandlinger som politiet kan tenke seg å ha behov for å benytte seg av i forbindelse med bevisprovokasjon. Erfaringer fra Danmarks lovgivning av provokative etterforskningsmetoder blir ofte trukket frem som et argument mot lovfesting.<sup>177</sup>

---

<sup>177</sup> Johansen (2013) s. 231, se retsplejeloven (DK) kap 68, §§ 754 a-e om tiltaleprovokasjon.

Etter lovfestingen opplevde Danmark en markant nedgang i bruken av tiltaleprovokasjon fordi innholdet i reglene medførte at metoden ble mindre anvendelig.<sup>178</sup> Lovbestemmelsene ble imidlertid endret for å gjøre etterforskningsmetoden mer anvendelig.<sup>179</sup> Denne betenkeligheten bør uansett ikke gå på bekostning på borgernes rettssikkerhet og forutberegnelighet. Dessuten gir erfaringene fra Danmark begrenset veiledning da lovbestemmelsene gjaldt tiltaleprovokasjon og ikke bevisprovokasjon.

En løsning kan dessuten være å lage en vid bestemmelse som ikke detaljregulerer hvilke provokasjonshandlinger politiet kan benytte seg av. Dette kan gjøres ved å for eksempel kun lovfeste hovedlinjene og de mest sentrale vilkårene. Dette vil styrke tilgjengeligheten og forutberegneligheten, samtidig som den nødvendige fleksibiliteten blir ivaretatt for å effektivt kunne benytte seg av metoden. I Nederland har man gjennomført slik lovgivning uten at dette har fått betydning for anvendeligheten av metoden.<sup>180</sup>

Et argument imot lovfesting av provokasjonshandlinger har ofte vært at dette vil kunne gi uheldige følger ved at kriminelle kan tilpasse seg reglene. Dette kan imidlertid neppe tillegges særlig vekt vedrørende lovfesting av bevisprovokasjon. Det kan vanskelig sies å være særlig rom for tilpasning da bevisprovokasjon er handlinger som foretas i etterkant av den straffbare handlingen. Dessuten kan riksadvokaten utarbeide konfidensielle retningslinjer for bruk av metoden.

Den ulovfestede adgangen er gjennom flere høyesterettsdommer blitt mer entydig enn hva den var tidligere. Dette kan tas til inntekt for at en eventuell lovfesting ikke vil medføre for store utfordringer, ettersom man kan samle vilkårene som fremgår av rettspraksis og utforme regelen slik at den samsvarer med de begrensningene menneskerettighetene oppstiller. Som det ble vurdert i kap. 5.2.2 og 5.2.2.1 er det tvil om dagens ulovfestede og instruksfestede regler til å benytte seg av bevisprovokasjon vil godtas som hjemmelsgrunnlag etter EMK art. 8 nr. 2. Ved å lovfeste etterforskningsmetoden sikrer man at politiet kan benytte seg av etterforskningsmetoden, samtidig som at tilgjengeligheten og forutberegneligheten blir styrket. Dette vil videre være egnet til å styrke tilliten til politiet. Etter dette mener jeg at tiden er moden for å lovregulere bruk av bevisprovokasjon.

---

<sup>178</sup> Johansen (2013) s. 231.

<sup>179</sup> Se Rigsadvokaten Informerer nr. 14/2008 (DK).

<sup>180</sup> NOU 2004:6 s. 198.

# Referanseliste

## Lover

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

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

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

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

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

Lov 2. juni 1989 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. (Alkoholloven)

## Forarbeider

Prop. 92 L (2020-2021) Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven og straffeloven m.m. (rusreform – opphevelse av straffansvar m.m.).

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

Prop. 68 L (2015-2016) Endringer i straffeprosessloven mv. (skjulte tvangsmidler).

Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.

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

NOU 2007:7 Fritz Moen og norsk strafferettspleie.

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

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

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

Ot. Prp. Nr. 22 (1994-1995) Om lov om politiet (politiloven).

## **Høyesterettsdommer**

HR-2020-2137-A

Rt. 2014 s. 1105 A

Rt. 2011 s. 1455 A

Rt. 2007 s. 404 A

Rt. 2007 s. 268 A

Rt. 2000 s. 1223 A

Rt. 1999 s. 1269 A

Rt. 1998 s. 407 A

Rt. 1993 s. 473 A

Rt. 1984 s. 1076 A

## **Andre lands lovgivning og kilder**

Bekendtgøres retsplejeloven, jf. lov nr. 349 af 02. april 2020 (Danmark).

Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) (GDPR).

Rigsadvokaten Informerer nr. 14/2008 Redegørelse om erfaringerne i praksis med reglerne om civile agenter samt ny indberetningsordning herom. (Danmark).

## **Konvensjoner**

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

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

The Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna 23. May 1969.

### **Avgjørelser fra EMD**

A, B and C v. Ireland [GC], EMD no. 25579/05, 16. December 2010.

Allan v. The United Kingdom [J], EMD no. 48539/99, 05. November 2002.

Bykov v. Russia [GC], EMD no. 4378/02, 10. March 2009.

Funke v. France [C], EMD no. 10828/84, 25. February 1993.

Huvig v. France [C], EMD no. 11105/84, 24. April 1990

Khan v. The United Kingdom [J], EMD no. 35394/97, 12. May 2000.

Klass and others v. Germany [P], EMD no. 5029/71, 06. September 1978.

Kruslin v. France [C], EMD no. 11801/85, 24. April 1990.

Lagutin and others v. Russia [J], EMD no. 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 and 7451/09, 24. April 2014.

Lüdi v. Switzerland [C], EMD no. 12433/86, 15. June 1992.

Malone v. The United Kingdom [P], EMD no. 8691/79 02. August 1984.

Niemietz v. Germany [C], EMD no. 13710/88, 16. December 1992.

P.G. and J.H. v. The United Kingdom [J], EMD no. 44787/98, 25. September 2001.

Silver and others v. The United Kingdom [C], EMD no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25. March 1983.

Sunday Times v. The United Kingdom [P], EMD no. 6538/74, 26. April 1974.

Tyrer v. The United Kingdom [C], EMD no. 5856/72, 25. April 1978.

V. v. Finland [J], EMD no. 40412/98, 24. April 2007.

Wood v. The United Kingdom [J], EMD no. 23414/02, 16. November 2004.

## **Rundskriv**

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

RA-2000-2 Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode.

## **Bøker og artikler**

Andersen, Kjell, «*Provokativ politietterforskning*», Jussens Venner 2001 s. 1-27.

Auglend, Ragnar og Mæland, Henry John, *Politirett*, 3. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2016.

Berg, Jens Petter, «*Bevisbruk under straffesak av opplysninger innhentet ved kommunikasjonskontroll eller infiltrasjon – en krenkelse av den menneskerettslig beskyttede taushetsretten?*», Yulex 2001 s. 59-75.

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget, 2007.

Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 5 utgave, Cappelen Damm Akademisk, 2017.

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

Hopsnes, Roald, «*Politiets forebyggende politimetoder*», PHS Forskning 2003a, s. 103-162.

Hopsnes, Roald, «*Provokasjon som politim metode*», Jussens Venner 2003b s. 62-130.

Hopsnes, Roald, Solberg, Raymond, «*Legalitetsprinsippet*», Jussens Venner 2005 s. 77-155.

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

Keiserud, Erik, Sæther, Knut Erik, Holmboe, Morten, Jahre, Hans-Petter, Matningsdal, Magnus og Golten Smørdal, Jarle, *Straffeprosessloven kommentarutgave*, Bind II, 5. utgave, Universitetsforlaget, 2020.

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

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

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

Rui, Jon Petter, «*Retten til rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017*», Jussens Venner 2017 s. 123-184.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, 1. utgave, Universitetsforlaget, 2018.

Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen, in dubio pro reo*, 1. utgave, Fagbokforlaget, 2003.

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

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

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

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

## **Elektroniske kilder**

Arbeiderpartiet, «*Rus – Dette vil vi med ruspolitikken*»,  
<https://www.arbeiderpartiet.no/politikken/rus/> (sjekket 22. april 13:02).

Worren, Vilde, Vignæs, Maria Knoph, Senel, Emrah, «*Tenåringer kommuniserer mer digitalt enn ansikt til ansikt*», NRK, 01.aug 2015, <https://www.nrk.no/norge/tenaringer-kommuniserer-mer-digitalt-enn-ansikt-til-ansikt-1.12480922> (hentet 06.04.2021 kl. 12:55).

